

CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA
IGOR FERNANDO RUTHES

**A PRORROGAÇÃO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS - UMA
ABORDAGEM A PARTIR DA RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

CURITIBA

2015

IGOR FERNANDO RUTHES

**A PRORROGAÇÃO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS - UMA
ABORDAGEM A PARTIR DA RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção de título de mestre do Programa de Mestrado em Direito, área de concentração Direitos Fundamentais e Democracia, linha de pesquisa Constituição e Condições Materiais da Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil.

Orientadora: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier.

CURITIBA

2015

R975

Ruthes, Igor Fernando.

A prorrogação das interceptações telefônicas: uma abordagem a partir da restrição dos direitos fundamentais. / Igor Fernando Ruthes. - Curitiba: UniBrasil, 2015
117p.; 29 cm.

Orientador: Paulo Ricardo Schier.

Dissertação (mestrado) – Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil.
Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2015.
Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Direitos fundamentais. 3. Privacidade. 4. Direito fundamental à vida privada. 5. Núcleo essencial dos direitos fundamentais. 6. Limites constitucionais à interceptação telefônica. I. Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. II. Título.

CDD 340

TERMO DE APROVAÇÃO

IGOR FERNANDO RUTHES

**A PRORROGAÇÃO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS – UMA
ABORDAGEM A PARTIR DA RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia, linha de pesquisa Constituição e Condições Materiais da Democracia, do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Paulo Ricardo Scheir - Orientador
UNIBRASIL – Centro Universitário Autônomo do Brasil

Prof.^a Dr.^a Clara Maria Roman Borges - Membro
UFPR - Universidade Federal do Paraná

Prof.^a Dr.^a Ana Lúcia Pretto Pereira - Membro
UNIBRASIL – Centro Universitário Autônomo do Brasil

Curitiba, 06 de maio de 2015.

Dedicatória

Aos meus pais Hugo e Madalena por terem me ensinado que a vida é constituída de batalhas e que não existem escusas para o fracasso, e que lutar, sem desídia, e sem desculpas, é sempre a escolha mais honrada!

Aos meus avós Leonardo, Lídia, José e Jesus (in memorium). Às minhas tias Inês, Ivete, Ivone e Joanita. Aos meus primos Diego, Bruno, Camila, Luana e Joyce. Aos meus afilhados Mateus e Maria Eduarda.

Aos meus amigos de graduação que sempre estiveram comigo e soubeam entender por diversas vezes minha ausência em virtude desta pesquisa Arlindo, Elton, Dimitri, Kelly, Simone, Miriam, Cristiane, Valdemar, Marina, Rose e Gisele

Aos meus compadres André e Mariana, Pedrinho e Paula, Darlei e Joyce.

Finalmente aos meus irmãos Hugo, Ingrid e Izabela.

Agradecimentos

A pesquisa acadêmica é um trabalho individual, mas jamais solitário! Não se consegue elaborar uma monografia, dissertação ou tese sem a colaboração de várias pessoas! Algumas delas sequer frequentaram os círculos acadêmicos, mas é dentro de sua simplicidade se tornam essenciais para a realização do trabalho.

Gostaria de agradecer primeiramente ao meu orientador e amigo Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier que muito mais do que me orientar nos tortuosos caminhos da pesquisa foi um exemplo de seriedade e de vida!

À Prof. Dra. Clara Maria Roman Borges, não só pelos precisos apontamentos feitos em minha banca de qualificação, mas, principalmente, por ter sido um exemplo para mim desde os tempos de graduação quando tive a honra de ser seu aluno.

A Prof. Dra. Ana Lúcia Pretto Pereira pelas contribuições feitas durante a Banca de Qualificação que em muito somaram a esta dissertação.

À Prof. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barbosa e Prof. Dra. Eneida Desiree Salgado que de forma brilhante contribuíram, por meio dos textos e discussões em suas disciplinas, para a elaboração deste trabalho.

A Rafaela Abreu e Gisele Pereira que sempre solícitas foram essenciais para esta pesquisa, sempre conseguindo resolver as questões administrativas no que tange às atividades complementares, e, além de tudo, por serem grandes amigas!

Os desafios da pesquisa nos trazem não só angústias, mas também constroem grandes amizades, pessoas que hoje posso dizer que se tornaram verdadeiros irmãos. Por isso agradeço meus "irmãos": Ana Paula Pellegrino,

Alessandra Back, Cláudia Beeck, Camila Borba, Carlos Eduardo Koller, Carlos Giovanni Pinto Portugal, Clayton Gomes, José Osório Nascimento Neto e Scheila Santos pelo apoio dado nestes últimos dois anos na pesquisa, e pela cumplicidade.

A minha querida "Dona Brasi" que sempre me ajudou nas questões práticas da organização da pesquisa da forma como lhe era possível.

Durante a graduação tive excelentes professores, essenciais para a escolha da vida acadêmica, que hoje tenho a honra de dividir a sala dos professores na UniBrasil e de admirar o seu trabalho e seriedade, além de discutir minha pesquisa. Por isso meus agradecimentos aos meus amigos Marco Berberi, Marina, Adriana Schier, Ozias Paese, Dani Pontes, Maria Cecília, Octávio Fischer, Fábio Bozza, Francisco de Assis do Rego Júnior, Sylvio Lourenço, Andréia Lobo, Andréa Rollof Lopes e Ana Cláudia Finger e Ana Carla H. Mattos.

Aos meus amigos que compartilham do nobre ofício da docência Thaysa Prado, Thanyele Galmacci, Laura Garbini, João Rafael, Rui Bittencourt, Mozart Silvano Pereira, Alberto Goldstein, Gustavo Alberine, Bruna Cordeiro, Francis Ricken, Alexandre Nicolleti, Raquel Dias Motta e Alexandre Dotta.

Às minhas queridas amigas Keilla Cristina Mazur e Ellen Correa W. Lago que por diversas vezes revisaram a digitação da minha dissertação e artigos produzidos durante o Mestrado.

Por fim, ao meu amigo Fabiano por várias discussões sobre Diretos Fundamentais, que, sem dúvidas, engradeceram este trabalho.

" (...) quando as multidões estão apaixonadas, quando existe ódio em relação a duas ou três pessoas, e nessa hora que é preciso um juiz independente e corajoso para fazer o que precisa ser feito!

Ministro Luis Roberto Barroso

SUMÁRIO

RESUMO	X
ABSTRACT	XI
INTRODUÇÃO	01
1 – DO DIREITO À VIDA PRIVADA E SUAS LIMITAÇÕES	03
1.1 DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA PRIVADA.....	03
1.2 A ABRANGÊNCIA DA PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA PRIVADA.....	10
1.3 RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	19
1.4 LIMITES ÀS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	21
1.4.1 Da Reserva de Lei.....	22
1,4,2 Da Proporcionalidade.....	24
1.5 DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS.....	29
1.5.1 Dos Requisitos Para a Determinação da Medida de Interceptação Telefônica.....	30
1.5.2 Da Posição do STF Acerca da Duração das Interceptações Telefônicas.....	35
1.5.3 Da Visão Doutrinária Sobre a Prorrogação das Interceptações Telefônicas....	39
2 – DOS FUNDAMENTOS PARA AS SUCESSIVAS RENOVAÇÕES DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E DE SUAS CRÍTICAS	42
2.1 DO DISCURSO DA SEGURANÇA PÚBLICA AO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	42
2.2 A COMPLEXIDADE DAS INVESTIGAÇÕES.....	52
2.2.1 A Superação da Ideia de Verdade e de Sistemas no Direito Processual do Inimigo.....	52

2.2.2 Da Prova Ilícita.....	66
3 – DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS À INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.....	71
3.1 DA INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL.....	71
3.1.1 Do Positivismo Jurídico.....	71
3.1.2 Do Neoconstitucionalismo.....	78
3.1.3 Instrumentalidade Constitucional do Processo Penal.....	86
3.2 DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	89
3.3 O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	95
CONCLUSÃO.....	104
REFERÊNCIAS.....	109

RESUMO

A presente pesquisa visa a averiguar se as decisões que prorrogam por diversas vezes as intercetações telefônicas por mais de uma vez possuem respaldo constitucional, principalmente no que tange aos direitos fundamentais. Para cumprir tal mister no primeiro capítulo foi tratado o direito fundamental à intimidade bem como a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais. No segundo capítulo foram abordados os discursos que embasam as decisões do Supremo Tribunal Federal. No terceiro e derradeiro capítulo, foi tratado do conteúdo de um núcleo essencial dos direitos fundamentais que impediriam as prorrogações sucessivas das interceptações telefônicas.

Palavras-chave: Privacidade, Direitos Fundamentais, Direito Penal do Inimigo, Processo Penal, Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This research aims to investigate if the decisions that extend the telephone interception for many times are guided in the fundamental rights. This dissertation is organized in three chapters. In the first one is treated the fundamental right of privacy, and their restrictions. The second one treats about the reasons that STF uses to ground the decisions that extend the telephone interceptions. Finally, the third chapter is about the essential core of the fundamental rights.

Keywords: Privacy, Fundamental Rights, Criminal Law, Enemy, Criminal Procedure, Essential core of the Fundamental Right

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa versa a respeito da possibilidade de haver várias prorrogações de interceptações telefônicas no âmbito de um processo penal que se pretenda democrático e que vise a dar efetividade aos direitos fundamentais do imputado.

O tema escolhido é de grande relevância tanto na seara acadêmica quanto na seara prática. Veja-se que atualmente tramita perante o Supremo Tribunal Federal Recurso Extraordinário sob o número 625263/PR¹ que versa sobre o assunto, com repercussão geral já reconhecida pelo plenário.

É de se asseverar que existe uma intrínseca relação do tema com a teoria dos direitos fundamentais, pois a medida probatória objeto do presente estudo restringe de forma severa o direito fundamental à vida privada do cidadão que terá todas suas conversas captadas pelo Estado.

Nesse diapasão, torna-se imperioso buscar uma solução para que mesmo com a possibilidade da realização da interceptação telefônica seja garantido ao direito fundamental à vida privada um mínimo de eficácia contra o poder punitivo estatal.

É necessário informar, desde logo, ao leitor, que não se pretende aqui criar um critério para estabelecer os prazos de duração da realização da referida prova, até porque tal mister não seria possível em uma dissertação.

Para cumprir os objetivos desta pesquisa a dissertação foi dividida em três capítulos. No primeiro serão estabelecidos os conceitos necessários para a discussão do tema. Para tanto, definir-se-á o conteúdo do direito fundamental à vida privada utilizando-se da teoria do suporte fático amplo. No outro momento serão abordadas as restrições a este direito, bem como a regra da proporcionalidade. O capítulo inaugural se encerrará trazendo a posição do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

¹ Oportuno asseverar que digitando no sítio do STF como argumento de pesquisa as palavras “interceptações telefônicas e prorrogação” são localizados 34 julgados entre Recursos Extraordinários, Habeas Corpus e Recursos Ordinários. Contudo existiam em 2011 cerca de 40.000 interceptações em execução no território brasileiro. Neste sentido evidencia-se a importância do presente estudo.

No segundo capítulo, serão trazidos os fundamentos utilizados pelo STF para justificar as indefinidas prorrogações das interceptações telefônicas. É de se salientar que não se partirá de uma posição ingênua, portanto tais *topoi* serão tratados de forma crítica. Adiante-se que as decisões se pautam na gravidade do delito e na complexidade da investigação.

No derradeiro capítulo trabalhar-se-á com uma visão constitucional sobre o tema. Para isto, parte-se do conceito de instrumentalidade constitucional do processo penal, fazendo uma relação com o neoconstitucionalismo. Posteriormente, é trazido um princípio de imensa relevância para o processo penal que se pretenda democrático, a presunção de inocência, que sempre deve ser levado a efeito na persecução criminal.

Por fim, aborda-se o conteúdo essencial do direito fundamental, trazendo suas principais teorias e formas de aplicação. Com base no arcabouço teórico trazido nesta dissertação é formulada uma proposta para dar efetividade aos direitos fundamentais nas decisões de prorrogação das interceptações telefônicas.

1 - DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA PRIVADA E SUAS RESTRIÇÕES

1.1 - DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA PRIVADA.

A partir das construções realizadas pela jurisprudência francesa nasceram os chamados direitos da personalidade. Estes têm como principal mister tutelar a esfera privada do ser humano. São exemplos o direito à vida, integridade física e moral e à liberdade.²

Dessa forma, em um primeiro momento a preocupação era apenas em discernir a sociedade que deveria se desenvolver de forma autônoma do Estado. Contudo, com a evolução tecnológica começa a se discutir com maior afinco a questão da intimidade, que ganhou especial relevância no que tange aos direitos da personalidade.^{3 4}

Os referidos direitos passam a gozar de tamanha importância na sociedade hodierna que não devem mais ser tutelados apenas pelo Direito Civil, ramo do Direito Privado. Passam a clamar a atenção e a proteção do Direito Público.⁵ Não é sem razão que já na década de 80 do século passado, DOTTI afirmava que o desafio do jurista seria compatibilizar os avanços tecnológicos com a necessidade de salvaguardar os direitos fundamentais.⁶

Nesse sentido, na sociedade da informação e do consumo a privacidade e intimidade se tornam verdadeiras barreiras contra a padronização dos modos de vida impostos pelo simples fato de se viver em sociedade. Uma vez que é impossível

² DOTTI, Renê Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 27-29.

³ Idem.

⁴ É oportuno ressaltar que este estudo não visa esgotar a abordagem histórica acerca do direito fundamental à intimidade. Até porque não se quer correr o risco de uma abordagem linear de fatores históricos, o que, infelizmente, é frequente em pesquisas na seara jurídica. Cabe, contudo, mencionar que o direito à intimidade/privacidade, que é contemplado nos ordenamentos atuais, difere substancialmente da privacidade conhecida pelo Direito Romano. Começando a ganhar os atuais contornos a partir do século XI com as obras dos liberais e eram fortemente ligados com o direito à propriedade. DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção dos dados pessoais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 117-138.

⁵ DOTTI, Renê Ariel. Op. cit p.. 35-36.

⁶ Ibidem, p. 34.

viver fora do convívio social, há de se reservar uma esfera para que o homem esteja imune de sua influência.⁷

Com o progresso científico e tecnológico, no que se refere à transmissão de dados, a comunidade internacional não se omitiu e entidades como as Nações Unidas demonstraram sua preocupação com o tema. Documentos internacionais como o Pacto de São José da Costa Rica – dentre vários outros – contemplaram o direito à vida privada.⁸

No que tange ao ordenamento jurídico brasileiro a tutela à intimidade se deu de forma recente,⁹ sendo assim, o constituinte originário brasileiro, consagrou, no Artigo 5º, inciso XII da Carta Magna, o direito à intimidade. Interessante mencionar que este direito não está expresso no *caput* do artigo referido, razão pela qual se entende que é conexo ao direito à vida.¹⁰

Dessa forma ao cidadão é garantida uma esfera onde o Estado não pode se imiscuir. Trata-se de um espaço para o desenvolvimento de sua personalidade e de seus negócios privados. São exemplo destes direitos a inviolabilidade de domicílio, o sigilo das comunicações, dentre outros.¹¹

Nas lições de COSTA JÚNIOR é reservada ao cidadão uma esfera de ação livre do julgamento e intervenção do Estado e da sociedade. Seria um direito a amar e a adoecer em paz, sem a exposição da imprensa e dos outros meios de comunicação social.¹² TAVARES afirma que o direito à intimidade confere ao cidadão o direito de pôr a salvo de terceiros tudo aquilo que só diga respeito a “si mesmo”, como por exemplo o modo de agir.¹³

CRETELLA JÚNIOR, por seu turno, preleciona que o direito à intimidade consiste em uma posição subjetiva que o cidadão goza em frente ao Estado e a

⁷ ROBI FILHO, Ilton Norberto. **Direito, intimidade e vida privada**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 60.

⁸ DOTTI, Renê Ariel. Op. cit. , p. 46-47.

⁹ GIANOTTI, Eduardo. **A tutela constitucional da intimidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 2.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. rev. e atual. até a E.C. 45/04. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 205.

¹¹ *Ibidem*, p. 207-208

¹² COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 115-118.

¹³ TAVARES, André. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 588.

terceiros que lhe protege de devassas e, também, lhe garante o direito de estar só.¹⁴ Nessa mesma toada as lições de BASTOS e MARTINS afirmando que o direito à privacidade e à intimidade consistem em verdadeiras barreiras que visam a obstar a interferência esta na vida do homem, bem como impedir o acesso a seus dados.¹⁵

Hodiernamente com o avanço da informática, das técnicas de captura de sons e imagens¹⁶ o direito à intimidade – vida privada – encontra-se deveras ameaçado tanto pelo Estado quanto por terceiros.¹⁷ Aquele invadindo a esfera íntima dos cidadãos para a persecução criminal e estes para acesso e venda de informações que a *priori* só dizem respeito ao seu detentor.^{18,19}

Não há maiores dificuldades à atribuição do *status* de direito fundamental, isto porque, como já asseverado, o direito em estudo vem consagrado no rol específico que trata sobre o tema. Veja-se que este é um dos critérios de atribuição da fundamentalidade a um direito.²⁰

Entretanto, para os fins da presente dissertação tal resposta não é suficiente, devendo-se buscar um critério mais robusto no sentido argumentativo.

Martin BOROWSKI leciona que o conceito de direitos fundamentais pode ser visto por três ângulos. O formal, que diz respeito à positivação destes na Constituição, o procedimental, que atribui ao constituinte a decisão do que será reconhecido como direito fundamental, retirando esta decisão das mãos do legislador ordinário e, por fim, o material. Este preconiza que os direitos

¹⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Vol. I. arts. 1º a 5º LXVII. Rio e Janeiro: Forense Universitária, 1988. p. 257.

¹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Granda. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Vol. II. – Arts. 5º a 17. São Paulo: Saraiva, 1989. p.

¹⁶ O crescente aumento da tecnologia faz com que meios de burlar o direito à intimidade que até pouco tempo não passavam de ficção estejam a disposição da sociedade. Tal fato tem o condão de por em risco a efetividade do direito aqui tratado. PEREZ-LUÑO. Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. 5 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 345.

¹⁷ No que tange à exposição da intimidade do ser humano nos meios de comunicação, BAUMAN ensina que na falta de laços comunitários as intimidades são trazidas pelo meio de comunicação para que os telespectadores se identifiquem com os problemas alheios. Dessa forma cria-se um novo produto no mercado. BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro. Zahar, s. d. p. 59-65.

¹⁸ SILVA, José Afonso. Op. cit., , p. 209-210.

¹⁹ Não é sem razão que Ubirajara Carlos MENDES defende em sua dissertação de Mestrado que o direito à intimidade tem natureza de verdadeira barreira à intervenção e curiosidade do Estado e da Sociedade. MENDES, Ubirajara Carlos. **Direito à intimidade no Estado Democrático de Direito sob a perspectiva da (im)possibilidade de autodeterminação do indivíduo no ambiente empregatício**. Curitiba. 2012. 195f., Dissertação (Mestrado em Direito) UniBrasil. p. 80.

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 66-70.

fundamentais são aqueles direitos humanos²¹ reconhecidos pelas cartas constitucionais com o fito de outorgar-lhes caráter positivo.²²

Robert ALEXY, por seu turno, traça critérios, além do já mencionado, para determinar se uma norma²³ goza do *status* de direito fundamental. Assevera o constitucionalista alemão que existe um ônus argumentativo do intérprete ao afirmar que determinada situação está, ou não, albergada por uma norma de direito fundamental.²⁴

Nesse sentido, dando um passo à frente, busca-se demonstrar que o direito à intimidade é um direito fundamental também em sua concepção material. Para se chegar a esta conclusão necessário se faz traçar um critério material, aqui mais especificamente far-se-á uma relação com a dignidade da pessoa humana.²⁵

O conceito de dignidade da pessoa humana vem sendo trabalhado ao longo da história da civilização ocidental. Dentre os filósofos que se ocuparam do tema pode-se destacar Immanuel KANT.

Para o citado autor, ao passo que as coisas têm preço, os seres racionais têm dignidade. Entende-se por dignidade o fato do ser humano ser um fim em si mesmo.²⁶

Para explicar este conceito KANT distingue duas espécies de imperativo. De um lado tem-se o imperativo hipotético que é a ação objetivando a um fim. São exemplos deste os conselhos de prudência que dizem respeito a determinadas condutas que devem ser observada pelo homem para se atingir a felicidade. Noutra giro tem-se o imperativo categórico²⁷ que é a ação que se pratica pelo simples fato de ser boa em essência, sem nenhum objetivo.²⁸

²¹ Direitos Humanos são direitos morais de validade universal que independem de as positavações. Visam a tutelar as necessidades e interesses fundamentais do homem tendo prioridade sobre as disposições do ordenamento interno. BOROSWSKI, Martin. **La estructura dos Derechos Fundamentales**. Universidad Externada de la Colômbia, 2003. p. 30-31.

²² Ibidem, p. 33-35.

²³ No que tange ao conceito de norma este será trabalhado mais adiante quando se tratar do suporte fático aos direitos fundamentais.

²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria...** p. 45-47.

²⁵ SARLET. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 68-90.

²⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 77.

²⁷ É oportuno asseverar que a ideia de imperativo categórico irá servir como base da justificação da pena do direito penal para as teorias absolutas. A pena, nesse sentido, seria a forma externa de se garantir a observância do imperativo categórico. Dessarte dá azo a uma teoria penal

Estas ações são albergadas pelo reino da moral, e devem ser observadas por todo ser humano, pois a característica da racionalidade lhe é atribuída pelo fato de se afastar das inclinações e necessidades. Dessa feita o homem age por vontade e torna-se legislador universal, pois a sua ação – boa em essência – deve se tornar modelo para todos os seres racionais.²⁹

Aplicando-se tais premissas filosóficas ao direito, é possível afirmar que em virtude da abertura semântica e das idiosincrasias culturais não se pode cunhar de forma abstrata um conceito de dignidade da pessoa humana aplicável de plano a todos os casos concretos.³⁰

Tendo porém como norte as lições de KANT, é possível se chegar a um critério para julgamento de casos concretos. Quando o ser humano for reduzido à condição de objeto e sua autodeterminação não for respeitada, estar-se-á a ferir o princípio da dignidade da pessoa humana.³¹

Veja-se que nestes casos existe uma limitação à atividade estatal, proíbe-se penas cruéis, penas capitais, prisões perpétuas, discriminações por questões religiosas e de consciência, limita-se meios de provas (inadmissibilidade de uso de detectores de mentiras e de provas ilícitas). De outra banda, consagram-se valores como a autodeterminação do homem, a honra, a intimidade, o respeito à vida privada, dentre outros. Dessarte a intervenção estatal na vida privada do cidadão só se legitima por meio de lei e desde que seja proporcional.^{32 33 34}

da defesa social que não está embasada em nenhum dado empírico. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Apuntes sobre El pensamiento penal em el tiempo**. Buenos Aires: Hammufa, 2007, p. 98-99.

²⁸ KANT, Immanuel. Op. cit., p. 67-69

²⁹ Ibidem, p. 73-74.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 98-101.

³¹ Ibidem, p. 103-104

³² Idem.

³³ Ainda no que tange à dignidade da pessoa humana assim arremata SARLET: O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta ao passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa humana..Ibidem, p. 104.

³⁴ (...) Uma esfera privada, na qual a pessoa tenha condições de desenvolvimento da própria personalidade, livre de ingerências externas, ganha hoje ainda mais em importância; passa a ser um pressuposto para que ela não seja submetida a formas de controle social que, em última análise, anulariam sua individualidade, cerceariam sua autonomia privada (para focar em um conceito caro ao direito privado) e, em última análise, inviabilizariam o livre desenvolvimento de sua personalidade. DONEDA. Danilo. Op. cit., p. 142.

É notório que, se o Estado ou terceiros interferirem de modo ostensivo na esfera íntima dos cidadãos, todos os afetados acabariam por perder as mais genuínas características da personalidade, dessa forma tornaria o homem em um mero objeto análogo a um produto produzido em massa.³⁵

Nesse momento, salutar trazer à tona as lições de EKMEKDIJAN, que, ao conceituar a privacidade e a intimidade como um espaço livre da intervenção estatal e de terceiros, arremata seu pensamento afirmando que este direito constitui uma das principais características da dignidade da pessoa humana.³⁶

Com base no exposto até aqui, há de se asseverar a importância que o princípio em tela adquire no ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito.³⁷ E, nessa esteira, resta incontestado que o direito à intimidade está albergado pelo manto da dignidade da pessoa humana, só podendo ser restringido de forma proporcional.

Superada a vinculação do direito em tela ao rol dos direitos fundamentais, é imperioso trazer à baila, de modo mais aprofundado, o seu conteúdo e abrangência.

Um primeiro problema que pode se enfrentar é a questão terminológica. Isto porque o constituinte originário, ao tutelar tal direito, utilizou no mesmo inciso os termos intimidade, vida privada, honra e imagem. Desta forma criou-se uma celeuma para conceituá-los.³⁸

Dessa maneira é possível afirmar que a vida privada estaria inserida em uma esfera de exclusão do público, o que engendraria a dicotomia público-privado. Já a intimidade estaria ligada à questão da confiança, do segredo do sigilo. Danilo DONEDA arremata suas considerações acerca da conceituação semântica afirmando que todas estas questões podem ser albergadas pelo termo direito à privacidade.^{39 40}

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal**: as interceptações telefônicas. 2 ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 69.

³⁶ EKMEKDIJAN, Miguel Angel. **Manual de la Constitución Argentina**. 5 ed. Buenos Aires: Depalma 2002. p. 95.

³⁷ José Afonso da SILVA afirma que todo o ordenamento jurídico brasileiro deve ser interpretado com as lentes da dignidade da pessoa humana. SILVA, José Afonso. Op. cit., p. 105.

³⁸ DONEDA, Danilo. Op. cit., p. 110-112.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Vale trazer à cola a posição do autor *in verbis*: A verdadeira questão a terminologia constitucional nos apresenta é, se foram utilizados dois termos diversos, estaríamos diante de duas hipóteses diversas que devem ser valoradas de forma diferentes? Responderemos que não, pelos seguintes motivos: (i) a ausência de uma clara determinação terminológica na doutrina e

A doutrina alemã criou a teoria das esferas da privacidade, a primeira tutelaria a esfera confidencial, atos que embora pudessem ser praticados em locais não privados estariam excluídos do domínio do grande público; a segunda consiste na esfera em que os atos são divididos apenas com pessoas mais próximas e a terceira consiste na esfera do segredo, algo que não é dividido senão com as pessoas que fazem parte daquele ato.⁴¹

Amilton Bueno de CARVALHO e Salo de CARVALHO, por seu turno, lecionam que o direito em tela se divide em duas esferas. A individual, que engloba a liberdade de religião, de manifestação do pensamento, entre outras, e tem relação com a livre construção da personalidade. Já no que concerne à esfera da vida privada, é tutelada a inviolabilidade do homem em seus locais de vida.⁴² Vale asseverar que neste estudo serão tomados como sinônimos tanto o direito à intimidade quanto à privacidade.⁴³

Em um sentido material, a intimidade reveste-se de uma situação jurídica na qual é reconhecido ao cidadão um âmbito livre de ingerências do Estado e da reprovação coletiva da sociedade. Ou seja, é reconhecido o sigilo dos dados, a inviolabilidade do domicílio e, em especial para esta pesquisa, o sigilo das comunicações telefônicas.⁴⁴

Trazendo a discussão para a seara processual penal, e portanto revestindo-se de garantia em face do *potestas puniendi* estatal, pode-se afirmar que o princípio da intimidade representa verdadeiro critério para legitimar ou deslegitimar as ações e omissões dos entes estatais, pois permitem avaliar o grau de justiça e validade de toda estrutura jurídica do ordenamento jurídico pátrio.⁴⁵

jurisprudência, além do fato de ser a primeira vez que o tema ganha assento constitucional, podem ter sugerido ao legislador optar pelo excesso, até pelo temor de reduzir a aplicabilidade da norma, (ii) a discussão dogmática sobre os limites entre ambos os conceitos, visto o alto grau de subjetividade que encerra, desviaria o foco do problema principal, que é a aplicação do direito fundamental da pessoa humana em questão, em sua emanção constitucional. Ibidem, p. 110.

⁴¹ COSTA JUNIOR, Paulo José. Op. cit., p. 29-30.

⁴² CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Reformas penais em debate**: Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 153-154..

⁴³ Não se desconhece que setores respeitáveis da doutrina fazem a distinção entre privacidade e intimidade, inclusive demonstrando efeitos práticos. Contudo para os fins destes trabalhos a referida distinção não é necessária. A título de exemplo Leonardo AGOSTINI traz critérios hermenêuticos e argumentativos para tal diferenciação. AGOSTINI, Leonardo Cesar de. **Novas dimensões do Direito Fundamental à intimidade a partir da Constituição Federal de 1988**: Uma leitura sob a perspectiva civil constitucional. Curitiba, 2009. 255f. Dissertação. Mestrado. UniBrasil

⁴⁴ DONEDA, Danilo. Op cit., , p. 145-147.

⁴⁵ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Reformas ...**p. 153.

A garantia da privacidade é um corolário do devido processo penal, eis que o cidadão só poderá ser privado de sua liberdade após o regular trâmite processual, observando-se os direitos fundamentais do imputado.⁴⁶⁴⁷

O sigilo de correspondência está previsto nos documentos constitucionais brasileiros desde a Constituição do Império de 1824. Interessante observar que mesmo na Constituição vigente no período da ditadura militar havia sua previsão.⁴⁸

O ordenamento infraconstitucional, mesmo no período da ditadura militar, previa crimes por violação de correspondência e do sigilo telefônico.⁴⁹ Discutia-se, entretanto, a possibilidade de se utilizar material obtido com escutas telefônicas em sede de processo penal e, inclusive, de processo civil.⁵⁰ Alguns sustentavam que em virtude da aplicação da proporcionalidade poderia se utilizar validamente material obtido por intermédio de escutas.⁵¹

A atual Constituição brasileira traz, como já salientado, a previsão de sigilo⁵² das comunicações telefônicas. Veja-se que a partir de sua promulgação não há mais espaço para a discussão acerca da possibilidade de serem realizadas as interceptações.⁵³ Contudo, faz-se mister debater quais os limites destas, e é sobre isto que se deterá o presente trabalho.

1.2 - A ABRANGÊNCIA DA PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA PRIVADA.

A discussão acerca do âmbito de proteção dos direitos fundamentais reveste-se de especial importância, eis que não está reservada apenas aos debates acadêmicos, mas tem consequências práticas na aplicação dos direitos fundamentais. Nas lições de SARLET, os conceitos de suporte fático, restrições e

⁴⁶ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias individuais no Processo Penal Brasileiro**. 4 ed. rev. atual e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 79-/80.

⁴⁷ A vinculação do Processo Penal aos direitos fundamentais será tratada no terceiro capítulo desta dissertação.

⁴⁸ AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 128-136.

⁴⁹ Não havia o direito a intimidade previsto de forma expressa, contudo poderia se afirmar a sua contemplação através da interpretação do Art. 153 §36 da Constituição de 1967. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades ...**p. 76-77.

⁵⁰ AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit., p. 128-136

⁵¹ Idem.

⁵² A inviolabilidade das comunicações telefônicas está inserida na esfera do segredo. CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. 2 ed. Buenos Aires: Austrea, 1995, 547-573.

⁵³ TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 341-343.

limites às restrições vêm sendo adotados pela jurisprudência pátria, mesmo que sem referência expressa a esta teoria.⁵⁴

Nada obstante sua relevância, na doutrina constitucional brasileira, o tema não tem a devida atenção. Seu estudo fica restrito a questões de direito tributário, quando se fala em hipótese de incidência, do direito penal, no que tange à tipicidade, e no conceito de relação jurídica no direito civil para os seguidores das lições de Pontes de Miranda.⁵⁵

Em um primeiro momento há de se diferenciar suporte fático de âmbito de proteção.⁵⁶ Para Robert ALEXY suporte fático é a soma de bem protegido e intervenção. Nesse sentido o jurista deverá considerar a extensão do bem jurídico a ser protegido e a extensão da intervenção (ação ou omissão estatal neste bem jurídico).⁵⁷

Virgílio Afonso da SILVA, por seu turno, inclui na ideia de suporte fático a fundamentação constitucional que dá azo à possível restrição do direito fundamental. Dessa forma, caso não haja uma fundamentação constitucional argumentativamente correta para uma restrição de direito fundamental, dever-se-á reconhecer a incidência protetiva da norma de direito fundamental.⁵⁸

Por âmbito de proteção entende-se o domínio da vida que é recortado e protegido pelos direitos fundamentais. Por vezes também se fala em âmbito normativo da disposição de direito fundamental.⁵⁹

De toda sorte para se apurar o âmbito de proteção definitivo de um direito fundamental, ou seja, se a conduta a ser analisada é tutelada por este faz-se mister abordar as duas principais concepções sobre suporte fático: a teoria do suporte fático em sentido restrito e a do suporte fático em sentido amplo. É salutar destacar desde logo que a segunda vertente será a utilizada neste trabalho.⁶⁰

⁵⁴SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 394-395.

⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**: contudo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 65-69.

⁵⁶ Para este trabalho interessa sobremaneira os direitos de defesa que constituem a pretensão do cidadão que o Estado não embarace certas situações jurídicas.

⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos** ...p. 305.

⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos**... p. 71-75.

⁵⁹ PIEROTH, Bado; SCHLINK Bernhard. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 116.

⁶⁰ Nessa toada serão seguidas as lições de Robert ALEXY e Virgílio Afonso da SILVA nas obras que venham a ser citadas nesta dissertação.

Para quem sustenta o suporte fático em sentido restrito não existe uma cisão entre o direito fundamental e as restrições. Desta forma, o conteúdo de um direito é previamente dado, cabendo ao intérprete verificar se a conduta fática está ou não albergada pelo direito alegado. Veja-se que nesta corrente não é possível falar em restrições.⁶¹⁶²

Consequência lógica da aplicação destes pressupostos é que o ônus argumentativo estará na caracterização da conduta em apreço como protegida por um direito fundamental. Desta sorte, situações que *a priori* estariam por ele tuteladas são simplesmente descartadas.⁶³

É de se asseverar que a adoção desta teoria dará azo para que uma significativa gama de condutas seja decidida de forma discricionária pelo legislador ordinário, sem que se legitime um controle de constitucionalidade feito pelo Poder Judiciário.⁶⁴

As fundamentações para a adoção do suporte fático restrito são muitas. Entretanto, em virtude dos limites deste trabalho, serão abordadas apenas as mais importantes.

A primeira reside na interpretação genética que busca a “vontade” do constituinte originário no momento da promulgação da Carta Constitucional⁶⁵. Interessante ressaltar que tal teoria assume uma posição deveras conservadora, eis que com o avanço das relações sociais o constituinte não poderia prever, ou ainda, desejar proteger, certas situações hoje corriqueiras e tuteladas.⁶⁶ Em síntese, não há atualização do nível de proteção dos direitos fundamentais.⁶⁷

Buscar a vontade do legislador, em que pese em um primeiro momento parecer mais democrático, é insustentável. Não há como se comprovar que se conseguiu captar a intenção do constituinte. Mesmo existindo vários métodos para

⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos...** p. 80.

⁶² BOROWSKI, Martin. Op. cit., p. 69-70.

⁶³ SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos...** p. 80.

⁶⁴ Ibidem, p. 81.

⁶⁵ Ibidem, p. 83-85.

⁶⁶ Veja-se a título de exemplo as relações de casais do mesmo sexo que no momento da promulgação da Constituição de 1988 não foi expressamente tutelado. Hodiernamente podendo ser reconhecido, por intermédio do princípio da igualdade, liberdade e da dignidade da pessoa humana, um direito fundamental à orientação sexual implicando em várias condutas omissivas e prestações positivas. RUTHES, Igor Fernando; NASCIMENTO NETO, José Osório. **A orientação sexual como direito fundamental e suas consequências no reconhecimento de direitos às minorias sexuais.** PUC/RS prelo.

⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos...** p. 95.

isso, dentre eles o semântico, o histórico e o psicológico coletivo, é possível que por cada um destes se chegue a uma conclusão/interpretação diversa.⁶⁸

Outro fundamento para a utilização da teoria em tela é a delimitação do âmbito de proteção. Segundo tal premissa, os direitos fundamentais só tutelariam as ações específicas e estritamente necessárias para se concretizar um direito fundamental.

Segundo essa teoria, denominada de sistemática-constitucional, não há direito fundamental ilimitado. Tais limites decorreriam da própria reserva que a ordem constitucional lhe impõe. Cumpre mencionar que aqui não está a se falar em restrições externas dos direitos fundamentais, mas de limites intrínsecos que se justificam pela própria extensão da norma de direito fundamental.⁶⁹

Um exemplo instrutivo acerca do tema é o direito fundamental à liberdade artística. Imagine-se um pintor que deseja pintar um quadro. Até aqui existe um ato plenamente tutelado pelo direito fundamental em comento. Contudo, se o desejo do artista fosse realizar sua ação em um cruzamento movimentado, não mais haveria tal tutela.⁷⁰

A explicação para esta vedação seria pelo fato de que a conduta de pintar poderia ser realizada em outro local sem que fosse estritamente necessário exercer a liberdade em comento no local almejado pelo artista. O mesmo raciocínio valeria para pregações e discursos políticos em públicos.⁷¹

Note-se que a operação de limitação dos direitos fundamentais se dá com a introdução de uma cláusula de exclusão do suporte fático. Tal providência em momento algum se confunde com as restrições. Dessarte, se uma conduta preenche todos os requisitos do suporte fático do direito fundamental, mas tem alguma característica que não se enquadre – pintar num cruzamento movimentado –, não será sequer objeto do suporte fático.⁷²⁷³

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martim Fontes, 2001. p. 17-20.

⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos ...**p. 311-312.

⁷⁰ Ibidem, p. 312-313.

⁷¹ Idem.

⁷² Ibidem 314-315.

⁷³ ALEXY adverte que a adoção dessa teoria poderia fulminar vários direitos fundamentais, pois muitos deles podem ser exercidos em locais diversos. Veja-se por exemplo um direito de reunião em locais públicos que sempre poderiam ser realizadas em locais diversos do escolhido pelos participantes. Idem;

No que tange à aplicação desta teoria pelo Supremo Tribunal Federal pode-se trazer à baila os fundamentos da decisão no *Habeas Corpus* 70.814/SP, relatado pelo Ministro Celso de Mello.⁷⁴

Versava o aludido *writ* sobre a utilização, para fins de condenação na seara penal, de uma carta interceptada do paciente – que cumpria pena privativa de liberdade – destinada a outro preso que estava em regime aberto. Aduzia que tal prova era ilícita por afronta ao direito fundamental à intimidade.⁷⁵

O Ministro relator denegou a ordem sob o argumento de que o direito fundamental à intimidade não abrangia o sigilo epistolar para praticar atos ilícitos, ou seja, aplicou-se a teoria do suporte fático em sentido restrito.⁷⁶⁷⁷

Ainda no que concerne às críticas tecidas à teoria em apreço, há de se consignar que, na mesma esteira da interpretação genética, também é conservadora. Isto ocorre porque a teoria, em que pese haja uma defesa de usar abertura normativa, apenas protege o tradicional, não dando qualquer suporte a condutas novas que não sejam específicas.⁷⁸

Por fim, há de se trazer e acompanhar, neste tópico específico, os ensinamentos de NOVAIS, o qual assevera que as teorias do suporte fático restrito não são hábeis para justificar a contento as decisões judiciais que versam sobre direitos fundamentais e suas limitações.⁷⁹

Nesse momento impõe-se o estudo do suporte fático em sentido amplo dos direitos fundamentais. Nessa outra concepção qualquer conduta que possa ser minimamente vinculada de maneira argumentativa a um direito fundamental está *prima facie* por ele protegido. Outro ponto característico desta teoria é que no campo semântico a disposição de direito fundamental deve ser interpretada de forma mais extensiva possível.⁸⁰

⁷⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, HC 70.814/SP, Relator Ministro Celso de Mello. J. 01º de Março de 1994.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Ainda há de se mencionar que no que tange a outros fundamentos para a denegação da ordem foi utilizado o recurso retórico da verdade real para a utilização de fotocópias não autenticadas de outros autos – prova emprestada – e o argumento da segurança pública. Idem. Tais argumentos retóricos serão devidamente enfrentados mais adiante neste trabalho.

⁷⁸ SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos ...**.p. 95-96.

⁷⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e justiça constitucional**. Coimbra:Coimbra, 2012. p. 42-45.

⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos** p. 322.

Merece ser consignado aqui o posicionamento de Reis NOVAIS, que, nada obstante adotar a teoria do suporte fático amplo,⁸¹ entende que condutas tidas como criminosas não fazem parte do suporte fático.⁸² Para fins deste trabalho será adotada a posição de Robert ALEX Y.

Dessa forma o ônus argumentativo que na corrente teórica acima explanada se encontrava no enquadramento da conduta no âmbito de proteção do direito fundamental, agora é deslocado para a justificativa da sua restrição. Em apertada síntese, há de se fundamentar a exclusão da proteção da conduta.⁸³

Dessa forma os direitos fundamentais assumem a forma de princípios que podem ser restringidos e são adequados ao caso concreto. Veja-se que as regras obedecem o critério do tudo ou nada, sendo válidas ou inválidas. Os princípios, por sua vez, são valores de justiça e apontam caminhos podendo ser concretizados em diferentes níveis.⁸⁴

Nessa esteira coube a ALEX Y desenvolver o conceito de princípios,⁸⁵ preconizando que estes são mandamentos de otimização do sistema jurídico, havendo várias formas de satisfazê-los. Importante ressaltar que assim são reconhecidos somente aqueles valores albergados pelo ordenamento constitucional. Por exemplo, não haveria de se falar em princípio da segregação em conflito com o princípio da igualdade, pois aquele é incompatível com os atuais valores do Estado e da sociedade.⁸⁶⁸⁷

A vertente em comento não é imune a críticas, serão aqui enfrentadas as mais relevantes.⁸⁸ A primeira consiste no fato de haver uma excessiva tutela dos direitos fundamentais. Outra crítica tecida é a de que falta honestidade nas

⁸¹ Virgílio Afonso da SILVA afirma que embora a rigor a posição adotada pelo referido autor seja eclética para os fins de estudos pode ser entendida como suporte fático amplo. É o que se faz aqui.

⁸² NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit. p. 75-59.

⁸³ SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos...** p. 94.

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University, 1978. p. . 20-24.

⁸⁵ BOROWSKI, Martin. Op cit., p. 47.

⁸⁶ ALEX Y, Robert. **Teoria dos Direitos....** p. 90-91.

⁸⁷ Não se pode negar que no ordenamento jurídico brasileiro existem direitos fundamentais previstos na forma de regra, por exemplo a proibição de provas ilícitas no processo penal em desfavor do réu. Esse assunto será tratado mais adiante.

⁸⁸ Nada obstante, neste tópico serem trabalhados diversos autores, a estrutura do enfrentamento das críticas utilizadas será a construída por Virgílio Afonso da SILVA.

promessas feitas pela teoria em voga, pois um direito fundamental *prima facie* tutelado poderia ser excluído do seu âmbito de proteção.⁸⁹

No que tange à desonestidade da teoria em apreço, há de se asseverar que a corrente que defende o suporte fático restrito está na situação confortável de não se falar em restrições. Entretanto, o esforço argumentativo, como já consignado alhures, está concentrado na proteção da conduta pela regra de direito fundamental. Em outras palavras, tanto a teoria do suporte fático amplo quanto a do suporte fático restrito excluem situações da proteção constitucional.⁹⁰

Nessa quadra, a corrente que defende o suporte fático amplo sustenta que a justificativa do porquê certa conduta *prima facie* protegida foi excluída da proteção definitiva tem o mérito de ser mais transparente do que simplesmente negar tal tutela. Ademais, aqui há de se evidenciar, na justificativa, conflito com direitos fundamentais de outros, bem como com interesses coletivos.⁹¹

Nesse sentido o Poder Público deve demonstrar o caminho utilizado para a restrição dos direitos fundamentais e, em especial, a justificativa constitucional para a intervenção. Veja-se que aqui os fins não justificam os meios, bem como abre-se espaço para um debate acerca da adequação constitucional dos motivos que determinaram o âmbito de proteção definitivo.⁹²

Opõe-se, ainda, à crítica aqui rebatida o fato de que um princípio só promete uma proteção definitiva após um processo de ponderação com os demais valores que estão em jogo no caso concreto. Sendo assim, quem crê em uma proteção definitiva através de um enunciado genérico de um princípio está a cometer um mal entendido.⁹³

Superada a primeira oposição, faz-se necessário enfrentar a segunda objeção. Segundo esta, a adoção de uma teoria ampla do suporte fático aumentaria a gama de situações onde os direitos fundamentais incidiriam, havendo uma excessiva constitucionalização de todo o direito.⁹⁴

Em certa medida tal assertiva está correta. Todavia, isto só ocorreria no momento da proteção *prima facie*, pois a princípio toda exclusão de situações na

⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos**....p. 322-324

⁹⁰ Ibidem, p. 323-325.

⁹¹ Idem.

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 400.

⁹³ BOROWSKI, Martin. Op cit., p. 64-65.

⁹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos**...b. p. 326-330

teoria do suporte fático restrito poderá engendrar uma restrição na teoria ora em apreço, de sorte que o âmbito de proteção definitiva de ambas as teorias seria coincidente.⁹⁵

Pode-se sustentar, ainda, que a teoria ampla do suporte fático deslocaria a argumentação do direito ordinário para os direitos fundamentais, causando o excesso de casos constitucionais. Há de se asseverar que a certeza da incidência de um direito fundamental em determinada situação comporta vários graus. Ademais, a teoria restrita do suporte fático não daria conta dos casos onde há dúvidas, ao passo que a teoria ampla o consideraria como um caso real de direitos fundamentais, lançando-se mão da máxima proporcionalidade.⁹⁶

Vale dizer que no direito pátrio o sistema de controle de constitucionalidade é misto, portanto todos os juízes das instâncias ordinárias e extraordinárias possuem competência para aferir a constitucionalidade em um caso concreto. O Supremo Tribunal Federal só irá atuar no controle de constitucionalidade difuso se houver ofensa direta ao texto constitucional, não podendo atuar em caso de ofensa reflexa.⁹⁷

Ademais, a necessidade de se demonstrar a repercussão geral, para a admissibilidade do recurso extraordinário pela Corte Constitucional, faz com que os casos lá debatidos ultrapassem o mero interesse subjetivo das partes. Dessarte, dá racionalidade ao sistema jurídico, limitando o acesso ao Supremo.⁹⁸

Feita esta pequena, mas importante, observação acerca do sistema pátrio, cabe voltar ao enfrentamento direto da crítica. teoria ampla do suporte fático divide os casos de direitos fundamentais entre potenciais e reais. Aquele não resta dúvida da correção da restrição –proibição do roubo – enquanto nestes existe uma dúvida plausível sobre a incidência do direito fundamental em questão.⁹⁹

Por fim, há de se trazer à baila outro aspecto desta crítica, segundo o qual a teoria ampla desvirtuaria o sistema jurídico, pois reconhecera um direito fundamental ao furto, ao homicídio etc. Tal proposição não deve ser levada a efeito

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rego Monteiro. **Recurso Especial e Extraordinário**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 131-132.

⁹⁸ Ibidem, p. 250-256.

⁹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos...** p. 326-332.

para desnaturar a teoria aqui em apreço. Veja-se que existe uma proteção *prima facie* e não definitiva destas condutas.¹⁰⁰

Para evidenciar tal raciocínio é possível afirmar que em determinados casos o cidadão teria o direito fundamental de matar e de furtar reconhecidos como definitivos pela própria legislação, ou, ainda, pelo Poder Judiciário. No primeiro caso basta imaginar uma pessoa que se encontre perante uma ameaça injusta e que a única forma existente de se ver livre desta seja matar seu agressor. Parece inconteste que houve o exercício do direito fundamental à liberdade ou à vida desta pessoa, fazendo com que incidisse uma causa de excludente de antijuridicidade.¹⁰¹

Outro exemplo é a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 119.672/SP, no qual foi concedida *ex officio* a ordem para a paciente que teria sido condenada pela tentativa de furto de um pacote de fraudas descartáveis no valor estimado de quarenta e cinco reais.¹⁰²

Nas suas razões de decidir, o Ministro Relator consignou que uma mãe que furta um pacote de fraudas está em flagrante estado de penúria, não se justificando a intervenção penal sobre sua liberdade.¹⁰³

Nesse diapasão, resta claro que a adoção da teoria do suporte fático amplo dos direitos fundamentais propicia estas decisões, que impedem intervenções que atinjam de forma desproporcional a esfera de liberdade dos cidadãos.

Pautado no arcabouço teórico até aqui trabalhado, e adotando a teoria ampla do suporte fático, pode-se, a partir do Artigo 5º XII, da Constituição Federal, elaborar a seguinte norma de direito fundamental:

Todas as comunicações telefônicas são prima facie protegidas pelo sigilo e pelo direito à privacidade.

Desta forma, cabe investigar acerca das restrições deste direito. Este é o objeto do próximo tópico.

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ Para melhor tratar o tema e salutar trazer à cola: " A legítima defesa constitui direito de proteção enraizado na consciência jurídica do povo, explicada por dois princípios fundamentais: o princípio da proteção individual de bens ou interesses e o princípio social da afirmação do direito em defesa da ordem jurídica. (...)" SANTOS. Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Fórum, 2004. p. 154-155.

¹⁰²BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 119672/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fu, Unânime, Fabiana Barbosa Martins, Superior Tribunal de Justiça. D.J. 06/05/2014.

¹⁰³Idem.

1.3 - RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Após a formulação da norma acima cabe perquirir se é possível falar em restrições do direito à vida privada, e mais especificamente neste trabalho, a possibilidade de haver a interceptação telefônica. Poder-se-ia aqui simplesmente transcrever o texto do inciso XII do Artigo 5º. da Constituição Federal para responder tal questão. Contudo, mostra-se de extrema importância fazer a correta abordagem teórica acerca do tema proposto, pois, como se demonstrará adiante, haverá consequências nas decisões judiciais versando sobre o tema.

Na doutrina alemã entende-se como restrição a um direito fundamental qualquer ação ou omissão, consciente ou não, que acarrete por impedir de maneira total ou parcial a proteção de uma conduta *prima facie* albergada por um direito fundamental.^{104 105}

Existem casos que, em virtude de conflito entre direitos fundamentais e interesses públicos, parece que é plenamente justificável a limitação de direitos fundamentais. Cite-se, por exemplo, uma publicação que irá ofender sobremaneira a vida privada de alguém, ou ainda, que vá divulgar segredos que coloquem em risco a segurança nacional. Nesse caso parece correto limitar ou até proibir a liberdade de expressão em virtude dos outros valores aqui trazidos.¹⁰⁶

Como é sabido, os direitos fundamentais têm como uma de suas principais funções proteger determinadas situações individuais do arbítrio da maioria. Justifica-se tal assertiva pelo fato de que o constituinte originário, no momento da feitura da Carta, retirou da esfera de decisão dos seus sucessores certas matérias que implicam em direitos aos seus pares na sociedade. Contudo, mesmo sob esta perspectiva, ainda é possível falar em restrições, ou limites, aos direitos e garantias fundamentais.¹⁰⁷

Feito este pequeno, mas necessário, introito, cumpre consignar que existem duas teorias que visam explicar as restrições dos direitos fundamentais, quais

¹⁰⁴PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Op. cit., p. 128-129.

¹⁰⁵ Existem autores que diferenciam restrições, regulamentações e configurações. Contudo neste trabalho estes conceitos não serão diferenciados, pois uma regulamentação pode ter forte afetação no direito fundamental de modo a cerceá-lo.

¹⁰⁶NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 65-66.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 69-70.

sejam: a teoria interna e a externa. Tais teorias não têm sua gênese no Direito Constitucional, mas seus debates se iniciaram no Direito Civil.¹⁰⁸¹⁰⁹

Para a teoria interna os direitos fundamentais não podem ser restringidos, isto, entretanto, não significa que ela considere a existência de um direito fundamental absoluto. O que ocorre, na verdade, é a adoção de uma ideia de declaração do conteúdo do direito fundamental em toda sua extensão.¹¹⁰

Dessarte, o direito fundamental assume o caráter de regra respondendo ao binômio tudo ou nada¹¹¹, não se podendo falar em colisão de direitos fundamentais e tampouco em sopesamento.¹¹²

A ideia de direitos fundamentais como instituições entende que estes são “instituições coisa” que carregam em si diretrizes – ideias como família, propriedade – que são concretizadas pela sociedade ou pelo legislador.¹¹³

Por fim, nesta brevíssima exposição, cabe salientar que tal entendimento é tributário de uma visão coletiva de direitos fundamentais que se contrapõe a uma visão individual sobre o tema.¹¹⁴

Noutro vértice, a teoria externa preconiza a separação entre direito fundamental e suas restrições. Sendo assim, há dois objetos de estudo, primeiro uma conduta protegida *prima facie* por um direito fundamental e em seguida a suas possíveis restrições, que só podem ser feitas mediante um caso concreto. Falar-se em ponderação e proporcionalidade só faz sentido quando adotada a presente teoria.¹¹⁵

As restrições aos direitos fundamentais podem ser feitas mediante regras – que dever consubstanciar uma decisão proporcional do legislador sobre uma colisão de princípios anterior – ou ainda em princípios. Neste caso, como ainda não houve

¹⁰⁸ SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos...** p. 126-127.

¹⁰⁹ Na aplicação das teorias aqui em comento existem certas impropriedades técnicas. Por exemplo, a utilização da palavra limites imanentes – teoria interna – é incompatível com a ideia de sopesamento – teoria externa. *Ibidem*, p. 128.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** p. 177-178.

¹¹¹ Esta distinção de princípios como já consignado acima é tributária a Dworkin. DWORKIN, Ronald. **Taking...** p. 20-22

¹¹² SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos...** p. 130-133.

¹¹³ *Ibidem*, p.134-135..

¹¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos....** p. 179-180

¹¹⁵ SILVA. Virgílio Afonso da. **Direitos...** p. 138-139.

decisão do legislador, o juiz deverá decidir qual princípio terá maior relevância no caso concreto em detrimento do outro que haverá de ceder.¹¹⁶

Para encerrar a abordagem feita acerca das teorias interna e externa, cumpre trazer à lume as lições de SARLET, que assevera que a adoção da teoria das restrições externas impõe maior ônus argumentativo para se demonstrar qual é o direito fundamental definitivamente tutelado. Há de se mostrar qual foi o caminho percorrido para se chegar ao resultado final¹¹⁷

Não se pode deslembrar que alguns autores, principalmente na doutrina germânica e lusitana,¹¹⁸ teceram críticas à teoria em análise. Todavia, para os limites do objeto desta dissertação, a teoria em voga apresenta a grande vantagem de criar uma possibilidade para a crítica e debate sobre as razões utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal para fundamentar as decisões de prorrogação das interceptações telefônicas.

Nesse momento é possível aprimorar a norma de direito fundamental elaborada acima, tendo até aqui o seguinte texto:

Todas as comunicações telefônicas são *prima facie* protegidas pelo sigilo e pelo direito à privacidade, podendo ser restringidas desde que haja justificativa constitucional.

1.4 – LIMITES ÀS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Até meados do século passado, em virtude da grande deferência que era prestada ao legislador ordinário, o conteúdo dos direitos fundamentais sofria uma intensa erosão pela atividade legiferante. Nessa toada, a partir de determinado momento foram encetados determinados critérios para o controle desta atividade.¹¹⁹

¹¹⁶ Ibidem, p. 140-142.

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p.

¹¹⁸ Virgílio Afonso da SILVA em sua obra traz de modo sumário grande parcela das críticas tecidas a teoria externa e as refuta. Talvez as mais importantes sejam a do subjetivismo e a da inexistência de segurança jurídica. O subjetivismo é característica de todos os métodos de interpretação, inclusive os positivistas o reconhecem. A teoria externa tem a vantagem do aplicador do Direito não poder se escamotear por trás de uma pretensa objetividade. Quanto a ideia de segurança jurídica, esta advém não da teoria a ser utilizada, mas na previsibilidade da decisão. SILVA, Virgílio Afonso da **Direitos...** p. 145-156.i

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op cit., p. 403-404

O reconhecimento da superioridade material e formal das constituições¹²⁰ engendrou a vinculação de todos os poderes do Estado aos ditames de direitos fundamentais. Nessa linha, a partir de determinado momento houve a necessidade de se implementar um controle racional acerca dos assim chamados limites aos limites dos direitos fundamentais.¹²¹

Nada obstante, ao contrário das constituições portuguesa e alemã, apesar de a Carta Política brasileira não tratar expressamente destes limites, não há de se olvidar de sua existência. Destarte, coube à doutrina e à jurisprudência cunhar uma teoria sobre isto. Os principais critérios são a proporcionalidade e o núcleo essencial dos direitos fundamentais.¹²²

1.4.1 - Da Reserva de Lei.

Discorrendo acerca da Lei Fundamental alemã – mas com plena aplicabilidade à Constituição brasileira – PIEROTH e SCHLINK asseveram que a restrição de direitos fundamentais pode estar reservada à lei ordinária¹²³, lei qualificada, ou ainda não ter reservas de lei.¹²⁴¹²⁵

Cumprido asseverar que a existência de direitos sem reserva de lei em hipótese alguma significa a existência de um direito fundamental absoluto.¹²⁶ Todos os direitos podem ser restringidos com base em valores constitucionais, ou seja, de igual hierarquia quando estiverem em colisão em determinada situação.¹²⁷

No que tange aos direitos restringíveis por lei ordinária não há qualquer exigência acerca dos motivos da restrição nem a seus fins. De outro vértice, quanto aos direitos restringíveis por lei qualificada, estes só poderão sofrer as ingerências

¹²⁰ Tema que será abordado adiante quando se tratar da instrumentalidade constitucional do processo penal.

¹²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 403-404.

¹²² Idem.

¹²³ Para Robert ALEXY leis simples, ambos os termos serão tidos como sinônimos nesta dissertação. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos....** p. 292.

¹²⁴ PIEROTH, Bado. SCHLINK Bernhard. Op. cit., p. 131.

¹²⁵ Adotando-se o suporte fático amplo, por exemplo, existira *prima facie* um direito ao homicídio, contudo este é restringido pela lei penal que o proíbe. A lei penal, nesse diapasão, tem como finalidade restringir direitos fundamentais. Além das demais funções como evitar incriminações pelo costume, vagas, a criação de delitos por analogia e a retroatividade da lei penal. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 10 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 65-83.

¹²⁶ A inexistência de um direito absoluto já foi abordada neste trabalho.

¹²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos** p. 288-291.

para determinados fins. E, por fim, os direitos sem reserva de lei não podem ser restringidos por lei.¹²⁸

Cumpre asseverar que, na grande maioria das vezes, é incorreto se falar em uma colisão entre regras e princípios que trazem em seu conteúdo direitos fundamentais. Na verdade o que ocorre é uma restrição destes em virtude daquelas.¹²⁹

É de se assinalar que o exercício dos direitos sem reserva de lei implica em riscos e devem ser analisados no caso concreto.¹³⁰ É o que NOVAIS chama de reserva imanente de ponderação, da qual os direitos fundamentais são dotados.¹³¹

A liberdade de exercício de profissão é um exemplo de direito fundamental sujeito à reserva de lei ordinária, eis que pode ser restringido por uma lei sem fins especiais, como é o exemplo conhecido da Lei 8.906/94, que exige a aprovação no exame de ordem para que os bacharéis em Direito possam exercer a advocacia.¹³²

Já no que concerne ao direito à privacidade, mais especificamente ao sigilo das comunicações telefônicas – que é o objeto de estudo dessa dissertação –, a Constituição exige, para fins de sua restrição, que as interceptações telefônicas sejam feitas exclusivamente para instrução criminal e em caráter excepcional.¹³³

As reservas feitas por meio de lei devem seguir duas espécies de limites, quais sejam: os formais e os materiais. Aqueles dizem respeito à competência e ao processo legislativo. Estes, por seu turno, dizem respeito ao conteúdo dos direitos fundamentais e merecem especial importância neste trabalho.¹³⁴

Veja-se que para salvaguardar o conteúdo dos direitos fundamentais deve-se lançar mão da proporcionalidade nas restrições. Contudo, faz-se mister assinalar

¹²⁸ Ibidem, p. 131-132

¹²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos...** p. 142-143.

¹³⁰ Idem.

¹³¹ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 78

¹³² A constitucionalidade do exame de ordem já foi por diversas vezes analisada pelo Supremo Tribunal Federal, havendo jurisprudência pacífica no sentido de que a exigência constante na Lei 8.906/94 está em consonância com os ditames do Art. 5º, XIII da Constituição Federal. “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 503.583/RS, Relator: Min. Marco Aurélio. Plenário. Unânime, João Antônio Volante, União e Outros, D. F. 26/10/2011

¹³³ É de se ressaltar que nada obstante a reserva qualificada, já houve decisões proferidas por Tribunais de Justiça que deferiram a realização de interceptação telefônica para localização do executado em ação de execução de alimentos. BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, Aint 70018683508, Relatora Desa. Maria Berenice Dias, Sétima Câmara Cível, Unânime. Partes não disponível, D. J. 28/03/2007

¹³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos...** p. 292-293.

que ao legislador ordinário não cabe apenas reproduzir o resultado de ponderações prévias, sob pena de transformá-lo em um intérprete limitado dos direitos fundamentais.¹³⁵

Nesse momento, há de se perquirir em que medida esta lei pode afetar os direitos fundamentais, quanto podem retirar de sua tutela e para quais fins.¹³⁶

Neste sentido, propõem PIEROTH e SCHLINK, lastreados na jurisprudência do Tribunal Federal alemão, que a lei deve ser proporcional, ou seja, que a restrição seja necessária e adequada para perseguir os fins almejados.^{137 138}

1.4.2 - Proporcionalidade

Antes de se adentrar especificamente no tema aqui proposto, é salutar trazer algumas observações acerca do seu assento constitucional. Nessa toada, pode-se ter, no mínimo, duas posições. A primeira, com amparo na doutrina germânica, leciona que a proporcionalidade é derivada da própria ideia de Estado de Direito que proíbe o uso arbitrário do poder. Noutro giro, a doutrina que se pauta nas lições norte-americanas entende que a proporcionalidade provém do devido processo legal.¹³⁹

Cumpra aqui abordar uma questão terminológica. No presente trabalho, seguir-se-á a posição de Virgílio Afonso da SILVA, que entende que a proporcionalidade tem o caráter de metarregra. Fundamenta seu posicionamento afirmando que não se trata de princípio, pois não aceita a sua efetivação em variados graus, apenas deve-se aplicá-la. Todavia, ao contrário das demais regras, não é um mandamento de ações, mas de formas de aplicar o Direito.¹⁴⁰

Feita esta breve abordagem acerca da terminologia, cumpre mencionar que para a aplicação da regra da proporcionalidade faz-se necessário seguir três passos:

¹³⁵ Idem.

¹³⁶ PIEROTH, Bado; SCHLINK, Bernhard. Op. cit., p. 135-137.

¹³⁷ Idem.

¹³⁸ No que tange ao Direito Penal a necessidade e adequação pode ser verificada no princípio da intervenção mínima segundo o qual a restrição por meio das sanções penais - as mais severas do ordenamento jurídico brasileiro somente se justificam se outros ramos menos gravosos - Direito Administrativo por exemplo - não forem eficientes para tutelar o bem jurídico. BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 84-90.

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 405-406.

¹⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos...** p.168-169.

(i) adequação; (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito.¹⁴¹ SCHLINK e PIEROTH acrescentam mais um requisito que vem a preceder os aqui citados, o de que o fim perseguido pelo Estado possa ser perseguido enquanto tal.¹⁴²

A escolha de objetivos albergados pela Constituição é dada tanto ao legislador quanto à Administração. Contudo, aquele tem maior liberdade do que esta. Isto se dá pelo fato de que o Poder Legislativo está limitado somente pelos ditames das constituições, ao passo que a Administração está também conformada pelo conteúdo das leis postas pelo parlamento.¹⁴³

No que tange à adequação, a questão a ser respondida é se a medida restritiva de direito é hábil para fomentar o objetivo almejado. Veja-se que não se busca aqui um juízo de certeza a respeito da realização. Isto se dá por fatores relativos a limites da cognição do legislador. Dessarte o atingimento ou não dos objetivos será avaliado de modo empírico.^{144 145}

Importa trazer a posição de SARLET, que entende que só é possível se falar em adequação quando for possível, em princípio, o alcance dos fins almejados pelos meios restritivos adotados, não sendo possível se falar de mero fomento.¹⁴⁶

A necessidade, por seu turno, consiste na comparação entre a medida a ser adotada e as demais possíveis para a realização do fim perseguido. Veja-se que há de se fazer uma relação entre medida restritiva e sua eficiência. Nem sempre a medida menos restritiva será a mais eficiente. Dessa forma, há de se buscar um equilíbrio entre estes padrões.¹⁴⁷

O exame da necessidade se dá em dois momentos. Em um primeiro momento há de se mensurar a igualdade dos meios no que concerne à afetação dos direitos fundamentais. No segundo, é verificado se estes atingem ao objetivo traçado.¹⁴⁸

É aqui preciso tomar especial cautela no que tange ao binômio eficiência e menor grau de restrição. Se este for adotado como principal meio de decisão, o

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 405-406.

¹⁴² PIEROTH, Bado; SCHLINK, Bernhard. Op. cit., p. 138.

¹⁴³ Ibidem, p. 139.

¹⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos...** p. 170.

¹⁴⁵ Nesse mesmo sentido, PIEROTH, Bado; SCHLINK, Bernhard. Op. cit., p. 139.

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 406-407.

¹⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos...** p. 171-173.

¹⁴⁸ SARLET. Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 407.

Estado poderá ser omissivo na tutela de bens coletivos e direitos fundamentais.¹⁴⁹ De outra parte, escolher o meio mais eficiente poderá encetar as seguintes questões: (i) seria inútil questionar o grau de afetação do direito fundamental a ser restringido e (ii) o risco de toda medida restritiva ser reprovada em face de sempre haver outra mais eficiente.¹⁵⁰

Tais objeções podem ser descartadas, eis que quando se está perante medidas restritivas que tenham a mesma eficiência o critério para a escolha será a menor afetação do direito a ser restringido. Na mesma esteira, a segunda questão é afastada pelo fato de não se comparar a medida restritiva com todas as medidas possíveis e imagináveis, mas apenas com aquelas que têm assento constitucional.¹⁵¹¹⁵²

Por fim, chega-se à proporcionalidade em sentido estrito que consiste na relação de suportabilidade que deve haver entre a restrição do direito fundamental do particular e o fim perseguido pelo Estado.¹⁵³

A importância deste critério reside no fato de que apenas os juízos de necessidade e adequação de forma isolada podem levar a um total sacrifício dos outros direitos fundamentais envolvidos. Veja-se, por exemplo, um caso em que o legislador pretende proteger o direito à privacidade e para isso edita uma lei que proíbe qualquer forma de jornalismo investigativo e veiculação de informações de políticos sem autorização. Por óbvio a medida seria adequada e necessária. Contudo, não seria proporcional em sentido estrito.¹⁵⁴

Nesse sentido, o controle de proporcionalidade em sentido estrito torna-se um verdadeiro filtro de conformidade entre a restrição imposta ao direito fundamental e a finalidade perseguida. Se houver evidente desproporção entre estas que levem a

¹⁴⁹ Imagine-se um caso de homicídio, talvez o meio menos gravoso de intervir na liberdade do condenado fosse uma simples repreensão para que não mais cometesse tal conduta. Contudo tal meio não teria eficiência alguma, Está-se aqui perante um caso de omissão estatal na tutela de um bem jurídico relevante.

¹⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos...** p. 174-175.

¹⁵¹ Idem.

¹⁵² O discurso da eficiência deve ser utilizado com cautela. A título exemplificativo seria, talvez, o modo mais eficiente de se elucidar a autoria de um crime se fosse ministrado ao acusado, ou ainda a alguma testemunha, um soro da verdade. Contudo isto não constitucionalmente justificável por ferir a dignidade da pessoa humana.

¹⁵³ PIEROTH, Bado; SCHLINK, Bernhard. Op. cit., p. 141.

¹⁵⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos...** p. 175

um resultado considerado absurdo, há legitimidade da atuação do Poder Judiciário por meio do controle de constitucionalidade.¹⁵⁵

Em outras palavras, é necessário sopesar os direitos fundamentais envolvidos no caso concreto. Mais do que isso, é necessário verificar se o nível de restrição do princípio preterido é constitucionalmente justificável para atingir o fim de realização do princípio que se sobrepõe. É de bom alvitre consignar que não se pode reduzir tal afetação a um modelo matemático, não existe uma equação capaz de demonstrar cabalmente a proporcionalidade da medida. Tal controle se dá por meio de um exercício argumentativo. Portanto, a restrição só se justifica por intermédio de uma argumentação constitucional adequada.¹⁵⁶

Visando trazer racionalidade a este processo de ponderação, Ana Paula de BARCELLOS o divide em três etapas, quais sejam: (i) a identificação dos enunciados normativos em tensão; (ii) a identificação dos fatos relevantes e (iii) a decisão.¹⁵⁷

A primeira etapa consiste na identificação dos enunciados normativos que estão em conflitos no caso concreto. Dessa forma, o interprete deverá levar a efeito todos os princípios que possam ser considerados para a resolução do caso concreto. A inobservância desta premissa engendrará na atribuição equivocada de pesos aos princípios e encetará uma decisão com erros.¹⁵⁸

Os interesses em conflito devem ser possíveis de serem correlacionados aos enunciados normativos, o Poder Judiciário não pode ponderar interesses que não sejam tutelados pelo ordenamento jurídico, sob pena de estar se imiscuindo na esfera reservada ao legislador democraticamente eleito.¹⁵⁹

Outro ponto que aqui adquire especial relevo é que o intérprete deve considerar que os interesses em jogo estão relacionados a enunciados normativos de aplicação geral. Em outras palavras, não há de se falar em tensão entre interesses coletivos e direitos individuais. Isto porque tratam-se de direitos fundamentais, e estes são exercidos pela coletividade. Neste diapasão, o resultado

¹⁵⁵ IPIEROTH, Bado; SCHLINK, Bernhard. Op. cit., p. 143.

¹⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos...** p.

¹⁵⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 91-92.

¹⁵⁸ Idem, p. 93-96.

¹⁵⁹ Idem, p. 97-102

da ponderação reveste-se de norma aplicável a todos os casos assemelhados. Sempre há, portanto, conflito entre interesses públicos.¹⁶⁰

A segunda etapa consiste em determinar quais fatos são relevantes para a ponderação. Nesse momento devem ser apontados os fatos relacionando-os com os enunciados normativos, bem como com as suas restrições e sua intensidade.¹⁶¹

Por fim, chega-se à terceira etapa, a decisão, onde deverão ser analisados fatores como universalidade, a busca da concordância prática e o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais.¹⁶²¹⁶³

A universalidade se dá em dois tempos, o primeiro consiste na escolha de argumentos racionais que possam ser aceitos, ou discutidos, por toda a sociedade. O segundo seria a universalidade que a decisão alcança, devendo ser aplicada a todos os casos análogos.¹⁶⁴

Calha trazer as lições de ALEXY quando trata dos precedentes. Ensina o jurista germânico que as decisões do Tribunal Constitucional Alemão – no caso brasileiro as do Supremo Tribunal Federal – devem ser aplicadas aos casos semelhantes. Isto traria segurança jurídica, igualdade e principalmente racionalidade do trabalho do Poder Judiciário.¹⁶⁵

Por fim, a decisão deve buscar aplicar os princípios da melhor maneira possível, fazendo com que haja a menor afetação, ou ainda, justificando de maneira exaustiva a aplicação de um princípio em detrimento do outro.¹⁶⁶

PIEROTH e SCHLINK advertem para um risco inerente ao processo de sopesamento entre os direitos em conflito no caso concreto, qual seja o da subjetividade. Exemplos trazidos do Tribunal Constitucional Federal alemão

¹⁶⁰ Idem, p. 103-112.

¹⁶¹ Idem, p. 112-122.

¹⁶² (...) esta é sem dúvida a fase mais complexa de toda a operação. Na verdade as questões que se colocam aqui são várias. Que peso deve ser atribuído a cada elemento normativo? Por que uns receberão um peso maior que outros? Por qual razão uma solução indicada por determinados elementos normativos deve prevalecer sobre outra? A técnica da ponderação não oferece respostas definitivas para estas perguntas. Em si mesma, a ponderação é apenas uma técnica instrumental, vazia de conteúdo. É bem de ver que essa limitação não retira o valor de aprimorar-se a técnica da ponderação propriamente dita. A organização do raciocínio ponderativo facilita o processo decisório, torna visíveis os elementos que participam desse processo e, por isso mesmo, permite o controle da decisão em melhores condições. Ibidem, p. 124.

¹⁶³ Por opção metodológica nesse trabalho o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais será analisado do terceiro capítulo.

¹⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 122-131

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito S...** p. 554-557.

¹⁶⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 132-139.

mostram que a determinação do nível de proteção (excesso ou insuficiente) estará arraigada em juízos e pré-juízos dos magistrados.¹⁶⁷

No que tange à subjetividade, pode-se afirmar que hodiernamente aplicar o Direito independente de qualquer método que se valha, não é mais uma mera operação de subsunção do fato à regra.¹⁶⁸

Outro ponto que merece ser aqui trazido é o fato de que mesmo nas duas operações que precedem a ponderação também haverá subjetividade do operador do Direito. Isto porque inexistente um critério matemático para se demonstrar de modo objetivo qual medida restritiva é mais adequada para resolver o caso concreto.¹⁶⁹¹⁷⁰

Cabe, por fim, aqui ressaltar que a proporcionalidade não é o único limite às restrições de direitos fundamentais. Existe também o que a doutrina convencionou chamar de conteúdo essencial do direito fundamental. Todavia, por opção metodológica, este item será trazido no terceiro capítulo desta dissertação.

1.5 - DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Nos tópicos anteriores foi demonstrado o caráter de fundamentalidade do direito à privacidade, além do seu conteúdo e a possibilidade de sua restrição, bem como os limites a esta restrição.

Foi demonstrado também que o sigilo das comunicações telefônicas está amparado *prima facie* pelo mandamento constitucional de respeito à intimidade. Nessa toada, sua restrição só pode se dar mediante lei proporcional.

Portanto, é chegado o momento de serem abordadas as interceptações telefônicas, a qual é, por excelência, a forma de restrição do direito à intimidade no que tange às conversas realizadas por meio de telefones e outros meios similares de comunicação.

¹⁶⁷ PIEROTH, Bado; SCHLINK, Bernhard. Op. cit., p. p. 145-146.

¹⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica** São Paulo: Lendy, 2001 p. 1-5.

¹⁶⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos...** p. 177-178.

¹⁷⁰ Os termos proporcionalidade e sopesamento não devem a rigor serem entendidos como sinônimos. O segundo é realizado pelo legislador quando formula uma lei que restringe direitos fundamentais, por exemplo, leis de direito civil, tributário, penal, processual penal etc. e pelo Poder Judiciário quando aplica um princípio em colisão no caso concreto. Já a proporcionalidade é utilizada pela jurisdição constitucional ao avaliar a constitucionalidade de uma lei já posta pelo poder competente. A razão se torna clara, pois neste caso existe já uma decisão legislativa que se pode perquirir a respeito de sua necessidade, adequação e posteriormente realizar o juízo de proporcionalidade em sentido estrito. *Ibidem*, p. 178-179.

Porém, antes de se adentrar no tema aqui proposto, há de se advertir ao leitor que este é deveras complexo e extenso, razão pela qual nesta dissertação serão abordados os aspectos estritamente necessários para o desenvolvimento do objeto da pesquisa.

1.5.1 Dos Requisitos Para a Determinação da Medida de Interceptação Telefônica.

A possibilidade da restrição ao sigilo das comunicações telefônicas já vem estampada no próprio Artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal.¹⁷¹ Contudo, conforme posição, por maioria, do Supremo Tribunal Federal, para sua efetiva regulamentação era necessário que se editasse lei ordinária.¹⁷²

Imperioso mencionar que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve discussão sobre a necessidade de edição de uma nova lei sobre a matéria. Isto ocorreu porque o Código de Telecomunicações já trazia em seu bojo a autorização para a referida medida. Todavia, apenas preconizava que a interceptação não padeceria de nulidade se fosse realizada mediante requisição ou intimação do juiz competente.¹⁷³

Salta aos olhos a vagueza do referido Diploma, eis que não traz aspectos deveras importantes tais como o prazo, a introdução do resultado como prova, a *modus operandi*, dentre outros, razão pela qual fazia-se necessário editar uma lei específica sobre o assunto.¹⁷⁴ O Supremo Tribunal Federal evoluiu para este entendimento na sua jurisprudência por decisões tomadas pela maioria de seus ministros.¹⁷⁵

¹⁷¹ Sobre o direito fundamental à intimidade e suas restrições ver próximo capítulo deste trabalho.

¹⁷² STRECK, Lênio. **As interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição Cidadania, Violência: A Lei 9296 e seus reflexos penais e processuais.** Livraria do Advogado: Proto Alegre 1997. p. 17-21.

¹⁷³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit., p. 138-140

¹⁷⁴ Idem.

¹⁷⁵ GRINOVER. Ada Pelegrini. **O regime brasileiro das interceptações telefônicas.** Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo16.htm>, consulta em 05 de janeiro de 2015.

Tal lei foi promulgada em 1996 e teve como principal objetivo regulamentar a matéria. No entanto, alguns assuntos permanecem sendo discutidos até hoje, como, por exemplo, o limite temporal dessa medida investigativa.

A quebra no sigilo das comunicações telefônicas deve ser realizada mediante ordem judicial apenas para investigação criminal, devendo também ser sigilosa, pois, como se sabe, a publicidade desta medida a tornaria inútil. Há de se ressaltar que o contraditório é diferido.¹⁷⁶

O objeto da lei em comento é a interceptação telefônica em sentido estrito, ou seja, aquela que um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, tem acesso às conversas. Não é objeto desta regulamentação legal as escutas telefônicas nas quais um dos interlocutores tem o conhecimento de que a conversa está sendo gravada.¹⁷⁷

No que tange às quebras de sigilo referentes a informações telemáticas, BADARÓ adverte a respeito de sua inconstitucionalidade, pois a Constituição Federal, em seu Artigo 5º, inciso XII, só admite a interceptação das conversas telefônicas e nada fala acerca dos dados de informática.¹⁷⁸

Por oportuno, cabe assinalar que a natureza jurídica da medida em estudo é de meio de produção de prova e não de prova em si. Trata-se, portanto, de medida cautelar para que, por meio da quebra do sigilo telefônico, se consiga produzir prova a ser apreciada pelo juiz que julgar o caso penal.¹⁷⁹

As condições para deferimento desta espécie de meio de prova vêm estabelecidas no Artigo 2º da lei em apreço, sendo elas: (i) haver indícios razoáveis de autoria ou participação na infração penal; (ii) a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis; (iii) o fato investigado constituir infração punida com pena de reclusão.¹⁸⁰

¹⁷⁶ STRECK, Op. cit., p. 41-43.

¹⁷⁷ BOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. **Interceptações Telefônicas: Comentários à lei 9296 de 24/07/1996**, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 24-24.

¹⁷⁸ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: ABDR, 2014, p. 356-357.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 157.

¹⁸⁰ É de se asseverar que os pressupostos autorizatórios são obtidos através de uma leitura a contrário senso do Artigo 2º da Lei 9.296/96.

Dessa forma, para que se admita a realização de tão gravosa prova, a primeira condição é que exista o *fumus commissi delicti*, ou seja, que haja a probabilidade de que um crime esteja sendo cometido.¹⁸¹

Por probabilidade não se pode entender meras suspeitas. Faz-se necessário que haja um conjunto de indícios que levem a esta conclusão. É de grande valia asseverar que não se pode deferir a interceptação telefônica em casos em que só haja a representação policial pela medida.¹⁸²

Isto porque, como asseverado, a existência de elementos de informação é condição essencial para a medida. Noutra giro, é de suma importância consignar que não se faz mister a existência do inquérito policial. Visto que a notícia-crime oferecida para a autoridade já pode estar lastreada em elementos informativos suficientes para a autorização da medida investigatória.¹⁸³

Decorre da leitura do inciso II do artigo em comento que, no pedido da interceptação telefônica, deverá o membro do Ministério Público ou a Autoridade Policial fundamentar a sua necessidade.¹⁸⁴

Necessidade esta que decorrerá da inexistência de outros meios hábeis para a produção da prova almejada. Veja-se que por se tratar de medida restritiva de direito fundamental deveras invasiva, torna-se meio de prova subsidiário e regido pelo princípio da necessidade.¹⁸⁵

Ademais, como leciona STRECK, há de se tomar muito cuidado no que diz respeito à inexistência de meios hábeis. Há de se considerar os meios existentes e permitidos na legislação processual e não os meios à disposição das autoridades investigativas. Do contrário, bastaria uma afirmação que a autoridade não disporia de recursos humanos, peritos etc. para que se restringisse de forma brutal um direito fundamental do acusado. E isto é inadmissível em um Estado Democrático de Direito.¹⁸⁶

No que concerne ao inciso III, este prevê que a interceptação telefônica só poderá ser utilizada quando o crime for apenado com reclusão. É de se salientar que

¹⁸¹ STRECK, Lênio Luiz. Op. cit., p. 49-51

¹⁸² GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. Op. cit., p. 94-96

¹⁸³ Idem.

¹⁸⁴ Idem

¹⁸⁵ Idem.

¹⁸⁶ STRECK Lênio Luiz. Op. cit., p. 53-54.

a investigação deve recair sobre um fato criminoso, ou seja, fica vedada a investigação sobre a pessoa.¹⁸⁷

Parece que este não é o melhor critério que a lei poderia ter adotado, pois em virtude da falta de racionalidade do legislador pátrio existem crimes que são apenados com detenção muito mais graves do que alguns apenados com reclusão, o que demonstraria a desproporcionalidade da medida probatória.¹⁸⁸

Nesse sentido, Lênio STRECK assevera que o legislador extrapolou a autorização dada pela Carta Constitucional para restrição do direito fundamental à intimidade. Segundo o citado constitucionalista, em virtude do abuso do legislador ordinário a interceptação telefônica – que era para ser exceção – tornou-se regra no sistema processual penal brasileiro.¹⁸⁹

Ademais, propõe que se faça uma leitura constitucional do inciso III do Artigo 2º da Lei. Para isso sustenta que a medida restritiva da intimidade só teria cabimento quando se tratasse de investigações por crimes hediondos e crimes que ofendam valores constitucionais.¹⁹⁰

É de se trazer à baila que tal solução pode ser dada, em virtude do sistema de controle de constitucionalidade misto, por qualquer juiz do Brasil em seus processos, não havendo necessidade de manifestação da Suprema Corte para tal medida.¹⁹¹

Maior problema parece atingir os legitimados ao pedido da medida cautelar probatória, que vem consignado no Artigo 3º da Lei 9.296/96. Veja-se que consoante interpretação literal do referido dispositivo poderia o Juiz determinar a diligência de ofício.

Como será trabalhado adiante, a Constituição brasileira adotou o sistema acusatório.¹⁹² Contudo, parece que o legislador pátrio insiste na volta do tão

¹⁸⁷ GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. Op. cit., p. 105-107.

¹⁸⁸ Maria Lúcia KARAM evidencia esta falta de racionalidade do sistema penal brasileiro, onde crimes contra a Administração Pública são punidos com penas ínfimas e crimes contra o patrimônio privado sofrem penas altíssimas. KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias** Niterói: Luam, 1991. p. 139-145.

¹⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 56-58.

¹⁹⁰ Idem. 56-58

¹⁹¹ Ibidem, p. 71-74.

¹⁹² Também será evidenciado que hodiernamente, em face do discurso da eficiência punitivista, o processo penal não busca qualquer tipo de verdade, dessarte superando a noção de sistema.

famigerado juiz-inquisidor, que nasceu no império Romano e teve seu protagonismo na Idade Média.¹⁹³

A lei de interceptação telefônica não fugiu à regra, e trouxe ao magistrado poderes investigatórios, tanto na fase das investigações preliminares quanto na fase processual.¹⁹⁴

Agrava ainda a situação da lei em tela o fato de que nada diz acerca das prerrogativas da Defesa. Nesse sentido, a partir de uma interpretação exclusivamente literal da regra haveria uma iniquidade entre partes, ou seja, ofenderia a paridade armas e, portanto, o princípio da igualdade.¹⁹⁵

Nesse sentido, parte da doutrina brasileira vem entendendo que o referido artigo padece de inconstitucionalidade em dois pontos. O primeiro é quando dá ao juiz poderes instrutórios de agir *ex officio*, ferindo frontalmente o princípio acusatório. E o segundo quando cria de forma injustificada um desnível processual entre Acusação e Defesa, fazendo com que não exista igualdade processual.¹⁹⁶

No que tange à primeira objeção, Luiz Flávio GOMES e Silvio MACIEL entendem que a iniciativa probatória do magistrado compromete sua imparcialidade, que é garantia fundamental do acusado e corolário do devido processo legal.¹⁹⁷

Nessa quadra propugnam que qualquer iniciativa probatória do órgão jurisdicional na fase pré-processual deve ser entendida como em desconformidade com a Constituição. Já em sede de processo sua iniciativa deve ser meramente supletiva, para esclarecer dúvidas. Destarte não deve apenas buscar provas para a condenação do imputado, sob pena de ferir a Carta Magna.¹⁹⁸

Em relação à segunda conclusão de GOMES e MACIEL, não parece ser a mais adequada. Isto porque vige no ordenamento jurídico o princípio do *in dubio pro reo*, razão pela qual quando surge dúvida para a decisão do magistrado não cabe a ele resolver, mas aplicar de imediato o axioma constitucional com prolação

¹⁹³ GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. Op. cit., p. 140-141.

¹⁹⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais.** 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Disponível em [https://independent.acdema.edu/igorfernandoruthes/papers?s=nav-add/...](https://independent.acdema.edu/igorfernandoruthes/papers?s=nav-add/)

¹⁹⁵ Idem.

¹⁹⁶ Idem. .

¹⁹⁷ GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. Op. cit., p. 145-149.

¹⁹⁸ Idem.

de sentença absolutória.¹⁹⁹ Qualquer interpretação diversa estará a fulminar o sistema acusatório, o devido processo legal e a presunção de inocência.

Por fim, maior razão tem o processualista Geraldo PRADO, que entende que é vedado ao magistrado a iniciativa probatória em qualquer fase da persecução criminal. Nessa esteira, a iniciativa fará com que o juiz comprometa psicologicamente sua visão dos fatos passando a agir como parte e não como órgão julgador imparcial.²⁰⁰

Quanto ao silêncio da lei para fins de propiciar à Defesa a utilização dos meios de interceptação telefônica, deve ser feita uma leitura constitucional da lei. Tal providência faz com que aplicando-se o princípio da igualdade possa o magistrado também deferir a medida no interesse da Defesa.²⁰¹

Além de excepcionalmente a defesa, também podem requerer a medida cautelar o Ministério Público, o querelante, o assistente de acusação e a Autoridade Policial durante as investigações preliminares.²⁰²

Demonstrados os fatores mais relevantes para o deferimento das interceptações telefônicas, torna-se imperioso enfrentar o ponto central deste trabalho, qual seja, a duração destas interceptações. Tema este que será abordado adiante.

1.4.2 - Da Posição do STF Acerca da Duração das Interceptações Telefônicas.

Como já colocado no título do presente parágrafo, aqui será trazida a posição da Suprema Corte acerca das prorrogações das interceptações telefônicas. Isto porque a referida instância do Poder Judiciário tem como principal finalidade o controle do sistema constitucional, que é exercido por meio do controle concentrado e do controle difuso.

A Lei 9.296/96 traz em seu corpo o prazo máximo de duração de quinze dias, podendo ser renováveis por igual período. Dessa forma, não há de se olvidar

¹⁹⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto de Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 2 ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 186-187.

²⁰⁰ PRADO, Geraldo. Op. cit., p.

²⁰¹ Idem.

²⁰² GOMES, Luiz Flávio, MACIEL Silvio. Op. cit., p. 148-152.

que a diligência não pode ultrapassar esta quantidade de dias, fazendo-se necessária sua renovação por ordem judicial também fundamentada.²⁰³

A questão que se apresenta e é objeto dessa dissertação é se esta medida pode ser renovada por indeterminadas vezes até que se consiga colher a prova almejada. Nesse primeiro momento verificar-se-á a jurisprudência acerca do assunto.

Começando pela análise do Recurso Ordinário em Habeas Corpus de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, ocasião na qual o paciente alegava a nulidade das interceptações telefônicas em virtude do magistrado ter efetivado mais de uma renovação, e sendo a última deferida pelo prazo de trinta dias, ou seja, o dobro do autorizado pela lei.²⁰⁴

No referido caso penal o recorrente estava sendo acusado pela prática do crime de tráfico de drogas - naquela época previsto no Art. 12 da antiga Lei de Tóxicos. E já havia sido condenado em primeira instância, contudo a sentença ainda não havia transitado em julgado, razão pela qual os advogados do recorrente impetraram *Habeas Corpus* perante o Tribunal de Justiça de São Paulo e posteriormente perante o Superior Tribunal de Justiça visando ao reconhecimento da nulidade da prova.²⁰⁵

Em virtude da denegação da ordem, recorreram ao Supremo Tribunal Federal, que manteve a decisão afirmando que tratava-se de crime que envolvia várias pessoas, razão pela qual era complexo, podendo assim as investigações se alongarem por mais de trinta dias.²⁰⁶

Asseverou também, valendo-se do voto do Desembargador de São Paulo colando-o no corpo do seu, que havia um juízo de proporcionalidade na medida cautelar, pois não se pode permitir que o direito à vida, ao patrimônio e à segurança sucumbam perante o direito à intimidade e à liberdade. Por este motivo as prorrogações de interceptações telefônicas além de duas vezes se justificariam, não havendo de se falar em ilicitude da prova produzida.²⁰⁷

²⁰³ Ibidem, p. 165-167.

²⁰⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RHC 88.371/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes; 2ª Turma, Unânime, Recorrente: Daniel Victor Iwuagwu, Recorrido: Ministério Público Federal. D. J. 14/11/2006.

²⁰⁵ Idem.

²⁰⁶ Idem.

²⁰⁷ Idem.

Cumpra mencionar que o Ministro Relator pontua em seu voto que a alta prorrogação das interceptações telefônicas atendeu a um juízo de conveniência da autoridade Judicial. Ora tal juízo é próprio da discricionariedade, portanto é de se notar que o voto condutor do Acórdão leva à existência de tal juízo próprio do positivismo, e que será peremptoriamente afastado nessa dissertação.²⁰⁸

No que tange ao Inquérito Policial 2.424/RJ de relatoria do Ministro Cesar Peluso, ficou evidenciado o entendimento majoritário dos membros da Suprema Corte que a redação do Artigo 5º da Lei 9.296/96 não dava um limite máximo de tempo para a interceptação telefônica. Segundo os votos proferidos, o citado artigo somente exigia que as renovações se dessem a cada quinze dias, desde que fossem requeridas pelos legitimados e deferidas de maneira fundamentada.²⁰⁹

Vale mencionar que os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes manifestaram preocupação no que tange ao abuso deste expediente. Contudo, salvo o Ministro Marco Aurélio, os demais concordaram que, em virtude da complexidade do crime, do alto nível de organização e do crescente índice de atividade criminosa, a lei tem que acompanhar a evolução da tecnologia e buscar meios de se levar a cabo a prova criminal.²¹⁰

Digno de nota evidenciar que a interceptação em tela durou mais de um ano, ademais o ministro Marco Aurélio em seu voto consignou que o prazo se dá peremptoriamente em quinze dias renovados por mais quinze, e se nada for encontrado a interceptação deve cessar e só poderá ser decretada nova interceptação por novo fato e novo pedido.²¹¹

Mais recentemente, em sede de Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 117.265/SE, a Suprema Corte firmou entendimento de que dada a complexidade das investigações e desde que haja fundamentação consistente por parte do magistrado podem os prazos das interceptações telefônicas serem renovados sucessivamente.²¹²

²⁰⁸ Idem.

²⁰⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Inq. 2.424/RJ, Relator Ministro Celso Peluso. Pleno, Maioria, Autoridade: Ministério Público Federal; Indiciados Paulo Geraldo de Oliveira Medina e Outros. Dj. 26/11/2008.

²¹⁰ Idem.

²¹¹ Idem.

²¹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RHC 117265/SE. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma; Recorrente Mário Cesar Marinho de Carvalho; Recorrido: Ministério Público Federal. J. 29/10/2013.

Vale destacar a posição do Ministro Gilmar Mendes, que, apesar de ter acompanhado o Relator, manifestou-se no sentido de que o Supremo Tribunal Federal há de rever seu posicionamento jurisprudencial acerca do tema para evitar excessos por parte do Estado.²¹³

No julgamento do *Habeas Corpus* 116899/PR que questionava, além da prisão preventiva, o excesso de prazo na realização de interceptações telefônicas em virtude de sucessivas prorrogações, o Ministro Marco Aurélio, relator original, reconhece, novamente, a nulidade da prova em virtude de explícito descumprimento do comando do Artigo 5º da lei de regência.²¹⁴

Nada obstante a sua posição, o Ministro Barroso abriu divergências no sentido de que o *writ* deveria ser extinto sem resolução do mérito por se tratar de *Habeas Corpus* substitutivo de Recurso Ordinário. Sua posição foi acompanhada pela maioria, sagrando-se como vencedora.²¹⁵

Cumpra aqui apontar o posicionamento do Ministro Barroso acerca de sua preocupação com as prorrogações indevidas e sem fundamentação em elementos obtidos pela própria medida cautelar probatória. Contudo, afirma não ser possível analisar este mérito em virtude de falta de elementos para tal. Afirma ainda entender que não existe limite temporal de trinta dias para a realização da medida.²¹⁶

Em decisões acerca do tema lavradas no ano de 2014, ou seja, com a atual composição do Supremo Tribunal Federal, mais especificamente em RHC 116166/SP²¹⁷, HC 115773/PE²¹⁸, HC 119770/BA²¹⁹, HC 117734/MS²²⁰, HC 120234/PR²²¹, RHC 108496/RJ²²², é possível identificar como razões de decidir a

²¹³ Idem.

²¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 116,899/PR, Relator Mini. Marco Aurélio, Rel. para Acórdão Min Roberto Barroso. Primeira Turma. Por maioria, Robson Pires Ribeiro, Superior Tribunal de Justiça. D. J. 11/02/2014

²¹⁵ Idem.

²¹⁶ Idem.

²¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RHC 115.166/SP. Relator: Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma, Unânime. Wilson Alfredo Perpétuo, Ministério Público Federal, DJ 27/05/2014.

²¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 115.77/PE, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Unânime, Otaviano José dos Santos, Superior Tribunal de Justiça, 13/05/2014.

²¹⁹ BRASIL Supremo Tribunal Federal, 119.770/BA, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma Unânime, Zuleido Soares de Veras, Superior Tribunal de Justiça, D. J. 08/04/2014.

²²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AGR 117.734/MS, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Unânime, Gidevaldo de Souza Lima, Superior Tribunal de Justiça, D. J. 25/03/2014.

²²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AGR 120.234/PR, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Unânime, Rafael Montini Rodrigues Alves, Superior Tribunal de Justiça, D. J. 11/03/2014.

²²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RHC 108.496/RJ, Relatora: Min. Carmen Lúcia, Segunda Turma, Unânime, Antonio Porto Filho e Outros, Ministério Público Federal, D.J. 18/02/2014.

complexidade do fato e da gravidade da conduta. É de se notar que a remissão da complexidade do fato investigado é lastreada em uma ideia de verdade real, ao passo que a gravidade do fato diz respeito à repressão mais severa do Estado. Não é de se estranhar que os casos penais de que tratam os arrestos aqui citados dizem respeito aos crimes de tráfico de drogas, e crimes contra a Administração Pública, dentre eles corrupção, que são tão noticiados na mídia.

Ademais, nas decisões acima citadas não é feita qualquer referência à proporcionalidade ou ao sopesamento de direitos fundamentais. Não são tratados direitos como a inviolabilidade da vida privada e tampouco sobre a presunção de inocência. Dessarte abre espaço para que, pela mera referência, a precedente sem com eles dialogar se prorroguem interceptações telefônicas por tempo indeterminado, seguindo critérios discricionários dos magistrados.

Por derradeiro, é de suma importância mencionar que tramita perante o Supremo Tribunal Federal Recurso Extraordinário, com reconhecimento de repercussão geral, que visa pacificar o entendimento sobre o assunto.²²³

1.5.3 – Das Visões Doutrinárias Sobre a Prorrogação das Interceptação Telefônicas.

Lecionam GOMES e MACIEL que a medida de quebra do sigilo telefônico é providência excepcional e de grande afetação a direitos constitucionais. Nessa esteira assentam que a fundamentação da medida deve ser robusta.²²⁴

Quanto à sua duração assinalam que a decisão judicial não pode autorizar a medida probatória por período superior a quinze dias, contando-se seu prazo a partir do primeiro dia da medida por ser restrição de direito material e não medida processual.²²⁵

²²³ Para maiores informações ver RE 625263/PR, Relator Ministro Gilmar Mendes disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Prorroga%E7%E3o+intercepta%E7%E3o+telefonica%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/q7galmx> consulta em 30/10/2014.

²²⁴ GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. Op. cit., p. 163-168

²²⁵ Idem.

Ainda no que diz respeito às prorrogações, as decisões que as determinam²²⁶ devem estar fundamentadas em fatos e em direito. Entende, ainda, que o prazo estabelecido pela Lei 9296, em seu Artigo 5º, é de trinta dias. Somente em casos excepcionais, com fundamentação exaustiva – inclusive no que tange ao excesso de prazo, poderá a medida ser prorrogada por mais de uma vez. Contudo, enfatiza que não é possível ser restringido o direito fundamental do acusado por longo período de tempo, reforçando essa conclusão com o argumento de que a medida cautelar probatória em exame é para confirmar delitos que já possuem indícios de autoria e materialidade, e não para investigar pessoas.²²⁷

AVOLIO, por seu turno, entende que a limitação de trinta dias, que pode ser extraída da Lei, é desarrazoada. Isto porque algumas investigações necessitam de maior lapso temporal para coligir provas aos autos.²²⁸

Nesse sentido, com esteio em decisões do Supremo Tribunal Federal, ele assevera que as interceptações telefônicas podem se sucessivamente renovadas enquanto ainda estiverem presentes os requisitos do Artigo 2º da lei de regência.²²⁹

Afirma, ainda, o aludido autor, que o problema da quebra do sigilo telefônico não é o tempo da medida restritiva de direito fundamental, mas a correta delimitação do seu objeto e objetivo.²³⁰

É de se registrar aqui o posicionamento de Guilherme NUCCI, que vai ao encontro do acima referido, afirmando que a limitação em trinta dias, feita pelo artigo 5º da Lei 9.296/96, é ilógica. Fundamenta sua conclusão na premissa de que é impossível se buscar a prova em tempo tão exíguo. Dessarte, as interceptações

²²⁶ A posição dos autores se coaduna com os julgados em sede de *Habeas Corpus* sob números 76686/PR e 142045/PR de relatoria do Ministro Nilson Naves que em apertada síntese assevera que o legislador na letra do Art. 5 da Lei 9296 preconiza que haverá renovação por igual período e não renovações, dessarte deixando claro que se trata de trinta dias o prazo máximo, não sendo essa a interpretação corrente o Ministro Relator aponta que a medida restritiva não poderá ultrapassar o período de sessenta dias que é o limite temporal do Estado de Exceção, e, apenas em caso excepcionalíssimos, poderá a medida se estender além deste prazo, contudo a fundamentação deverá ser exaustiva. Embora este seja o sentido do voto vencedor, há de se consignar aqui, por honestidade acadêmica, que esta posição é minoritária perante os Tribunais Superiores.

²²⁷ GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. Op. cit., p. 163-168.

²²⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit., p. 198-200

²²⁹ Idem.

²³⁰ Idem.

devem ser prorrogadas quantas vezes forem necessárias, já que em seus próprios termos a jurisprudência “sepultou” tal limite.²³¹

Outro posicionamento que merece ser aqui trazido é o de Vicente GRECO FILHO, que ao tratar do tema em questão defende que o prazo da realização da prova não excederá 15 (quinze) dias. Entretanto, demonstrada a necessidade, poderá ser renovada. Interessante raciocínio do doutrinador no que tange à limitação da medida. Para o aludido processualista, a lei não limita a quantidade de renovações, podendo então o magistrado deferir a medida tantas vezes quantas forem necessárias, desde que de modo fundamentado.²³²

Digno de se asseverar que os posicionamentos aqui trazidos que suportam as prorrogações sucessivas de interceptações telefônicas estão embasados na busca de uma verdade real, e, principalmente o posicionamento de GRECO FILHO, em uma discricionariedade do magistrado pelo silêncio da lei, ou seja, sem nenhuma vinculação aos direitos fundamentais.²³³

²³¹ NUCCI, Guilherme da Silva. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 729.

²³² GRECO FILHO, Vicente. **Interceptações telefônicas**: considerações sobre a Lei 9.296 de 24 de julho de 1995. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 31.

²³³ Estes temas serão objetos dos próximos capítulos deste estudo.

2 - DOS FUNDAMENTOS PARA AS SUCESSIVAS RENOVAÇÕES DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E DE SUAS CRÍTICAS.

Como visto no capítulo anterior, a jurisprudência dominante e a doutrina conservadora entendem serem possíveis as sucessivas renovações das interceptações telefônicas em virtude da complexidade da investigação criminal e da gravidade do delito.

No que tange à complexidade das investigações, é possível afirmar que há uma relação umbilical com a busca da “verdade real”. Já no que concerne à gravidade da infração – em regra crimes de tráfico e crimes contra a Administração Pública – é possível fazer a correlação com a ideia de segurança dos cidadãos “de bem” e periculosidade e danosidade do acusado e de sua conduta.

Neste segundo capítulo serão trazidas à baila as críticas destes argumentos, demonstrando-se a sua fragilidade para servir como base para restringir de forma tão forte o direito fundamental à privacidade.

Nada obstante se conheça toda a crítica criminológica acerca dos fins do direito penal, adotar-se-ão neste trabalho as lições de ROXIN, que entende que a função do Direito Penal é proteger de forma subsidiária a outros ramos bens jurídicos caros para a sociedade.²³⁴

2.1 – DO DISCURSO DA SEGURANÇA PÚBLICA AO DIREITO PENAL DO INIMIGO.

Sabe-se que o conceito de segurança hodierno é deveras diverso do que vigorava há duzentos anos atrás. Imagine-se que, no Século XIX, o perigo de ser vítima de uma conduta criminosa era o de, por exemplo, andar por um bosque e ser morto ou assaltado.²³⁵

Atualmente, o cidadão deve estar alerta para não cometer crimes. Condutas como esquecer de declarar um rendimento na declaração de Imposto de Renda, comprar moeda estrangeira sem a devida declaração, remessas e recebimentos de

²³⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. 2 ed. Madri: Civitas, 2003. p. 85-90.

²³⁵ ZAFFARONI. Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007-p. 20-21.

valores de parentes que moram no exterior sem a devida declaração, podem ser consideradas como condutas delitivas. Em outras palavras, a complexidade das relações humanas trouxe um maior número de condutas que podem ser consideradas criminosas.²³⁶

Na esteira do que ensina BAUMAN, a sociedade atual é marcada pelo medo. A iminência de desastres naturais, tecnológicos e o medo da exclusão pela perda da estabilidade nas relações de trabalho dão azo a uma sensação generalizada de insegurança e sobressaltam a violência na sociedade.²³⁷

Calha nesse momento fazer uma reserva, a repressão estatal não é a única forma de se inibir a violência, e, no mesmo passo, nem todas as formas de violência são tratadas pelo Direito Penal. Veja-se a exemplo a exploração do trabalho do empregado pelo empregador, que resulta na diminuição do patrimônio daquele e na mais-valia deste. As habitações em condições precárias de higiene e saneamento que geram doenças e mortes na camada pobre da população. A falta de condições de ter uma alimentação mínima e tampouco saudável, gerando a desnutrição e morte de pessoas, em especial crianças.²³⁸

Com base nessas lições é possível concluir, desde logo, que o mister do direito penal não é proteger os cidadãos das violências contra eles perpetrados. Ao contrário, algumas violências são toleradas por este ramo do Direito e até tuteladas por ramos como o Direito Civil e do Trabalho.

As sociedades atuais são marcadas pela circulação do poder que transpassa os indivíduos. Este poder vai determinar a sua forma de viver ou de morrer. Contudo, faz-se necessário haver a sua legitimação, o poder não pode apenas proibir, é necessário também criar.²³⁹

Cria-se através de um discurso a verdade, e a partir disso a riqueza. Note-se que para se legitimar o poder punitivo estatal é criado um discurso de segurança pública, de necessidade de punições, um discurso do medo. Nesse diapasão o processo penal sem garantias é fundamentado e aceito por grande parcela da população, que sem maiores questionamentos o entende como necessário em nome

²³⁶ Idem.

²³⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p.

²³⁸ KARAM, Maria Lúcia.. Op. cit., p. 140-155.

²³⁹ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: Curso no College de France 1975-1976. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 31-33.

de um bem maior, qual seja, a segurança das pessoas de bem, dessa forma engendrando uma política de segurança pública autoritária.^{240 241}

A ideologia da defesa social é a forma de se naturalizar e justificar o discurso punitivista em um Estado de Direito. Essa ideia é tributária da criminologia tradicional com sua gênese nas revoluções burguesas.²⁴² É característica notória desta corrente sua frontal oposição aos direitos humanos no que concerne à sua efetivação em face do poder punitivo do Estado.²⁴³

Por intermédio deste “saber” buscava-se legitimar a segregação de uma parcela de pessoas. Complementava tal mister a codificação do direito penal burguês tutelando valores importantes para aquela classe. Por fim, nesta breve abordagem, vale asseverar que a ideologia em estudo é pautada nos princípios da igualdade, legitimidade, interesse social, dentre outros.²⁴⁴

Os efeitos da ideologia em comento se espraiam para o processo penal através da adoção de discursos eficientistas. Com a guerra que se faz contra a marginalidade não é possível se falar em garantias e direitos fundamentais. Todos os poderes do Estado se tornam responsáveis por garantir a segurança pública, independentemente do custo que se pague.²⁴⁵ Nas lições de Miranda COUTINHO, os valores do eficientismo do mercado são incorporados pelo discurso do processo penal sem garantias, que deve ser o mais célere possível para eliminar os que vão de encontro aos seus interesses.²⁴⁶

²⁴⁰ CALLEGART, André Luiz. A expansão do direito penal: uma aproximação à tipificação do crime organizado: In STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Balzan de. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 247-248.

²⁴¹ Ass políticas de segurança democráticas são aquelas que visam a trazer o sentimento de confiança nos cidadãos, já as políticas autoritárias trabalham com a imposição do medo para escamotear violações de garantias e direitos fundamentais dos acusados. Um exemplo é a política da lei e ordem. Idem.

²⁴² BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica y crítica Del derecho penal**: introdución a la sociologia jurídico penal. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004. 35-36.

²⁴³ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 205-206.

²⁴⁴ BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 36-41.

²⁴⁵ SOUZA, Taiguara Libano Soares e. **Estado de polícia e criminalização dos movimentos sociais**: Notas sobre a inconstitucionalidade do Decreto no. 44302/2013 do Governo do Estado do Rio de Janeiro. In: Revista da EMERJ. Vol. 28. n. 67, jan]fev 2015. P. 186-190.

²⁴⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do Processo Penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre (org.) **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 145-147.

Para operacionalizar o discurso da defesa social é necessário criar a figura do delinquente perigoso que não faz jus aos benefícios do Estado de Direito. Desta forma utiliza-se do conceito de hostil ou inimigo.²⁴⁷

Em razão da periculosidade e de seu despreparo para viver em sociedade, o inimigo deve ser neutralizado e contido. De se notar que existe uma contradição entre este discurso – amplamente aceito por camadas desavisadas e ingênuas da população – e a própria essência do Estado de Direito. Em outras palavras, aqui se traz a gênese da destruição dos avanços civilizatórios no que tange ao poder de punir estatal.²⁴⁸

Na América Latina a construção da figura do inimigo vem sendo efetivada desde a sua colonização. É de se notar que os primeiros inimigos foram os nativos e mais recentemente os subversivos. A ditadura militar se valeu da figura do subversivo que tenta destruir, por meio da guerrilha, as bases de uma sociedade pautada em “bons” valores.²⁴⁹

Como se pode notar, o discurso acima exposto é pautado em ideias anticomunistas. Esta premissa de sustentação de um forte e seletivo sistema repressivo foi enfraquecendo com a queda do “Muro de Berlim” e o fim da “Guerra Fria”. Nesse momento é preciso substituir o inimigo, que passa a ser o traficante, e a segurança pública consiste na guerra contra o perigoso traficante de drogas.^{250 251}

Nesse momento, para que se possa seguir adiante com a contextualização do direito penal do inimigo e suas influências na persecução penal, é necessário trazer a lume as noções mais relevantes sobre o tema.

²⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo...** p. 23-25.

²⁴⁸ Idem.

²⁴⁹ Ibidem, p. 43-46.

²⁵⁰ Idem.

²⁵¹ Oportuno mencionar que as decisões sobre prorrogação de interceptação telefônica prolatada pelo Supremo Tribunal Federal tratam em regra de casos penais que tenham como pano de fundo, quadrilhas de tráfico de drogas ou, ainda, que cometam crimes contra a Administração Pública. Por opção metodológica o presente trabalho se preocupará com a questão do tráfico de drogas, pois segundo o senso comum este é o grande problema da sociedade que deve ser combatido pelo Direito Penal. Sobre a questão da demonização do tráfico de drogas ver: BORGES, Clara Maria Roman; OLIVEIRA, Vivian Von Hartwig Fernandes. **Direito penal do inimigo e a guerra contra o tráfico de drogas no Brasil**. Revista UFPR. P. 229.

JACKOBS, quando trata acerca do direito penal do inimigo²⁵², adverte, já de início, que tanto o direito penal do inimigo quanto o do cidadão não devem ser estudados de uma forma totalmente separada. Isto porque são extremos do mesmo fenômeno jurídico, em outras palavras, são modelos ideais.²⁵³

Desta forma, o processamento de um crime de pequena danosidade pode trazer elementos do direito penal do inimigo – no risco que o autor oferece para a sociedade – e o processamento de um crime de extensa gravidade – tráfico²⁵⁴ – tem no mínimo o tratamento formal do acusado como cidadão.²⁵⁵

Assevera JACOBS que para o inimigo é reservada a coação, ou seja, ele perde o *status* de pessoa para fins de aplicação da pena. A reprimenda serve em especial para conter o infrator contumaz e dar a segurança necessária à sociedade²⁵⁶. Em outro giro, o direito penal do cidadão é aplicado para pessoas que delinquem esporadicamente, necessitando apenas que a validade da norma penal seja reafirmada.²⁵⁷

Os efeitos do Direito Penal do inimigo se espraiam na seara processual penal no momento em que são criados institutos processuais pautados também na periculosidade dos acusados. Veja-se como exemplo a prisão preventiva pautada na preservação da ordem pública, a infiltração de agentes policiais em organizações tidas como criminosas e, por fim, as investigações sigilosas.²⁵⁸

Exemplo inconteste destas investigações sigilosas é a interceptação das comunicações telefônicas que só tem eficácia se realizadas à revelia do investigado. Nesse sentido, resta claro que as prorrogações sucessivas das medidas investigativas aqui estudadas, pautadas na gravidade da conduta investigada, remetem a um direito penal do inimigo onde o imputado é despido de certos direitos

²⁵² É importante consignar desde logo que o livro contém posicionamentos de JACKOBS das páginas 21 a 50 e MELLIÁ nas páginas que se seguem. A observação é importante para se saber o posicionamento de qual autor está a se referir.

²⁵³ JAKOBS, Gunther; MELLIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 21-24.

²⁵⁴ Em sua obra JACKOBS usa o exemplo do terrorismo, mas aqui para contextualizar com a situação do sistema penal brasileiro

²⁵⁵ JAKOBS, Gunther; MELLIÁ, Manuel Cancio. Op. cit., p. 21-24.

²⁵⁶ BAUMAN leciona que na sociedade pós-moderna a punição se dá não mais em virtude da inobservância de uma norma penal, mas em virtude da segurança pública. BAUMAN, Zygmunt. **Em busca...** p. 59.

²⁵⁷ JACOBS, Gunter; MLIÁ, Manuel Cancio Op. cit., p. 25-31.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 39-41

que tem como pessoa em virtude de sua “perigosidade”, e em nome da segurança pública.

Retomando a individualização do inimigo, é preciso assinalar que o discurso que sustenta esse modelo autoritário de sistema repressivo adquire os contornos de algo midiático, ou, nas palavras de ZAFFARONI, torna-se um discurso *cool*.²⁵⁹

Isto porque está pautado em discursos pobres e sem qualquer sustentação teórica que provém dos Estados Unidos.²⁶⁰ A crescente concentração de riquezas aliada à queda dos serviços públicos fazem com que seja necessário lançar mão da exclusão dos indesejáveis, que não mais são os estrangeiros, mas podem ser qualquer pessoa selecionada que se oponha ao sistema. Note-se que aqui é criado o famigerado discurso da lei e ordem.²⁶¹

Para que tal discurso seja aceito faz-se necessário um movimento de legitimação, função esta que é de bom grado exercida pelos meios de comunicação. As agências de “comunicação” social transformam o crime em um produto a ser vendido para a sociedade, que sem nenhum questionamento o aceita. Esse mesmo discurso vira plataforma política, vende-se também a ideia de aumento de penas, da legislação de exceção para combater a “impunidade”²⁶².

Nesse momento a imprensa exerce um poder simbólico constitutivo da realidade social, ou seja, por meio do discurso, pautado na linguagem, que faz com que a grande massa expresse seu consentimento em reformas punitivistas. É de saltar os olhos que a grande função do poder simbólico é propagar valores de classes dominantes legitimando como naturais questões socialmente construídas.²⁶³

A atuação dos aparelhos de propaganda se dá em dois níveis, o transnacional e o nacional. O primeiro é exercido principalmente por meio dos seriados importados. Os cidadãos desde tenra idade estão submetidos à sua

²⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo** p. 72-74

²⁶⁰ A título de exemplo cite-se o crescente debate nas últimas décadas acerca o recrudescimento das penas e a aplicação publicitária da pena de morte por políticos norte-americanos, inclusive alguns democratas. Neste discurso quanto mais se mata pessoas perigosas mais está a se contribuir para a segurança das pessoas de bem. BAUMAN, Zygmunt. **Em busca...** p. 20-21.

²⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo...**, p. 75-81

²⁶² Idem.

²⁶³ BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Lisboa: Difusão Editorial, 1989. p. 09-15

influência, afetando de forma significativa sua psique, introjetando certos valores no inconsciente dos telespectadores.²⁶⁴

No seu enredo sempre o bem deve aniquilar o mal a qualquer custo, havendo uma figura mítica que por meio de seus superpoderes ou habilidades extremas consegue solucionar o problema com total desprezo pela vida humana. Neste primeiro nível o que é fomentado na sociedade é a constante sensação de insegurança e a sede pela solução final de conflitos.²⁶⁵

Em outro giro, mas com a mesma finalidade, as televisões através dos programas jornalísticos propagam o discurso da “lei e ordem”, criando a indignação moral na sociedade. Ademais, com a repetição desmedida de reportagens que versam sobre condutas violentas, engendram a sensação de insegurança e impunidade.

Ainda no que diz respeito à função de invenção da realidade, a imprensa, para justificar o sistema repressivo, cria uma versão inexistente da situação social. Ademais, por meio deste expediente, divulga o estereótipo do “inimigo”, em regra o jovem pobre usuário de entorpecentes que, em virtude do tráfico de drogas, comete crimes violentos.²⁶⁶

Na sociedade pós-moderna, onde os laços de solidariedade já não são mais capazes de fundamentar a união comunitária, há de se buscar algo que dê a todos os habitantes a sensação de pertencimento, bem como alguém que se possa legitimamente odiar sem se preocupar em ser julgado.²⁶⁷

Nesse sentido, adquire especial relevância o discurso midiático ²⁶⁸acima exposto, pelo qual se elege um inimigo contra o qual o discurso de ódio pode ser legitimado. As relações sociais são, portanto, fundamentadas pelo medo e pelo ódio. Em outras palavras, pautado em um maniqueísmo ingênuo, elege-se um bode

²⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas** a perda da legitimidade do sistema penal. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 128-130.

²⁶⁵ Idem.

²⁶⁶ Ibidem, p. 129-132

²⁶⁷ BAUMAN, Zigmunt. **Em busca...** p. 10-39

²⁶⁸ É importante consignar que a mídia também exerce outro papel o de justificar as desigualdades. Nada obstante as desigualdades existentes no país que impedem que sujeitos tenham a mesma oportunidade propaga-se pela indústria cultural o mito da meritocracia. Dessarte os privilégios são justificados de forma quase inconsciente na grande maioria da população e as mazelas impingidas contra os pobres também o são, pois não se esforçaram o suficiente para deixar tal condição e caíram no mundo do crime por pura falta de caráter. SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: UFMG, 2009. p. 41-49

expiatório para sofrer todos os efeitos de uma sociedade desregulamentada e individualista.²⁶⁹ Nos ensinamentos de Vera BATISTA, a ideia de medo dá azo à constituição e caça de inimigos que devem ser eliminados para o bem de todos.²⁷⁰

O medo, engendrado pelo discurso midiático, e a ansiedade existente na sociedade pós-moderna fazem com que seja arbitrariamente escolhido um certo número de pessoas – com características semelhantes – para que sejam excluídas do convívio social e tratadas como inimigos.²⁷¹

Assume maior relevo a gestão do inimigo em uma sociedade onde se busca governar em moldes econômicos. Não se está aqui falando apenas no sentido corriqueiro de econômica, mas no sentido de gerir uma nação. Administrar o território, as riquezas, seu orçamento e, em especial, a população.²⁷²

Nesse sentido, lícito concluir que a administração da criminalidade e a eleição de hostis adquirem especial relevo para que se administrem fatores como excesso de mão de obra, índices oficiais de desemprego e, da mesma forma, se submeta parcela da população ao trabalho em condições minimamente dignas²⁷³ e que aceitem de maneira pacífica os discursos de encarceramento.

Discorrendo sobre o sistema repressivo dos Estados Unidos, mas com conclusões plenamente aplicáveis ao brasileiro, Loic WACQUANT assevera que, com as ondas neoliberais na economia, serviços públicos então destinados aos miseráveis são cortados em nome da boa administração. Desta forma milhões de pessoas não têm mais acesso ao chamado *welfare* sendo jogados à sua própria sorte em um sistema capitalista.²⁷⁴

Com os decrescentes gastos em programas sociais e a falta de apoio a camadas miseráveis da população, o sistema carcerário tornou-se a principal forma de combate aos pobres, e não à pobreza. A sanção criminal tem como principal

²⁶⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca...** p. 10-30

²⁷⁰ BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos e uma história.** Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.

²⁷¹ BAUMAN, Zygmunt. **Medo...** p. 162-165.

²⁷² FOUCAULT, Michel. Governamentalidade. In: **__ Microfísica do Poder**, 21 ed. São Paulo: Graal, 2005. p. 281-283.

²⁷³ Veja-se o valor aviltante do salário mínimo no Brasil por exemplo.

²⁷⁴ WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos.** 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 19-21.

mister agora neutralizar os pobres travestidos na condição de inimigos e perigosos para a sociedade.²⁷⁵

Nos sistemas penais latino-americanos a situação não é diferente. Nos ensinamentos de ZAFFARONI a morte e o genocídio são as marcas de um sistema repressivo que opera de modo seletivo.²⁷⁶

A pobreza é a principal vítima deste sistema de exclusão, enquanto verbas orçamentárias são transferidas de programas de saúde e educação para programas de segurança, com o apoio da imprensa, os pobres continuam a ser vitimizados pelas redes do encarceramento e da morte violenta através dos autos de resistência.²⁷⁷

No que tange aos dados brasileiros, a situação não se difere. Com a quarta maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia, o Brasil vem aumentando sua “clientela” exponencialmente. A população carcerária que era de cento e setenta mil presos em 1997 passou para quinhentos e quarenta e oito mil em 2012, ou seja, em termos percentuais um crescimento de 221%.²⁷⁸

Pois bem, como já consignado acima, o principal inimigo para o direito penal brasileiro é o traficante. O “bode expiatório” sobre o qual todas as mazelas da sociedade atual são creditadas, desde a erosão familiar até o número de homicídios. Neste sentido é gritante a relação que se tem entre a criminalização da pobreza e o argumento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para a prorrogação de interceptações telefônicas, qual seja a gravidade do fato investigado.²⁷⁹

Nota-se que a tendência das reformas penais e processuais é tratar o traficante como um inimigo e o dependente como um doente. Ao passo que este pode ser recuperado e trazido à normalidade, aquele deve ser retirado da sociedade, deve-se deixá-lo morrer. E para cumprir este mister nas palavras de

²⁷⁵ Ibidem, p. 40-48.

²⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca ...** p. 123125.

²⁷⁷ Ibidem, p. 133-135.

²⁷⁸ Disponível em <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/populacao-carceraria-brasileira-creceu-7-vezes-mais-que-a-media-mundial-nos-ultimos-15-anos-5518.html>

²⁷⁹ Sobre os fundamentos que ensejam a prorrogação da interceptação telefônica ver capítulo I com a cola de decisões recentes do Supremo Tribunal Federal.

Clara Maria Roman BORGES “nada melhor do que a insalubridade do encarceramento”.²⁸⁰

Dá-se gênese a um direito penal do traficante, ou seja, de um inimigo do Estado e do Mercado. Uma pessoa que é desprovida de suas garantias fundamentais e julgada como se em uma guerra estivesse.²⁸¹

Quando se despe parcela das pessoas de suas garantias fundamentais está a se chegar a um Estado de Exceção. Existe aqui um Estado de não-direito, por meio de recursos discursivos despem-se certos grupos sociais de suas garantias e dessarte possibilita a sua exclusão.²⁸²

Como se nota, o Direito Penal do Inimigo está umbilicalmente ligado ao Estado de Exceção, ou ainda ao Estado Absolutista. Contudo, não se pode deslembrar que tal discurso não encontra limites, pois a cada dia pode se justificar uma maior intervenção na esfera do cidadão suspeito de ser um hostil. Ou seja, torna-se um círculo vicioso. Ademais, para se identificar um inimigo, faz-se mister reduzir os direitos fundamentais de todos os cidadãos. Veja-se, por exemplo, uma interceptação telefônica em uma organização criminosa que para descobrir todos os seus membros pode ser, segundo decisão do Supremo Tribunal Federal, prorrogada por inúmeras vezes, atingindo a intimidade de um sem número de cidadãos.²⁸³

Para encerrar o presente tópico é imperioso concluir que o discurso da gravidade da conduta investigada nada mais é do que um *topoi* para justificar a aplicação de um direito penal do inimigo. Direito que é extremamente seletivo e busca afetar as classes mais vulneráveis da população, que não são socorridas por programas sociais eficientes, ou seja, têm seus direitos sociais negados, e que se tornam vítimas fáceis do tráfico de entorpecentes e também serão os preferencialmente encarcerados pelo sistema repressivo estatal. Em outras palavras, duplamente vitimizados.

²⁸⁰ BORGES, Clara Maria Roman; OLIVEIRA, Vivian Von Hartwig Fernandes. Op. cit., p. 240.

²⁸¹ Ibidem, p. 243.

²⁸² AGAMBEN. Giorgio. **Estado de Exceção**. 2 ed. São Paulo: Biotempo., 2004. p. 14-15

²⁸³ BORGES, Clara Maria Roman; OLIVEIRA, Vivian Von Hartwig Fernandes. Op. cit., 239-243.

2.2 - A COMPLEXIDADE DAS INVESTIGAÇÕES

2.2.1 – A Superação da Ideia de Verdade e de Sistemas no Processo Penal do Inimigo.

Como se nota, a complexidade das investigações é um dos fundamentos para as constantes prorrogações das interceptações telefônicas. Tais investigações têm, a princípio, o objetivo de instruir o processo para que seja prolatada uma decisão. Mesmo que não consignada expressamente, o *topoi* em comento está umbilicalmente ligado à ideia de verdade real.

Neste tópico será discutido em um primeiro momento a ideia de verdade e sua correlação com os conhecidos sistemas penais, e posteriormente serão trazidos de forma breve os elementos para sua crítica e superação no hodierno processo penal.

A questão da atividade probatória sem dúvida é uma das mais relevantes e instigantes do direito processual. Talvez isto se justifique pelo fato de que ela não se resume em aplicar a lei. Ao revés, no momento de apreciar a prova o magistrado estará permeado por vários outros aspectos que fogem ao controle da ciência do direito, tais como aspectos psicológicos, forma que foi formulado o discurso pelas partes, pré-compreensões, entre outros.²⁸⁴

Uma das primeiras questões que se apresenta é se o objetivo do processo realmente é a busca da verdade. Se esta resposta for positiva há de se perquirir de qual espécie de verdade está a se falar. Ou, ainda, se for negativa há de se justificar quais seriam os reais fins do processo.²⁸⁵

Interessante mencionar que nem sempre houve uma correspondência entre processo, prova e verdade. Na Borgonha quem era acusado de homicídio poderia afastar a acusação mediante juramento de doze testemunhas que atestassem a sua relevância social. Outros métodos como batalhas verbais onde as partes conjugavam fórmulas e se as errassem perdiam o processo, ou ainda, as provas físicas em que, por exemplo, uma pessoa, também acusada de assassinato, era

²⁸⁴ TARUFFO, Michele **La prueba de lós derechos**. São Paulo: Saraiva, 2000(?), p. 22-23.

²⁸⁵ Ibidem, p.. 26-28.

colocada sobre o ferro em brasa e se estivesse, após dois dias, com cicatrizes seria culpada. Tais formas de “prova” demonstram a falta de racionalidade do sistema.²⁸⁶

É de se notar que no sistema de provas não se buscava quem realmente tinha praticado a ação, mas dava-se a razão para quem era o mais forte, o mais habilidoso etc. No século XII o Soberano teve a intenção de lucrar economicamente e politicamente com estes processos. Razão pela qual se criou o conceito de infração e de procurador.²⁸⁷

Dessa forma, quando se gerava um dano a alguém, passava-se a ferir os interesses do Soberano, que se legitimava a estar no processo e ser ressarcido representado por seu procurador. Porém não era mais interessante lançar mão do sistema de provas, pois o procurador e o soberano não podiam se pôr em risco para provarem ser mais fortes.²⁸⁸

Nessa toada, resgatou-se – por razões políticas – a figura do inquérito, no qual se investigava o fato pretérito buscando-se estabelecer a verdade sobre o objeto da investigação. Em outros termos, o sujeito do conhecimento tinha uma relação de saber-poder com o objeto, da investigação, com o objetivo de estabelecer a existência e a autoria de uma infração.²⁸⁹

A dogmática do processo penal no século XX absorveu o ideário inquisitorial de busca da verdade, razão pela qual os ensinamentos cartesianos passaram a guiar o Estado na sua atividade probatória. Fazendo com que o juiz não se contentasse em ser um mero expectador da prova produzida em contraditório, mas deveria ser o ator principal que cabe presidir o processo na incessante vontade de se atingir o oásis chamado verdade.²⁹⁰

É de se notar, na esteira do que ensina Clara Maria Roman BORGES que, nada obstante a importância deste discurso, os processualistas que fazem a aproximação entre a inquisição europeia e o sistema processual penal brasileiro pecam por uma equivocada simplificação. Isto porque, na Europa, existiram várias

²⁸⁶ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002. p. 58-60.

²⁸⁷ Ibidem, p. 61-75

²⁸⁸ Idem.

²⁸⁹ Idem.

²⁹⁰ CARVALHO, Salo de. Op. cit., 162-163.

formas de inquisição, e inclusive o processo inquisitório não era um expediente apenas utilizado pela Igreja Católica, mas também pelo Estado.²⁹¹

Mais distante ainda fica a questão inquisitória no que tange ao Brasil, pois aqui não houve os espetáculos dos autos de fé com grandes execuções de bruxas e hereges. As penas dadas eram, no máximo, penas corporais de açoite, os grandes “espetáculos punitivos” eram realizados na metrópole, em terras brasileiras apenas se realizava a instrução. Ademais, não se pode deslembrar que o fim da inquisição na colônia nada mais era do que reafirmar a relação de poder que Portugal exercia sobre ela.²⁹²

Hodiernamente existem correntes doutrinárias e filosóficas que propõem que o objeto do processo não é a busca de nenhuma forma de verdade, ou seja, sua finalidade é diversa.

As justificações desta doutrina são as mais variadas, e parecem ser deveras sedutoras. No que tange às justificações filosóficas, os seus defensores aduzem que é impossível se falar em qualquer espécie de verdade. Para eles a cognição humana é limitada e não consegue estabelecer qualquer similitude entre o real e o apreendido pelo intelecto.²⁹³

Outra vertente ensina que o fim do processo não seria a busca de qualquer verdade, mas apenas a pacificação social por meio da resolução de conflito de interesses. Afirmam, ainda, que a busca por qualquer forma de verdade irá fomentar a atividade probatória do magistrado, dando azo a um processo de matriz inquisitorial, eis que para que se persiga a verdade o julgador não pode ter uma posição passiva, mas ser protagonista.²⁹⁴

E, por fim, os que se filiam nesta corrente de pensamento sustentam que existe uma impossibilidade prática, pois em razão das limitações de tempo e de ritos no processo a busca de qualquer verdade se torna impossível.

Oportuno mencionar que para esta corrente a prova simplesmente não tem sentido, ou seja, **nonsense**. Em um primeiro momento esta afirmação parece

²⁹¹ BORGES, Clara Maria Roman. **Um olhar para além dos sistemas processuais penais**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 104, 2013. p. 147-172.

²⁹² Idem

²⁹³ TARUFFO, Michele. Op., cit. p. 30-36.

²⁹⁴ Ibidem., p. 39-44.

absurda e sem qualquer fundamento. Contudo, se ela for contextualizada dentro da teoria será evidenciado que tem lógica interna.

Como já afirmado acima, esta linha de pensamento sustenta que o processo não pode/deve/tem condições de se chegar a qualquer espécie de verdade. Dessa feita, não haveria qualquer racionalidade na decisão judicial e as provas seriam apenas modos de legitimar os procedimentos e as opções irracionais feitas pelo Poder Judiciário, dando-lhes uma aparência de racionalidade e paridade de armas entre as partes.²⁹⁵

Outras teorias, apesar de aceitarem a possibilidade de se chegar à verdade, afirmam que a coincidência entre esta e o que foi determinado no processo é desprovida de qualquer relevância.

Tais assertivas fundamentam-se na premissa de que o processo não passa de um jogo de asserções e tentativas de convencimento do julgador por meio de um discurso retórico coerente.²⁹⁶

Dessa feita, as provas não seriam algo relevante na decisão judicial, pois o que estaria a se buscar nada mais era do que a persuasão racional do magistrado.

Nessa esteira o que realmente seria avaliado é se a **story** contada pela parte é racional, coerente e principalmente se é bem articulada, a fim de que faça sentido e de que consiga a adesão dos espíritos do auditório. Quanto às provas, estas servem de suporte para dar embasamento à versão dos fatos sustentada pelas partes e também das decisões do Tribunal.²⁹⁷

A última teoria tratada parece adquirir maior relevo no que concerne à atividade forense, pois os operadores do direito quando postulam em juízo trazem, ou buscam trazer, versões coerentes que beneficiem seus constituintes e as embasam por meio de elementos de prova. Veja-se que aqui não há preocupação com a verdade, mas com a possibilidade de ser ou não ganhador do processo.²⁹⁸

Pois bem, uma vez trazidas, mesmo que de forma perfunctória, as ideias que negam a existência/busca/relevância da verdade no processo, torna-se imperioso nesse momento da pesquisa questionar se realmente é interessante se falar em verdade no processo penal.

²⁹⁵ Ibidem . p. 68-72.

²⁹⁶ Ibidem, p. 48-55

²⁹⁷ Ibidem. p. 48-55.

²⁹⁸ Idem.

Em um primeiro momento há de se afirmar que uma decisão que se pretenda justa deve guardar o mínimo de relação com os fatos ocorridos. De nada adiantaria cunhar-se toda uma teoria acerca de uma decisão racional e justa – no que atina ao Direito – se não houvesse qualquer preocupação em que a norma fosse aplicada a casos em que realmente houvesse amparo fático para tal.

Francesco CARNELUTTI compara a atividade do juiz à atividade de um historiador. Segundo o processualista italiano cabe a ambos reconstruir uma história. Diferenciam-se seus ofícios pelo fato do segundo estar a construir a grande história, ao passo que o primeiro é encarregado de se debruçar sobre a pequena história, um maneja um telescópio e o outro um microscópio.²⁹⁹

Para se investigar o crime, conforme lições do processualista italiano, há de se investigar o homem e sua história. A história do homem é constituída por seu passado e pelo seu futuro. Nesse sentido, deve o juiz embrenhar-se no psicológico do imputado de forma a conhecê-lo³⁰⁰. Todavia, como bem aponta, o processo penal é limitado.³⁰¹

As limitações para que se encontre a "verdade" do autor, e por conseguinte do crime, residem na falta de interesse que o magistrado tem de conhecer a vida pregressa do acusado, o que decorre da falta de tempo para que isso seja feito. Contribui também a falta de conhecimentos acerca da psicologia por parte do juiz. Ademais assevera o autor que mesmo a psicologia encontra os limites próprios da ciência.³⁰²

Nesse sentido há divisões entre verdade real, ou material, e verdade formal ou processual. Segundo esta cisão existe uma verdade completa que se encontra fora do processo e outra verdade que está no processo e que é encontrada neste em virtude das limitações temporais e legais.

Todavia não parece fazer sentido tal distinção, pois a verdade obtida extra-autos está limitada a condições científicas, temporais e à linguagem. Portanto, pode-se dizer que toda a verdade é relativa e mutável.³⁰³

²⁹⁹CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. LOCAL: Conan, 1995. p. 48-53.

³⁰⁰ Ressalte-se a visão inquisitorial de CARNELUTTI. Sobre os sistemas processuais será tratado mais adiante.

³⁰¹ CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., 48-52

³⁰² Idem.

³⁰³ TARUFFO, Micheli. Op. cit., p. 74.

Dessa feita, o discurso que sustenta a busca de uma verdade real no processo parece ser ingênuo³⁰⁴, devendo ser tomado apenas como referencial histórico.³⁰⁵ Contudo, parece que não seria o caso de se adotar um discurso cético em relação ao tema, visto que, como já asseverado alhures, a decisão deve guardar o mínimo de correlação com os fatos sob pena de se aplicar a pena apenas por critérios subjetivos e arbitrários.

Nessa toada, afirma MUÑOZ CONDE que é possível buscar a verdade no processo penal. Assevera, porém, que não se trata de uma verdade absoluta, como ainda sustentam os desavisados, mas de uma verdade relativa. Isto porque além dos limites encontrados pelo historiador, o magistrado também encontra óbices à sua atuação na lei,³⁰⁶ na Constituição e nos tratados internacionais.

Sustenta, ainda, MUÑOZ CONDE que em alguns casos até é possível encontrar uma verdade que se relacione de forma perfeita com os fatos. Cita como exemplo um laudo necropsial que aponta a causa da morte, a quantidade de tiros que acertaram a vítima, dentre outros aspectos periciais. Contudo, o processo penal não se resume a isso, há de se ter em mente que outros aspectos são valorados, tais como: se o homicídio foi doloso ou imprudente; se é caso de excludente de antijuridicidade por meio da *v. g.* legítima defesa. Em síntese, é necessário eleger uma versão plausível para fundamentar a decisão.³⁰⁷

Como já asseverado alhures, o Estado-juiz também deve respeitar os limites consagrados na Carta Magna. Direito à intimidade, princípio da proporcionalidade, presunção de inocência dentre outros devem estar sempre como critérios norteadores do magistrado no momento da instrução processual. Dessarte, provas obtidas por meio de torturas, interceptações telefônicas sem as devidas formalidades e outros meios que firam os direitos humanos serão nulas.³⁰⁸

Neste momento torna-se imperioso enfrentar um dos grandes problemas, senão o maior, da adoção do conceito de verdade no processo penal, qual seja a iniciativa probatória do magistrado.

³⁰⁴ Para não se dizer de má-fé.

³⁰⁵ TARUFFO, Micheli. Op. Cit., 57-58.

³⁰⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. **La busqueda de la verdad em El proceso penal.** 3 ed. s. l: Homufati, s. d.. p. 111.

³⁰⁷ Ibidem, p. 112.

³⁰⁸ Ibidem p. .115.

A ideia de verdade material é imediatamente associada à iniciativa probatória do magistrado³⁰⁹. Ou seja, existe uma correlação quase imediata entre ela e o sistema inquisitório.³¹⁰ Todavia não basta o abandono deste conceito é necessário criar uma dogmática processual e constitucional que afaste o sistema inquisitorial por completo. E nesse sentido já se deve denunciar a inexistência de um sistema processual misto que não passa de um engodo!

Michel FOUCUALT traça a história do poder punitivo estatal e em determinado momento aborda o sistema processual na Europa Continental.

O filósofo francês aponta que o processo penal na Europa – salvo na Inglaterra – era marcado por questões como o absoluto sigilo. O acusado não poderia saber do que estava sendo acusado e quem o havia denunciado. O trabalho do inquisidor era um trabalho solitário. Seu grande ofício era constituir sozinho uma verdade que era imputada ao réu e ao condenado.³¹¹

Ao imputado não era reconhecida nenhuma garantia. Veja-se que o procedimento investigatório era inteiramente secreto. Ao acusado não era dado participar da construção da verdade, sequer poderia nomear defensor para ter vistas do procedimento ou ainda oferecer razões de defesa. Afinal de contas, o inquisidor constituía por si só uma verdade que era imposta ao condenado.³¹²

³⁰⁹ Em Portugal, segundo Figueiredo DIAS, o princípio investigatório é o informador do processo penal. Dessa forma as partes não tem ônus probatório algum. Ao revés esta atividade é atividade do juiz que preside o processo. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Processo Penal**. Coimbra: Coimbra, 1974. p. 195-198.

³¹⁰ É de se saltar que o autor deste trabalho não acredita no conceito de verdade material e nem compactua com a ideia de que esta deve ser buscada no processo penal. E como já afirmado anteriormente a verdade real é inatingível.

³¹¹ FOUCUALT, Michel. **Vigiar e Punir: História da violência nas prisões**. 30 ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 32.

³¹² Na França, como na maior parte dos países europeus - com a notável exceção da Inglaterra - todo processo criminal até a sentença permanecia secreto: ou seja opaco não só para o público mas para o próprio acusado. O processo se desenvolvia sem ele, ou pelo menos sem que ele pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, as provas. Na ordem da justiça, o saber era privilégio absoluto da acusação. "O mais diligente, o mais secretamente que se puder fazer", dizia a respeito da instrução o edito de 1498. De acordo com a ordenação de 1670, que resumia, e em alguns pontos, reforçava a severidade da época precedente, era impossível ao acusado ter acesso às peças do processo, impossível conhecer a identidade dos denunciadores, impossível saber o sentido dos depoimentos antes de recusar a testemunha, impossível fazer valer, até os últimos momentos dos processos fatos justificativos, impossível ter um advogado, seja para verificar a regularidade do processo, seja para participar da defesa. Por seu lado o magistrado tinha o direito de receber as denúncias anônimas, de esconder do acusado a natureza da causa, de interrogá-lo de maneira capciosa de usar de insinuações. **Ele constituía sozinho e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado e essa verdade os juízes a recebiam pronta sob a forma de peças e de relatórios escritos para eles esses documentos sozinhos**

Outra questão importante é a forma de apreciação e valoração das provas. Segundo FOUCAULT, no século XVII havia uma intensa tarificação das formas de provas. Nesse diapasão havia a prova plena, a semiplena e os indícios. Ao inquisidor cabia valorá-las em conformidade com critérios matemáticos, dando-lhes o peso que cada uma era digna de receber.³¹³

Oportuno trazer à baila a importância que a confissão do réu tinha neste sistema. Era a chamada "rainha das provas". Uma confissão obtida em acordo com as normas tinha o condão de quase dispensar o inquisidor de procurar novas provas. Isto ocorria em virtude de que a verdade já fora estabelecida com a colaboração de quem mais teria condições de sabê-la, ou seja, o acusado.³¹⁴

Interessante assinalar que a tortura obedecia toda uma economia do castigo. Era intensamente regulamentada, com formas e intervalos. Se o acusado resistisse não mais lhe poderia ser aplicada a pena capital. Dessa forma orientava-se para que, uma vez havendo um conjunto probatório hábil para ensejar a condenação, não se lançasse mão da tortura.³¹⁵ Veja-se então que a lógica era torturar aquele que ainda poderia ser inocente.

Não é sem motivo que nos idos do século XVII Cesare BECCARIA levanta-se contra este meio de prova, rotulando-o de barbárie, odioso e sem propósito. Afirma que o direito de punir deve-se guiar pelo binômio inocente e culpado. Caso a culpa já esteja comprovada não há necessidade de tortura. Em caso de não comprovação desta a tortura é empreendida em desfavor de um inocente e nada mais repugnante que impor sofrimento a quem não é culpado.³¹⁶

Assevera ainda que a tortura é mais gravosa ao inocente que tem a seu desfavor o fato de ter que passar por um suplício sem dever nada. O culpado, por seu turno, vislumbra a possibilidade de, se resistir aos tormentos, sofrer pena menor do que se fosse de fato condenado. Ademais, a odiosa prática não leva à tão

comprovavam: só encontravam o acusado uma vez para interrogá-lo antes de dar a sentença.

(...) Ibidem. p. 31. Sem grifos no original.

³¹³ Ibidem, p. 32-34.

³¹⁴ Idem. .

³¹⁵ Idem.

³¹⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** disponível em: <http://www.abrasd.com.br/biblioteca/direito/Dos%20Delitos%20e%20das%20Penas%20-%20Cesare%20Beccaria.pdf> consulta em: 25 de outubro de 2014.

almejada verdade, pois em virtude da aplicação desproporcional da força é comum que qualquer homem confesse para se ver livre do martírio.³¹⁷

Sendo assim, o inquisidor na constituição da sua verdade não poderia se confundir com a verdade comum, havia de demonstrar uma racionalidade diferente desta. E isto se dá por meio da justa atribuição do peso das provas. Dessa forma tem-se aqui o sistema da prova legal, ou, ainda, da prova tarifada.³¹⁸

Do pequeno, e necessário, referencial histórico trazido acima restam evidenciadas as características do sistema inquisitório. Vê-se que existe um processo secreto, com provas tarifadas, sem a existência de partes, onde o réu é um objeto (*res*), e que, em nome da verdade real, cabe ao juiz ser o investigador e agir ativamente na instrução do caso penal.³¹⁹

De outra banda, como já mencionado anteriormente, a Inglaterra – por questões geográficas – desenvolvia um sistema diverso da Europa continental. Em breve síntese nas terras inglesas a noção de cidadania – que na França só teve sua gênese pós-revolução – adveio já em 1215, quando o Rei João Sem-terra, para se manter no poder, editou a Carta Magna. Nela previa direitos para os barões.³²⁰

Para que houvesse os julgamentos o Rei criou uma estrutura judicial formada por três cortes. Os julgamentos eram feitos pelo júri. Em um primeiro momento o júri era apenas uma forma de prova, deviam julgar pelo que soubessem e não apreciavam qualquer elemento probatório. Após esse período o júri passou a decidir o caso penal.³²¹

Ao contrário do que acontecia na Europa Continental, na Inglaterra os processos eram públicos, as acusações eram feitas por membros da comunidade, quando se tratava de crimes perseguidos por ação penal de iniciativa pública, ou pelas vítimas quando era de iniciativa privada. As provas eram trazidas pelas partes e havia intenso debate e contraditório para a formação da decisão. Tem-se aqui o *adversary system*, ou sistema acusatório.³²²

³¹⁷ Idem.

³¹⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar....**,p. 32-34.

³¹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal: In. **Crítica à teoria geral do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 24-31.

³²⁰ Ibidem. p. 32-41.

³²¹ Idem.

³²² Idem.

Insta assinalar que, conforme ensina Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, hodiernamente não se pode mais falar em sistemas puros, razão pela qual se pode encontrar em um único ordenamento jurídico características tanto do sistema inquisitório ou do acusatório. Entretanto, tal fato não evidencia a existência de um terceiro sistema, pois sempre haverá um princípio unificador que informará todo o sistema, sendo o dispositivo ou inquisitivo.³²³

Poderia agora ser questionada qual a diferença que se faz na adoção de um sistema em detrimento de outro. A resposta parece clara, o fato do juiz poder gerir a produção de provas lhe dará a característica de parte. Dessa forma haverá o que se convencionou chamar de "quadro mental paranoico",³²⁴ pois o magistrado, influenciado pelos elementos de informação, trazido pela acusação para dar justa causa, irá de forma inconsciente formar sua versão dos fatos e, a partir dela, orientar sua atividade probatória. Ou seja, há uma incontestada ofensa frontal ao princípio da presunção de inocência.

Nesse momento resta perguntar: qual sistema foi consagrado no ordenamento jurídico brasileiro?

Da análise da legislação – infraconstitucional – vigente pode-se chegar à conclusão que o sistema vigente no Brasil é o inquisitório. Tal conclusão pode ser corroborada por meio da pesquisa de algumas decisões judiciais na medida em que o magistrado brasileiro está contaminado por uma cultura ditatorial e por meio de seu "livre convencimento motivado" manobra a interpretação do direito e a valoração das provas dando azo a um processo penal pouco democrático.³²⁵

Nada obstante a correção dos argumentos trazidos por COUTINHO, o presente trabalho deseja buscar uma solução pautada em valores constitucionais para dar ensejo a um processo penal onde as garantias do imputado sejam levadas a efeito, por isso cabe nesse momento fazer uma investigação constitucional do tema.

OLIVEIRA, por seu turno, entende que o processo penal brasileiro é eminentemente acusatório, eis que existe a separação formal de partes. Na visão do

³²³ Idem.

³²⁴ Idem.

³²⁵ Ibidem. p. 22.

citado autor o Juiz somente poderia produzir prova em favor da defesa.³²⁶ Tal visão, contudo, não parece ser correta, pois a separação de partes deve ser levada a efeito para fins de que seja tolhida qualquer iniciativa probatória do magistrado, que deve ser apenas o destinatário da prova.³²⁷

Na esteira do que ensina Alexandre Morais da ROSA o julgador deve, no momento da instrução criminal, ser apenas um árbitro³²⁸ da regularidade da prova. E ao final, em um processo de bricolagem, valorar todas as provas validamente inseridas no processo, alinhando as provas e seus significantes, com fito a prolatar uma decisão. Deve o julgador fundamentá-la³²⁹ e explicitar os motivos pelos quais acolheu algumas provas e refutou outras.³³⁰

Deve-se assinalar que as recentes reformas processuais de 2008 não representaram um avanço no que tange à progressão do sistema inquisitório para o acusatório. As medidas legislativas – distorcidas pelos “representantes do povo” do projeto original – na verdade engendraram redução do contraditório e da ampla defesa, prejuízos na técnica processual e, ademais, uma celeridade no processo que visa fomentar o encarceramento dos excluídos de forma mais eficaz.³³¹³³²

Voltando aos aspectos constitucionais, apesar de não conter disposição expressa, quando a Carta de 1988 reconhece a titularidade da ação processual penal de iniciativa pública ao Ministério Público, a presunção de inocência, a publicidade dos atos processuais, a necessidade de motivação das decisões, o

³²⁶ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro/; Lumen Juris, 2011. P 9-13.

³²⁷ BORGES, Clara Roman. **As atuais tendências de reforma do Código de Processo Penal e a promessa de constitucionalização e democratização do sistema processual penal vigente**. Disponível em: www.abdconst.com.br acesso em 21/10/2014.

³²⁸ Sobre provas ilícitas ver Seção II deste capítulo

³²⁹ Na forma do Artigo 93, IX todas as decisões proferidas pelo Poder Judiciário devem ser fundamentadas. Ademais o sistema predominante na avaliação das provas é o do livre convencimento motivado,

³³⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 367-369.

³³¹ BORGES, Clara Maria Roman. **As atuais...** p. 205-216.

³³² Nesse sentido *in verbis*: “Em suma, todas estas alterações tem o único intuito de incrementar o atual estado penal que surgiu para conter a grande massa de excluídos do mercado. Estas inovações legislativas que permitem o rápido encarceramento sem direito ao contraditório e a ampla defesa, só servem para manter a globalização neoliberal e excludente, só resta saber por quanto tempo, isto porque os excluídos quando não tiverem mais nada a perder reagirão violentamente, como já têm eventualmente reagido e os grandes atingidos seremos nós, os provisoriamente incluídos, que clamamos por essa legislação penal dura como títeres dos únicos beneficiados por toda esta exclusão aqueles que controlam o mercado” *Ibidem*, p. 216.

contraditório e a ampla defesa, a garantia do juiz natural (competente e imparcial) está a consagrar o sistema acusatório.³³³

Nessa linha, Geraldo PRADO sustenta que o processo penal brasileiro deve seguir matriz acusatória. Ao analisar certos institutos como o arquivamento, a atuação do magistrado na fase de inquérito policial e o (in)existente poder de cautela do magistrado afirmam que o juiz só deve agir quando provocado, não lhe cabendo qualquer providência de ofício.³³⁴

Contudo, há de se admitir que a prática dos tribunais tem sido diversa, tem-se a previsão de um sistema acusatório, mas a implementação de um sistema de contornos inquisitórios. Isto se deve, dentre outros motivos, pelo fato dos magistrados não serem neutros e de serem um ser-no-mundo, imersos na cultura vigente.

Como se sabe, o Brasil até meados da década de 80 vivia sob um regime ditatorial, de caça aos inimigos subversivos comunistas, o que deu azo a uma cultura jurídica pouco garantista.³³⁵ E o instrumento teórico-jurídico para implementá-la foi o positivismo jurídico e a tentativa que até hoje existe de se ler a Constituição Federal pelas lentes do Código de Processo Penal, e não uma leitura constitucional deste.³³⁶

Nesse momento dadas as ambições do presente trabalho que não pretende ser um inventário histórico das desgraças do processo penal, mas de lançar uma luz para a possível efetivação de um processo constitucional democrático – faz-se mister tecer algumas linhas acerca do projeto de novo Código de Processo Penal.

De uma análise geral do projeto de lei evidencia-se que apesar de adotar a malfadada e incorreta Teoria Geral do Processo³³⁷, se aprovado sem substanciais

³³³ PRADO, Geraldo. Op. cit.,

³³⁴ Idem.

³³⁵ COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda. **O papel...**, p. 41.

³³⁶ Exemplo desta leitura, e da visão dos direitos fundamentais como óbices para a persecução criminal pode ser encontrada no seguinte trecho, *in verbis*: “Cumprir restar na última especificação a inquisitividade, visto que a experiência vem patenteando a necessidade de recordá-la mais do que as outras. Irrrompe a ausência, ou a dispensa de procura da verdade criminal, mais frequente do que se imagina. Substituem-na o discurso forense, de formas feitas que pode decair para a formação de uma burocracia judiciária” PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. O juiz penal e a pesquisa da verdade material: In: MARQUES, José Frederico (org.) **Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 75.

³³⁷ Utiliza-se já na exposição dos motivos do termo **litigantes** que remete à ideia de lide. Como a muito já se vem demonstrando não é elemento essencial para o processo penal a existência

modificações, haverá a implementação na esfera infraconstitucional de um processo de bases acusatórias. Isto porque já nos seus primeiros artigos são estabelecidos como princípios norteadores a acusatoriedade, o respeito ao devido processo legal, a proibição do magistrado produzir provas em substituição à acusação e a interpretação restritiva das regras que evidenciem restrições de direitos e garantias fundamentais.³³⁸

Apesar das boas intenções, o referido projeto manteve a estrutura das investigações preliminares, sendo o delegado o gestor da prova. Ademais, no inquérito ainda existirá o depoimento do indiciado sem a necessidade de presença de advogado. Ou seja, antes da propositura da ação penal, que dará origem ao processo, haverá um procedimento inquisitorial.³³⁹

Outro problema a ser aqui evidenciado é a possibilidade do juiz, em virtude da hipossuficiência do acusado em relação ao acusador, poder produzir prova em *favor rei*. Veja-se que apesar de parecer garantista essa proposta, quem decidirá a prova e se esta deve ser considerada favorável ao réu é, em regra, o juiz que a determinou.³⁴⁰ Ademais, imperioso consignar que já milita em favor do acusado o princípio do *in dubio pro reo*. Em outras palavras, se o magistrado necessita produzir provas é porque está na dúvida,³⁴¹ e nesse caso o ordenamento jurídico brasileiro é claro determinando a absolvição do acusado.³⁴²

Pois bem, na esteira dessas alterações e da interpretação constitucional do regime das provas no processo penal, o grande desafio não é apenas fazer aprovar uma legislação processual em sintonia com os axiomas constitucionais. É fazer com que tanto a Constituição quanto a (nova) lei processual tenham efetividade no dia a dia forense, que é por excelência onde a força coatora do processo penal é corporificada. E para isto é mister que os juízes não mais sejam considerados seres neutros e imparciais, mas que, ao contrário, consignem em suas decisões os reais motivos de decidir, para que por meio da dialeticidade entre discurso e prova, e,

de um conflito de interesses qualificados pela resistência, mas saber se haverá correta aplicação da lei penal ao caso concreto.

³³⁸ BORGES, Clara Maria Roman. **As atuais...** p. 216-220

³³⁹ Idem.

³⁴⁰ Ibidem p. 221.

³⁴¹ Veja-se por exemplo, como já consignado acima, que a tortura só era recomendada para quando se houvesse dúvidas sobre a autoria. Na existência de um conjunto probatório suficiente deveria-se usá-lo para condenar o acusado. BECCARIA, Cesare. Op. cit., p.

³⁴² ROSA, Alexandre Morais da. **Guia...** p. 177-180.

ainda, por meio da intersubjetividade seja possível, aos poucos, estabelecer uma cultura constitucional na persecução criminal.³⁴³³⁴⁴

Nesse momento é preciso dar um passo à frente e contextualizar o atual processo penal. Apesar de todas as discussões tratadas nesse capítulo, o processo não busca estabelecer mais nenhum tipo de verdade, e é por isso que os valores constitucionais não são levados a efeito na prática processual.³⁴⁵

Com o advento do direito penal do inimigo, pautado na periculosidade, a resposta dada pelo Estado deve ser rápida e eficaz. Nesse sentido, o tempo para que se construa uma verdade no processo, seja ela real ou formal, não pode se elastecer. Na sociedade da informação a resposta deve ser em *real time*.³⁴⁶

Nesse contexto, o processo penal do inimigo não busca trazer qualquer forma de verdade, ao contrário busca simplesmente legitimar uma medida de urgência que pode ser a segregação cautelar ou uma condenação. A função das provas produzidas – delação premiada, interceptações – é de forçar o acusado a colaborar com o célere andamento da marcha processual e com o ressarcimento de prejuízos. Não se busca resolver conflitos sociais, mas tão somente dar uma satisfação rápida para a sociedade e segregar os excluídos do mercado e do discurso oficial que reduz o cidadão ao *status* de consumidor.³⁴⁷

No atual contexto as interceptações telefônicas se revelam em um meio eficiente para se produzir provas. A partir do momento em que o resultado destas diligências são trazidos à tona, torna-se mais fácil argumentar prisões cautelares, fomentar delações premiadas e dar uma resposta eficaz, mas desprovida de efetividade, para a sociedade, dando a falsa impressão de que os problemas sociais estão sendo resolvidas. Em apertada síntese, a prorrogação das interceptações telefônicas com base na “complexidade da investigação” dá fundamento a um processo penal do inimigo que fulmina garantias constitucionais em razão da celeridade processual e de um jogo de cena para que os incautos aplaudam a atuação estatal acreditando que a segurança pública e a “justiça” estão sendo restabelecidas.

³⁴³COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel...**p. 41.

³⁴⁴BORGES, Clara Maria Roman. **As atuais...** p. 221.

³⁴⁵BORGES, Clara Maria Roman. **Um olhar...** p.

³⁴⁶Idem.

³⁴⁷Idem.

Pautado na superação da discussão, importante em seu tempo, de sistemas processual e de verdade, resta claro que deve-se debater como, e de que forma, deve ser produzida a prova, sempre tendo em mente que uma decisão judicial deve ser legitimada pelo procedimento respeitoso aos direitos fundamentais do acusado, que poderá servir como última barreira à implantação de um sistema repressivo que visa estigmatizar e excluir o diferente.

2.2.2 Da Prova Ilícita

Exsurge neste momento a necessidade de demonstrar o que se entende por prova ilícita e qual deverá ser seu tratamento. É importante mencionar, desde logo, que a abordagem deste item tem relação direta com o tópico anterior, pois à medida que é aceito que a decisão se legitima pelo procedimento, a falha substancial neste irá com certeza fulminar aquela, eis que fere o devido processo substancial.³⁴⁸

Nesse sentido, é garantia do acusado somente ser privado de sua liberdade após o regular trâmite do devido processo legal. Segundo TUCCI, tal axioma se concretiza por meio da constitucionalidade da lei posta, pela atuação procedimental do Estado-juiz e pela paridade de armas entre as partes processuais.³⁴⁹

Dessa forma, são corolários do devido processo legal a garantia da jurisdição, da presunção de inocência, do sigilo das correspondências e de comunicação,³⁵⁰ a paridade de armas e de tratamento.³⁵¹ A pergunta que se faz, neste momento, é qual será a consequência para o descumprimento dessas garantias por parte do Estado?

A resposta para esta questão vem sendo construída ao longo da história dos sistemas jurídicos ocidentais. Nos Estados Unidos, em 1886, no *case Boyd v. United States*, houve pela primeira vez a decretação da ilicitude de uma prova produzida em desacordo com as normas constitucionais no processo penal.³⁵² Contudo, a

³⁴⁸ ROSA, Alexandre Morais. **Guia...** p. 187-187.

³⁴⁹ TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 61-64..

³⁵⁰ Tema já abordada no primeiro capítulo

³⁵¹ TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 69-73

³⁵² Nesse caso em um procedimento onde se desconfiava de falsificação de documentos para sonegar taxas aduaneiras, o Judiciário determinou que os réus apresentassem livros fiscais. Estes se negaram sob o argumento que a Quarta Emenda que proíbe apreensões e busca por provas feitas de maneira desproporcional. O Tribunal considerou que ofendia a Quinta Emenda, pois tratava-se de

regra de exclusão só veio a partir do *case Weeks v. United States*, julgado em 1914.³⁵³ Desta sorte, a teoria da prova ilícita e do fruto da árvore envenenada origina-se na *common law*.³⁵⁴

Em terras brasileiras a discussão acerca da admissibilidade da prova ilícita não é novidade. Em um primeiro momento, sob o pretexto da incessante busca da verdade real, todas as provas produzidas eram admitidas pelo Estado. O fundamento para isso era o de que a colheita de provas em desacordo com o ordenamento não era ética e deveria ser criminalmente sancionada. Todavia, em razão da separação entre direito material e processual, a prova deveria ser aceita.³⁵⁵

Com a promulgação da Constituição de 1988 essa discussão foi superada, pois há previsão da vedação de provas ilícitas, motivo pelo qual estas são inadmissíveis. Resta, agora, conceituá-la e demonstrar seu regime jurídico na legislação.³⁵⁶

A atividade probatória no processo penal poderá ofender alguns direitos fundamentais, tais como intimidade, honra, privacidade, inviolabilidade de domicílio, dentre outros. Tais violações podem se dar pelo procedimento de prova, ou pelos resultados.³⁵⁷

A reforma processual de 2008 inseriu no Código de Processo Penal artigo que trata especificamente da prova ilegal.³⁵⁸ Esta é gênero das quais decorrem duas espécies. A prova ilegítima é aquela produzida em desconformidade com a norma processual. Noutro giro, a prova ilícita é aquela que é produzida em

procedimento criminal. Disponível em <http://www.casebriefs.com/blog/law/criminal-procedure/criminal-procedure-keyed-to-i-srael/investigation-by-subpeona/boyd-v-united-states/2/>.

³⁵³ Weeks foi preso em seu escritório por um policial em São Francisco. Sem mandado este policial vasculhou o escritório e a casa do réu encontrando provas de que este mandava bilhetes de loteria por meio dos correios, o que era proibido na época. Weeks foi a Corte requerendo que estes documentos comprobatórios fossem excluídos do processo ou desconsiderados no julgamento. A Suprema Corte determinou o desentranhamento das provas dos autos e fixou que nenhuma corte federal poderia se valer de provas ilícitas para condenar o réu. Disponível em: http://www.phschool.com/atschool/ss_web_codes/supreme_court_cases/weeks.html

³⁵⁴ CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. **As provas Obtidas por meios ilícitos e a Reforma Processual**. In: FIDES: Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade. Natal, 2010, vol. 1. P. 50-54.

³⁵⁵ Ibidem, p. 56-57

³⁵⁶ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. Op. cit., p. 344.

³⁵⁷ Ibidem, p. 345.

³⁵⁸ Digno de nota que essa diferenciação não deve servir para admitir qualquer uma das provas, pois o seu destino deve ser a exclusão dos autos processuais. ROSA, Alexandre de Morais. **Guia...** p. 186-187.

desconformidade com o Direito Material, seja ele constitucional ou previsto em lei.
359

Embora não se desconheça a importância das discussões versando sobre as provas ilegítimas ao presente estudo interessa sobremaneira as provas ilícitas.

No que tange à admissibilidade das provas ilícitas existem três correntes principais. A primeira defende que, nada obstante haja ofensa aos direitos do imputado, as provas devem ser aceitas para a resolução do caso penal. Possíveis cometimentos de delitos e de ilícitos civis devem ser apurados em outro processo.³⁶⁰

É de se assinalar a evidente conexão que tal teoria tem com a famigerada “busca da verdade real”. Veja-se que a ausência de limites para a atividade probatória estatal faz com que haja uma total insegurança jurídica e negação dos direitos fundamentais do imputado.

A segunda teoria faz uma interpretação literal dos dispositivos que não admitem as provas ilícitas no processo penal. Dessa forma nem acusação nem defesa podem carrear aos autos elementos probatórios que foram obtidos ao arripio das normas vigentes.³⁶¹

Por fim, tem-se a teoria que aceita as provas ilícitas fazendo um juízo de proporcionalidade entre os interesses em jogo. De um lado coloca-se a segurança pública – como se fosse um interesse da sociedade – e de outro colocam-se os direitos fundamentais do imputado.³⁶²

Parece ter maior vinculação a um Estado Democrático de Direito a teoria que aceita a prova ilícita em favor do réu. Isto porque haveria uma exclusão da ilicitude na medida em que o imputado age amparado pelo seu direito de liberdade, ou seja, é inadmissível condenar um inocente por fugir a qualquer noção que se tenha de justiça.

Como já asseverado com o advento da Carta de 1988, que explicitamente proíbe a valoração da prova ilícita, não há mais razão para a discussão acerca da valoração da prova ilícita em desfavor do imputado. Contudo, a partir deste momento discutiu-se acerca da valoração das provas derivadas da ilícita.³⁶³

³⁵⁹ LOPES JÚNIOR. Aury. Op. cit., 593-594.

³⁶⁰ Idem, p 595-596.

³⁶¹ Idem.

³⁶² Idem.

³⁶³ CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. Op. cit., p. 54

As provas ilícitas por derivação são aquelas que apesar da regularidade da sua formação – respeitando direitos materiais e normas processuais – só puderam ser obtidas em virtude de uma prova ilícita que a antecedeu. Dessa maneira existe uma relação de causalidade entre esta e aquela.

Em um primeiro momento o Supremo Tribunal Federal decidiu por não estender os efeitos da ilicitude da prova antecedente para a prova consequente.³⁶⁴ Todavia, não demorou muito para que a inclinação da Corte se alterasse adotando a teoria dos frutos da árvore envenenada, desta sorte reconhecendo a chamada prova ilícita por derivação.³⁶⁵

Com a reforma parcial do Código de Processo Penal, ocorrida em 2008, houve a regulamentação legislativa da matéria em apreço. É de se ressaltar que a partir de então vieram regras para que certas provas produzidas por derivação daquelas que foram obtidas ao arripio e desrespeito do direito material, e asseverasse que inúmeras vezes direitos fundamentais, possam ser aproveitadas para a resolução do caso penal

Dessa forma, quando a prova puder ter sido produzida de forma independente da ilícita que a antecedeu poderá ser objeto de valoração na sentença penal. É oportuno ressaltar que, em que pese o Código de Processo Penal denomine esta teoria como a da fonte independente, a teoria que foi adotada é a da descoberta inevitável.³⁶⁶

Neste momento cumpre trazer à baila as advertências de Clara Maria Roman BORGES de que a legislação infraconstitucional ponderou algo que não poderia. Isto porque a vedação de provas ilícitas teria como natureza ser uma regra e não um princípio. Ademais, ao juiz, para aceitar a prova ilícita, caberia apenas um exercício argumentativo.³⁶⁷

Adquire especial importância a observação feita pela processualista curitibana acima citada, eis que em um processo que busca a celeridade e pautado em um discurso de eficácia da exclusão é possível, ao magistrado, lançar mão do expediente retórico – aqui na concepção pejorativa do termo – para validar provas que não poderiam ser levadas a efeito.. Veja-se como exemplo a própria

³⁶⁴ Para maiores detalhes consultar Ação Penal 307-3 de Relatoria do Ministro Ilmar Galvão.

³⁶⁵ CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. Op. cit., p. 54

³⁶⁶ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. Op. cit., p. 361-364

³⁶⁷ BORGES, Clara Maria Roman. **As atuais...** p. 213-214.

argumentação tecida pelo Supremo Tribunal Federal para validar interceptações telefônicas que perduraram por períodos extensos. Sob o argumento da segurança pública, em um uso equivocado da proporcionalidade, torna lícitas provas que deveriam ser consideradas ilícitas e, portanto, excluídas do processo.

A reforma em tela também perdeu uma grande oportunidade de não permitir que o juiz que teve acesso às provas ilícitas prolate a sentença. O Poder Legislativo aprovou a inserção do §4º no artigo 157 que previa tal medida. Ocorre que sob a já conhecida bandeira da celeridade processual o Presidente da República vetou o dispositivo em comento.

Para Marco Bruno Miranda CLEMENTINO, tal medida foi acertada, pois o juiz é um profissional tecnicamente preparado que irá saber excluir de sua decisão as provas produzidas em desconformidade com o direito. Afirma ainda que pelo fato da decisão dever ser fundamentada (Art. 93, IX CF) o magistrado não conseguirá lançar mão da valoração das provas ilícitas, mesmo que haja o intenso desejo disso.

368

Todavia não parece ser este o melhor entendimento, pois uma vez que teve acesso à “verdade dos fatos” nada o impedirá de silenciosamente utilizar a prova ilícita para condenar o imputado.³⁶⁹ Dessa forma, além de se desentranhar a prova dos autos, também deve-se desentranhar o julgador, que é um ser humano e não um computador, portanto não consegue decidir com base apenas no seu consciente.³⁷⁰

Por fim, o conceito de prova ilícita, aqui trabalhado, adquire especial importância para fins da pesquisa aqui realizada. Veja-se que uma teoria da prova arraigada no respeito aos direitos fundamentais e à formalidade pode barrar um processo penal do inimigo que se apresente na atualidade. Ademais, como ficará a frente demonstrado, com base nesses valores as sucessivas prorrogações das interceptações telefônicas devem ser consideradas como prova ilícita, sendo excluídas do processo.

³⁶⁸ CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. Op. cit., p. 55-56

³⁶⁹ BORGES, Clara Maria Roman. **As atuais...** p. 213-214.

³⁷⁰ LOPES JÚNIOR, Aury **Direito Processual Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. , p. 605-606

3 – DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS À INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.

3.1 - DA INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL.

Nos dois primeiros capítulos foram abordados respectivamente o direito fundamental à privacidade e os fundamentos que dão suporte às prorrogações sucessivas das interceptações telefônicas.

Neste derradeiro capítulo trabalhar-se-á sob a perspectiva da instrumentalidade constitucional do processo penal, os fundamentos para uma leitura do tema a partir da efetivação dos direitos fundamentais do imputado.

Para cumprir tal objetivo, em um primeiro momento se trará as principais ideias acerca do positivismo jurídico. Neste contexto histórico, ao juiz caberia aplicar a lei e quando houvesse omissão poderia lançar mão da discricionariedade.

Já no neoconstitucionalismo, para alguns constitucionalismo, o magistrado está vinculado a valores morais denominados princípios. Dessarte, havendo os chamados *hard cases* caberá ao julgador ponderar os princípios em jogo a fim de encontrar uma resposta que esteja de acordo com a moral objetiva.

Tal discussão reveste-se de especial importância nesta dissertação, eis que o artigo 5º da Lei 9.296/96 prevê que a interceptação telefônica terá duração de quinze dias, renovada por igual período, não especificando quantas vezes poderá ser adotada a medida restritiva de direito fundamental.

A escolha por um modelo de racionalidade de decisão irá certamente levar a resultados diversos.

3.1.1 - Do Positivismo Jurídico.

No que tange ao estudo do percurso histórico do Estado Europeu, FIORAVANTI ensina que se pode falar em Estado a partir do momento que existe um governo que se impõe a um território. Em breve análise sobre o seu desenvolvimento, o referido autor consigna que em um primeiro momento existe um Estado Jurisdicional. Neste modelo há um senhor e/ou uma assembleia, mas ainda

persiste a concorrência com outros ordenamentos jurídicos, não havendo o monopólio do poder de império nas mãos de um único ente.³⁷¹

Em um segundo momento existe o Absolutismo, em que, apesar do direito posto pelo Rei ser a principal fonte normativa, ainda há a coexistência de ordenamentos particulares. Dessarte, os juízes aplicavam o direito previsto nas ordenações, mas em suas lacunas eram autorizados a lançar mão do direito local, ou seja, do direito particular. Esta situação persistiu até a Revolução Francesa.³⁷²

O Estado de Direito, como era tradicionalmente conhecido, nasce a partir do conceito de soberania e está pautado na ideia de que apenas um ente que representa a vontade de todos está legitimado a estabelecer as regras de convivência social, ou seja, de criar o direito posto com exclusividade e sem concorrência de qualquer outro sujeito.³⁷³

O direito posto adquire a forma da lei,³⁷⁴ existe, portanto, o império do Poder Legislativo, que, em tese, representa a vontade popular. Note-se que a partir desse momento é possível se falar em soberania. Tal conceito assenta-se na vontade geral da nação, que deve inclusive limitar a atividade do Estado-juiz.³⁷⁵

Digno de se consignar que a Constituição neste modelo estatal está posta em lugar de destaque, ou seja, no ápice do ordenamento jurídico, e não anseia apenas fixar regras do jogo, ou seja, regras de competência, mas almeja principalmente colocar-se como fonte para determinação da ordem social e modelo econômico.³⁷⁶

Todavia, em virtude do mito rousseuniano da vontade geral do povo, que se exprime por meio da lei posta, a força normativa da Constituição restou enfraquecida por uma tensão desta com a lei. Nesse sentido é possível afirmar que no interregno temporal compreendido entre o século XIX até meados do século XX houve um estado legalista, no qual os ditames constitucionais careciam de tenacidade suficiente para que engendrassem direitos subjetivos aos cidadãos.³⁷⁷

³⁷¹ FIORAVANTE, Maurizio. **El Estado Moderno em Europa**: Instituciones y Derecho. Madrid: Trotta, 2004.p. 12-18

³⁷².Ibidem. p. 18-23

³⁷³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Ductil**. Trotta: Madrid, 2007. p. 21-24.

³⁷⁴ Que limita o poder soberano e estabelece direitos subjetivos.

³⁷⁵ FIORAVANTI, Maurizio. Op. Cit., p. 25-28.

³⁷⁶SANCHIS, Luiz Prieto. /Neoconstitucionalismo y Ponderacion Judicial. In: CARBONEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)** Madrid: Trotta, 2003. p. 125-129.

³⁷⁷ Idem.

No que concerne ao período histórico supracitado, é salutar assinalar que o Estado de Direito busca um modelo de legislação formal, abstrata e racional, rompendo com paradigmas teocráticos e de principados patrimonialistas. Em outras palavras, busca-se uma justiça formal e não material secularizando-se o direito.³⁷⁸

Nesse contexto, a codificação moderna almeja romper com a justiça principesca de caráter patriarcal ou estamental. As classes até então preteridas pelo sistema jurídico – burguesia e camponeses – que envidam esforços para um novo modelo social e econômico – pleiteiam que o direito posto seja racional e abstrato. Esta racionalidade se dá por meio da previsibilidade e da segurança jurídica.³⁷⁹

A codificação – previsão de um sistema jurídico lógico, formal, abstrato e que se aplique a todos – deve ser exaustiva e, desta sorte, regular todos os casos possíveis. A interpretação do magistrado e a utilização de outras fontes do direito são meramente toleradas na medida em que a lei ainda não regulamentou a situação em questão.³⁸⁰ Lícito, dessarte, concluir que no sistema jurídico moderno a lei, e principalmente o código, é levada a um papel de imensa importância, imprimindo, assim, a racionalidade jurídica.

Um corpo de regras bem consolidadas, como foi o Código Napoleônico de 1804, faz com que a atividade dos juristas seja de meros glosadores e de descritores das regras, ou seja, exegetas. O sucesso do modelo do *Code Francês* fez com que este se espalhasse por toda a Europa continental e pela América Latina.³⁸¹

Consequência disto é a separação entre direito e moral, a supremacia da lei como fonte do direito, tornando-se quase sinônimos. Dessa maneira não há o questionamento acerca da justiça da lei, pois, uma vez posto, o comando legal adquire o *status* de justo.³⁸²

Tais premissas do positivismo são encontradas no magistério de Hans KELSEN. O referido autor dedica o capítulo II de seu livro para conceituar a Moral e

³⁷⁸ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: Fundamentos da sociologia compreensiva, v. 2., Brasília: UNB, 2004, p. 100-105.

³⁷⁹ Ibidem, p. 120-125.

³⁸⁰ Idem.

³⁸¹ COMPARATO, Fábio Konder. Prefácio In: MULLER, Frederich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 9-10.

³⁸² POZZOLO, Suzana; Um Constitucionalismo ambíguo. In: CARGONELLI, Miguel. **Neoconstitucionalismo** Madrid: Trotta, 2003, p. 102.

distingui-la do Direito. Veja-se que ambas são mandamentos para o comportamento humano, o que *prima facie* os diferencia é o fato de que neste o descumprimento de uma regra enseja uma sanção organizada, ao passo de que a inobservância de uma regra moral gera apenas a desaprovação social.³⁸³

Prosseguindo em seu raciocínio, KELSEN afirma que em virtude de não existir uma dita “moral absoluta”, válida em todos os tempos e territórios, não há como se fazer uma relação entre o conteúdo do direito posto com o conteúdo de um valor moral, ou seja, não existe como se mensurar a justiça de um sistema jurídico. Nessa toada, o direito posto torna-se moral apenas pelo fato de estar positivado, independente do conteúdo normativo.³⁸⁴

Sustentando tal lógica KELSEN arremata sua distinção entre Direito e Moral – e por conseguinte Justiça –, afirmando que um sistema jurídico pode perfeitamente ser válido independentemente de estar, ou não, a corroborar um sistema moral. Conclui lecionando que o objeto da ciência jurídica é descrever a regra e sua validade e não o de verificar sua conformidade com ditames morais, desta sorte uma norma tida como “injusta” pode perfeitamente ser válida e aplicável.³⁸⁵

Para os positivistas a regra jurídica não se pautava na aceitação, mas em sua validade.³⁸⁶ Ou seja, a conformidade de sua produção com os ditames já estabelecidos em uma regra secundária.³⁸⁷ Existia apenas uma regra que necessitava de aceitação da comunidade, qual seja a regra de reconhecimento, todavia a aceitação dizia respeito às práticas estatais e não a um sentimento moral.³⁸⁸

³⁸³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 44-45.

³⁸⁴ “Por tal forma pois, não se aceita de modo algum a teoria de que o Direito, por essência, represente um mínimo moral, que uma ordem coercitiva, para poder ser considerada como Direito, tem de satisfazer uma exigência moral mínima. Com esta exigência, na verdade, pressupõe-se uma Moral absoluta, determinada quanto ao conteúdo, ou então, um conteúdo comum a todos sistemas de Moral positiva. Do exposto resulta que o que aqui se designa como valor jurídico não é um mínimo moral neste sentido, e especialmente que o valor de paz não representa um elemento essencial ao conceito de Direito.” Ibidem,, p. 47

³⁸⁵ Ibidem, p 48-49

³⁸⁶ Os positivistas tentaram assemelhar a ciência do direito a outras ciências sociais e naturais, desta forma não cabia ao jurista fazer qualquer juízo valorativo acerca da lei posta. Era sua função apenas verificar se fora posta de forma válida. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Icone, 1005, p. 135-136.

³⁸⁷ Para os positivistas existia uma diferença entre regras secundárias e primárias. Estas estabeleciam condutas, enquanto aquelas fixavam as formas e procedimentos de serem criadas as regras primárias.

³⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Taking...**, 2002. p. 32-34

Embora MULLER faça essa análise para o Estado Democrático de Direito, o que ainda não se tem neste momento histórico, é de se consignar que o ordenamento jurídico pode ser legitimado à medida que o povo não se revolta contra ele e o aceita tacitamente. Nesse sentido o povo torna-se uma espécie de instância de legitimação global.³⁸⁹

Insta aqui ressaltar que o paradigma positivista perdurou até meados do Século XX no sistema romano-germânico, eis que apesar dos Estados terem uma Constituição, esta não passava de uma “carta de intenções” meramente política que não gerava direitos aos cidadãos. A lei posta pelo parlamento também não representava a vontade geral – como consignado alhures – pois o voto era censitário e exclusivamente masculino.³⁹⁰

Cria-se, portanto, um aparato burocrático, pautado em um estatuto, que tem por objetivo a pacificação social e o monopólio do exercício legítimo da força.³⁹¹ Como asseverado por WEBER, essa espécie de dominação não se encontra consubstanciada na vontade de um senhor, mas, ao revés, está assentada na racionalidade e na existência de regras abstratas que são levadas a cabo por um corpo administrativo. Em outras palavras, um ente orgânico que busca a “pacificação social” em nome de um “bem comum”.

Ocorre que tal discurso pautado na legalidade e na neutralidade tem o condão de escamotear que esta estrutura personificada está a serviço de uma determinada classe e de interesses por ela almejados. Como ensina ARENDT o governo pautado na burocracia é a pior forma de tirania, eis que formado por diversos órgãos que apenas cumprem a vontade racional da lei, ou seja, não existe pessoa a ser responsabilizada pelo exercício da força, é o chamado “domínio de ninguém”.³⁹²

Nessa quadra se evidencia a importância ideológica das premissas do Estado de Direito, pois a classe em ascensão – burguesia – cria todo um aparelho

³⁸⁹ MULLER, Frederich. Op., cit., p. 59-61

³⁹⁰ SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional**: os dois lados da moeda. Disponível em: /<[http://fabioshecaira.wikispaces.com/file/view/ART.+Sarmiento +Ubiquidade+Constitucional.pdf](http://fabioshecaira.wikispaces.com/file/view/ART.+Sarmiento+Ubiquidade+Constitucional.pdf)> consulta em 20 de setembro de 2014.

³⁹¹ WEBER, Max. Op. cit., p. 197.

³⁹² ARENDT, Hannah. **Da violência**. s.l.: s.e. 2004.. p. 23-24. Disponível em WWW. Sabotagem.revolt.org. Acesso em 06 de setembro de 2014..

para tutelar seus interesses e, para legitimá-lo, cria um discurso pretensamente neutro, impondo um projeto unitário e descartando-se a pluralidade e a democracia.

Entretanto, de nada adiantaria todo um aparato legislativo seguindo os anseios da burguesia se o Poder Judiciário fosse livre para aplicar o Direito. Nesse momento, no sistema da *civil law* torna-se preciso limitar os poderes do juiz.

Assim sendo, em um primeiro momento nega-se o poder de interpretar a lei, aos magistrados cabia apenas aplicá-la de forma mecânica. Na França, por exemplo, havendo dúvidas sobre o sentido da lei, deveria o juiz submeter a questão a um órgão vinculado ao Poder Legislativo.³⁹³

Em outro momento os juízes passaram a interpretar a lei, tal interpretação tinha como principal objetivo buscar o seu sentido deduzindo de um ditame geral e abstrato com comando a ser aplicado no caso concreto.³⁹⁴

É de se notar que o poder criativo do Direito pelo magistrado, por meio da interpretação autentica é admitido por parte de Hans KELSEN. Contudo, o aplicador do direito deveria se restringir aos limites traçados pela lei positiva.³⁹⁵

Dessa forma cabia ao intérprete ou delimitar qual sentido – dentre vários possíveis – pode ser dado à lei que possui indeterminações voluntárias ou involuntárias, ou, ainda, resolver situações de aparente conflito normativo.³⁹⁶

Cumprindo ainda mencionar que quando determinada situação não se subsumia a uma regra posta em conformidade com o processo legislativo, não se estaria diante de uma questão de direito, mas, ao revés, de política. Dessarte, cabia a uma autoridade política, por meio da discricionariedade, através de seu discernimento pessoal, buscar a solução a ser dada.³⁹⁷

Noutro giro, FERRAJOLI, apesar de reconhecer que o positivismo jurídico poderá dar azo a um sistema penal autoritário, afirma em sua obra que o processo penal tem duas funções. A primeira de cognição do fato em tese desviante e a segunda de reconhecimento do direito. Nessa quadra leciona que deve haver uma

³⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação entre as jurisdições da *civil law* e da *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2014.

³⁹⁴ KELSEN, Hans. Op. Cit., p. 245.

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 247-252

³⁹⁶ *Idem*.

³⁹⁷ DWORKIN, Ronald. Op. Cit., p. 28

necessária cisão entre Direito e Moral.³⁹⁸ Tal divisão – como já consignado alhures – é um dos postulados do juspositivismo.

O referido autor, ao prosseguir em suas lições, afirma que são pressupostos para a existência de um sistema autoritário: a confusão entre direito, moral e natureza, o decisionismo judicial quanto aos fatos e quanto ao direito e, por fim, a busca da mitológica “verdade real”.³⁹⁹

Cotejando tais conceitos com o direito pátrio é possível concluir que até a promulgação da Constituição de 1988 vigia uma cultura legalista, ao magistrado cabia aplicar as disposições do código sem nenhuma perquirição acerca da justiça ou não da norma a ser aplicada. Cabia-lhe apenas buscar uma das interpretações que coubessem dentro da tela normativa.

Trazendo tais premissas para o processo penal constitucional, pode-se afirmar que hodiernamente existe, ainda, uma crise nas fontes do direito. Alguns magistrados dão maior eficácia a normas infraconstitucionais e, ao invés de interpretá-las sob a ótica constitucional, analisam os valores constitucionais sob a ótica da legalidade.⁴⁰⁰

Tal fato adquire proporções indesejáveis, posto que o aumento dos movimentos de lei e ordem e de maniqueísmo penal se espraiam para o Poder Legislativo. Nessa senda, a legislação penal e processual posta pelos órgãos competentes a cada dia é mais rigorosa e afronta os Direitos Fundamentais dos imputados. Questões como prisão preventiva obrigatória nos crimes de tóxicos, delação premiada nas organizações criminosas, interceptações telefônicas e escutas ambientais são apenas exemplos e recrudescimento do sistema penal pátrio.⁴⁰¹

Na esfera jurisprudencial o modelo positivista dá ensejo a interpretações autoritárias, seria possível simplesmente aplicar uma prisão preventiva obrigatória pelo fato desta estar prevista em lei, ou, ainda, simplesmente autorizar interceptações telefônicas renováveis indefinidamente pelo fato de que os contornos que a legislação que rege a matéria assim o permite, ou pelo simples uso da

³⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 29-33.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 34-38

⁴⁰⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. Op. cit., P. 64-72.

⁴⁰¹ *Idem*..

discricionariedade do magistrado em questões de política de segurança pública, protegendo os cidadãos de bem daqueles que merecem a ira punitiva do Estado.

Nesse diapasão é salutar encerrar o presente item com as advertências de Maurício Zanoide de MORAIS que afirma que o modelo positivista aplicado para o processo penal engendra perseguições, legitimando violências e abusos do Estado em face da população. E é exatamente isso que ocorre no que tange às decisões de prorrogações das interceptações telefônicas por inúmeras vezes.⁴⁰²

3.1.2 Do Neoconstitucionalismo.

Antes de enfrentar o tema aqui proposto é salutar avisar ao leitor que não se pode falar em um único “neoconstitucionalismo”, pois há uma pluralidade de teorias que se enquadram neste conceito. Todavia estas estão preocupadas em romper com uma lógica de aplicação do direito que esteja pautada na mera subsunção do fato concreto à lei.⁴⁰³

O neoconstitucionalismo supera a visão de que as regras são a fonte por excelência do direito, o que relegava aos princípios uma mera função de colmatar lacunas.⁴⁰⁴

Nessa toada os princípios deixam de ser meros conselhos éticos e morais, que em nada vinculavam o legislador, para se tornarem valores fundantes do ordenamento jurídico com normatividade incontestada. Em síntese, deixam de ser o “tapa buracos” do ordenamento jurídico.⁴⁰⁵

Isto posto, é ponto convergente que se busca a maior aplicação da Constituição Federal⁴⁰⁶ e de seus valores alçados à dignidade de princípios. Tal

⁴⁰² MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para decisões judiciais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 175.

⁴⁰³ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo” entre a “Ciência do Direito” e o Direito da Ciência: In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, n. 17, jan/fev/mar 2009. Disponível em [HTTP www.direitodoestado.com.br/rede.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp). acesso em 10 de setembro de 2014.. p. 187-188

⁴⁰⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit., . p. 116-118

⁴⁰⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito Constitucional**: Anotações Nucleares. Curitiba: Juruá, 2008. p. 98-99.

⁴⁰⁶ Nas lições de Daniel SARMEINTO a teoria das fontes do direito inerente ao neoconstitucionalismo faz com que a Constituição assuma o papel central do ordenamento jurídico substituindo de sorte os códigos. SARMIENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e

providência faz com que se transborde a mera subsunção para que se dê especial atenção aos métodos de ponderação. Dessarte, o legiscentrismo perde sua tenacidade e, com isso, o protagonismo deixa de estar nas mãos do Poder Legislativo e passa ao Poder Judiciário.⁴⁰⁷

Nesse sentido, Robert ALEXY abre sua obra acerca da teoria da argumentação jurídica, afirma que atualmente aplicar o direito não é mais uma operação lógica de subsunção. Isso ocorre em virtude da linguagem jurídica ser deveras aberta, fazendo com que possa haver conflitos entre normas, situações ainda não previstas em leis ou mesmo impor uma decisão em contrariedade com a lei.⁴⁰⁸

O fenômeno do neoconstitucionalismo que se deu na Europa no período pós-guerras⁴⁰⁹ veio a ocorrer no Brasil apenas após a promulgação da Constituição de 1988, com a superação dos tempos da ditadura militar – que durou vinte e quatro anos –, momento em que vigia um ordenamento jurídico com *déficit* de legitimidade. Isto porque para certas ocasiões havia o ordenamento constitucional formal com garantias liberais e para outras a legislação de segurança nacional.⁴¹⁰

Buscava-se no período ditatorial um modelo de economia desenvolvimentista, pautada no capitalismo.⁴¹¹ E todos aqueles que se erguiam em face destes ideais eram tachados de subversivos e para estes eram reservados os rigores da lei de exceção.

Para pôr um ponto final no regime ditatorial, em 1986 houve a convocação da Assembleia Nacional Constituinte – expressão do poder constituinte originário – que atuando sem limites estabeleceu um regime democrático e com um extenso rol de Direitos Fundamentais.⁴¹²

Dessa forma a Constituição Cidadã – como ficou conhecida a Carta de 1988 – veio para pôr fim a este odioso regime. Trouxe, em seu bojo, respostas para o passado - como a proibição da tortura e das penas cruéis – e valores para o futuro –

possibilidades. In: **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileiro, teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 233-272. p. 233-235.

⁴⁰⁷ Idem.

⁴⁰⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação...** . p. 17-18.

⁴⁰⁹ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 187-188..

⁴¹⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. **Constitucionalização do Direito no contexto da Constituição de 1988**. Prolo. p. 46-49

⁴¹¹ Idem.

⁴¹² SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade ...**, p. 123.

como o valor social do trabalho, a livre iniciativa, a busca por uma sociedade justa e sem preconceitos, a dignidade da pessoa humana e a erradicação da pobreza, entre outros.⁴¹³

Todavia, houve discursos conservadores que negavam a normatividade da Carta Política brasileira. Para afastar as vozes retrogradadas, setores acadêmicos levantaram a bandeira da efetividade constitucional. Em um segundo momento – após a força normativa da Constituição ser aceita – teve que se criar uma dogmática capaz de enfrentar os principais problemas advindos da inexistência de uma teoria do direito capaz de resolver assuntos como limitação de direitos fundamentais, ponderação, proporcionalidade entre outros.⁴¹⁴

Muitos desses novos problemas da teoria do direito brasileiro devem-se ao fato de que a Carta de 1988 é um sistema de regras e princípios. A diferença entre tais instrumentos normativos não reside em sua generalidade, mas no fato de que os princípios são mandamentos de otimização que, como já asseverado acima, não comportam uma aplicação por mera subsunção⁴¹⁵ – pressuposto de uma teoria positivista – mas devem ser aplicados mediante proporcionalidade e ponderação fazendo-se justiça no caso concreto.⁴¹⁶

Dessa forma, na aplicação dos princípios o interprete poderá efetivá-los em diferentes graus de satisfação, dependendo das circunstâncias fáticas e jurídicas atinentes ao caso concreto. O ideal seria que os princípios sempre fossem concretizados em seu grau máximo, porém em uma ordem constitucional pluralista isto não ocorre, em especial nos casos difíceis.⁴¹⁷

Dessa sorte se apresente uma nova problemática na aplicação do direito, eis que existe uma diferença lógica entre princípios e regras. Enquanto nestas vige a lógica do tudo ou nada e de seu enunciado derivam direitos e obrigações relativamente claros, naqueles é possível se atribuir, em situações concretas, pesos diferentes a cada princípio conflitante, dando maior relevo a um em detrimento de outro. Isto em hipótese alguma significa que o princípio não aplicado será declarado inválido. Ademais, os enunciados dos princípios são semanticamente, e

⁴¹³ SCHIER, Paulo Ricardo. **Constitucionalização...**, p. 46-49.

⁴¹⁴ Idem.x'

⁴¹⁵ Ao contrário das regras os princípios não têm natureza de ser absoluta podendo ser restringido em casos concretos. Ou seja, sua aplicação vai depender de circunstancias fáticas.

⁴¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos...** p. 109-114.

⁴¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais...** p. 46.

propositalmente, abertos, o que não permite afirmar de imediato qual a consequência jurídica de sua aplicação, isto demanda uma nova forma de aplicar o direito.⁴¹⁸

O estudo da aplicabilidade dos princípios adquire especial relevo no Estado Constitucional de Direito, pelo fato de que os Direitos Fundamentais, que vinculam a atuação estatal, estão contemplados na forma de princípios. E é notório que a Constituição brasileira traz em seu corpo um extenso rol de Direitos Fundamentais aplicáveis de forma imediata e vinculante.⁴¹⁹

Para que se dê a almejada efetividade à Constituição faz-se mister lançar mão de princípios interpretativos que terão como principal função nortear a atividade do julgador. Nessa toada a doutrina brasileira consagra de maneira quase uníssona os seguintes axiomas (i) unidade da Constituição; (ii) efeito integrador; (iii) máxima efetividade; (iv) conformidade funcional; (v) concordância prática; (vi) força normativa da Constituição e (vii) interpretação conforme a Constituição.⁴²⁰

Tais princípios são “importados” do Manual de Direito Constitucional Alemão de autoria de Konhad Hesse. É de se asseverar que tal obra não tem grandes repercussões em território germânico. Todavia, a doutrina pátria os utiliza almejando criar um método interpretativo autônomo em relação ao direito privado e, portanto, tentando superar o atraso de vinte anos da prática constitucional brasileira em relação à Europa.⁴²¹

Virgílio Afonso da SILVA critica tais princípios sustentando que estes não têm o condão de ser considerados novos e romperem com uma visão clássica da interpretação do ordenamento jurídico. Ademais aponta contradições internas na aplicação destes axiomas. É salutar trazer aqui, de forma perfunctória, os argumentos do aludido constitucionalista.⁴²²

No que concerne à unidade da Constituição, SILVA aponta que existem duas formas de conceituá-la. A primeira é a inexistência da hierarquia formal e material das disposições constitucionais. Tal assertiva é facilmente fulminada pela

⁴¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Taking....*, p. 43-45.

⁴¹⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. *Constitucionalização*, p. 46-49.

⁴²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional e sincretismo metodológico*. In: *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 119-121.

⁴²¹ Idem.

⁴²² Idem.

existência de cláusulas pétreas e pela preponderância dos Direitos Fundamentais.
423

Outra visão acerca deste princípio é a que assevera que a Carta Magna não pode ser interpretada de forma isolada, ou seja, deve-se buscar na hermenêutica constitucional a efetividade do todo. Segundo o autor, não há nenhum problema nessa afirmação, entretanto esta não consiste em um cânone interpretativo novo e exclusivamente constitucional, revela-se na verdade na já conhecida interpretação sistemática. Assinale-se que nos mesmos problemas incorre o princípio do efeito integrador da Constituição.⁴²⁴

A concordância prática, por sua vez, busca a menor afetação dos Direitos Fundamentais no caso concreto, ou seja, seu objetivo é muito próximo da proporcionalidade. Todavia não possui um método estruturado para tal e nega, de forma peremptória, a possibilidade de sopesamento de princípios.⁴²⁵

A conformidade funcional tem caráter anacrônico e preconiza que ao Poder Judiciário é vedada a interferência em questões políticas, agindo apenas como legislador negativo. É cristalino que tal axioma está pautado na estrita separação das funções tributárias e contemporâneas da Revolução Francesa. Tal concepção faria sentido em uma Constituição liberal, onde apenas estão consagrados os Direitos Fundamentais de defesa, porém são inaplicáveis no Brasil, que tem uma Constituição Dirigente.⁴²⁶

Quanto à máxima efetividade e a força normativa da Constituição, é digno de nota que se enquadram perfeitamente à referida concordância prática, portanto passíveis das mesmas críticas. Já a interpretação conforme é uma técnica de interpretação do ordenamento infraconstitucional e não da Constituição.⁴²⁷

Em virtude deste equivocado uso dos princípios para interpretação constitucional, e de determinados métodos, há de se buscar uma teoria constitucional adequada para a efetivação da Constituição brasileira. Dessarte,

⁴²³ Ibidem, p. 122-127.

⁴²⁴ Ibidem, p. . 130.

⁴²⁵ Ibidem, p. 128-129.

⁴²⁶ Idem.

⁴²⁷ Ibidem, p. 131-133.

buscando o seu conteúdo material e demonstrando qual o papel da jurisdição constitucional pátria.⁴²⁸

Superada a exclusividade da subsunção como método de aplicação do direito, em especial do Direito Constitucional, há de se buscar uma racionalidade que evite o decisionismo judicial. Em outros termos, deve-se trazer segurança jurídica para o cidadão que intenta planejar sua vida de modo a que este não seja surpreendido por decisões arbitrárias, e que estejam pautadas meramente nas pré-compreensões dos magistrados.⁴²⁹

O desafio, neste ponto, reside na normatividade dos princípios, que, como já consignado alhures, não têm o condão de determinar de imediato qual a forma concreta de se agir.⁴³⁰

Dessa feita, o intérprete, superando a ideia positivista de neutralidade e de absoluta separação entre sujeito cognoscente e objeto do conhecimento, adquire especial importância na aplicação do direito. Para dar concretude aos enunciados semanticamente abertos e, em virtude de uma Constituição plural, por vezes colidentes entre si. Nesse contexto, novos expedientes serão trazidos para a teoria da interpretação jurídica, como a ponderação. Todavia, para que não se caia na vontade livre do intérprete, necessário se faz um controle da racionalidade da decisão que se dá por meio da argumentação que a fundamenta.⁴³¹

Nesse momento é salutar afastar algumas críticas que são feitas à ponderação. Tais óbices à utilização deste método consistem nas afirmações de que abre considerável margem para o subjetivismo, fere o princípio democrático, da separação de poderes e da legalidade, e, por fim, engendra insegurança jurídica. Estas afirmações podem ser de plano refutadas, desde que se leve a efeito que a ponderação só pode ser utilizada para a aplicação de princípios e desde que não exista lei posta que esteja de acordo com os ditames constitucionais.⁴³²

É preciso deixar evidenciado que em um contexto neoconstitucionalista as técnicas tradicionais de resolução de antinomias – critérios da especialidade, hierarquia e temporal – bem como os métodos de interpretação –

⁴²⁸ Ibidem, p. 139-143

⁴²⁹ SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade** ... p. 42-44

⁴³⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo método**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 310-311

⁴³¹ Idem.

⁴³² AVILLA Humberto. .Op. Cit., . 192-194

teleológico,histórico dentre outros – continuam a ter sua importância, eis que ordinariamente a fonte para se resolver as questões fáceis que se apresentam cotidianamente ao Estado são regras com conteúdos precisos e que podem ser perfeitamente submetidas a um processo de subsunção.⁴³³⁴³⁴

A ponderação, portanto, será utilizada “como uma técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”.⁴³⁵

Não se pode deslembrar que a aplicação da ponderação faz com que seja “criada” uma norma para a sua aplicação no caso concreto. Nesse ínterim é forçoso se tomar alguns cuidados metodológicos para que se evite o decisionismo judicial, pois já que a subjetividade é inafastável no processo de aplicação do direito, deve-se expurgar de forma peremptória a arbitrariedade.

A teoria da argumentação apresenta-se para a resolução deste problema, pois em conformidade com seus postulados a decisão judicial deve buscar uma fundamentação racional, a qual seja pautada pela correção. Ademais, quanto maior e mais robusta for esta fundamentação, maior será a probabilidade dos afetados por ela entenderem os motivos pelos quais suas pretensões foram, ou não, atendidas pelo Estado-juiz. Ou seja, há maior racionalidade no processo de decisão.⁴³⁶

Dessa forma, ao tomar uma decisão escorada na ponderação, deve o magistrado vislumbrar os seguintes requisitos: (i) evidenciar a razão de se utilizar um princípio em detrimento, ou enfraquecimento, de outro; (ii) quais foram os critérios utilizados para se definir o peso de cada princípios; (iii) o caminho pelo qual se comprovou o grau de realização e de afetação dos princípios em jogo; (iv) a comensurabilidade entre princípios e métodos utilizados e (v) os fatos do caso em apreço que foram levados a efeito para a ponderação.⁴³⁷

Em outros termos, uma vez que a decisão do Poder Judiciário deve estar ancorada em axiomas democráticos, é ônus argumentativo do prolator da decisão fundamentá-la e justificá-la. Por fundamentação entende-se a correlação com

⁴³³ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.p. 23-35

⁴³⁴ Robert ALEXY entende que quando se aplica a legislação com base em silogismos, com pretensão a universalidade há a chamada justificação interna. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação...** p. 218.

⁴³⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. p. 38.

⁴³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação.** p. 213.

⁴³⁷ AVILLA, Humberto.Op. cit., ,p.196.

dispositivos contemplados no ordenamento jurídico. Já a justificação é entendida como a demonstração pormenorizada dos “porquês” das escolhas que dão sustentação à decisão judicial.⁴³⁸

Nesse momento há de se enfrentar um problema diverso. Uma vez que a ponderação é realizada, em regra, pelo Poder Judiciário, e que no Brasil existe um sistema de controle de constitucionalidade misto,⁴³⁹ em que há uma Corte Constitucional que concomitantemente com os demais juízes aferem a constitucionalidade das leis e aplicam os ditames constitucionais no caso concreto, como se deve operar para que não haja verdadeira pluralidade de decisões contraditórias nos casos difíceis?⁴⁴⁰

Nessa esteira é evidenciada a extrema importância dos precedentes judiciais. As decisões judiciais devem ser aplicadas aos casos semelhantes, isto traz racionalidade, previsibilidade e segurança jurídica para o sistema jurídico. E, por conseguinte, quem pretende aplicar um precedente em um caso concreto sofre uma considerável redução em seu ônus argumentativo.⁴⁴¹

É de se asseverar que na aplicação do direito, tendo como referencial argumentativo os precedentes, os magistrados não devem estar apenas fixados na parte dispositiva das decisões, mas, ao contrário, no *ratio decidendi*, aplicando-as aos demais casos semelhantes.⁴⁴²

Assinale-se que a observação dos precedentes não se revela em si um engessamento do ordenamento jurídico, pois estes sempre podem ser superados. Contudo, haverá maior ônus argumentativo para quem desejar romper com as posições consolidadas, devendo dialogar com a *ratio decidendi* consagrada e demonstrar sua superação ou inaplicabilidade.⁴⁴³

⁴³⁸ BARCELLOS, Ana Paula. Op. Cit., p. 42-49.

⁴³⁹ RUTHES, Igor Fernando. As prisões cautelares obrigatórias e a integridade do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem a partir do controle difuso de constitucionalidade. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOMES, Eduardo Biacchi; SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) **Coleção Direitos Fundamentais e Sociais na visão constitucional brasileira**. Tomo IV. Curitiba: Memória, 2014. p. 101.

⁴⁴⁰ Pois, como bem é apontado os casos difíceis são aqueles que são apresentadas mais de uma decisão possível para resolve-los. E ambas podem ser justificadas com premissas do ordenamento jurídico pátrio.

⁴⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação...** p. 250.

⁴⁴² RUTHES, Igor Fernando. Op. cit., p. 107.

⁴⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação...**, p. 259.

Uma vez demonstrada a racionalidade do neoconstitucionalismo e a improcedência das críticas que afirmam que a ponderação – método de resolução de antinomias e de concretização dos Direitos Fundamentais – abre espaços para decisões arbitrárias e fulmina a segurança jurídica, torna-se imperioso demonstrar a instrumentalidade constitucional do processo penal o que se fará a partir desse momento.

3.1.3 – Instrumentalidade Constitucional do Processo Penal.

Como já assentado acima com o fenômeno do neoconstitucionalismo, a Constituição Federal espraia sua normatividade por todos os ramos do Direito. E não seria diferente no que tange ao Direito Processual Penal.⁴⁴⁴

Na América Latina no período da ditadura militar houve uma cultura governamental de desrespeito aos direitos mais básicos do cidadão, razão pela qual com a promulgação da Constituição de 1988 os Direitos Fundamentais passaram a ocupar posição de destaque e norteadora da interpretação de todo o sistema jurídico pátrio.⁴⁴⁵

Dessa forma, torna-se essencial trazer à baila a ideia de que o legislador – e por conseguinte o magistrado – deve respeitar os Direitos Fundamentais de todos os cidadãos. Contudo, como se sabe, tais direitos podem ser restringidos, razão pela qual deve haver um núcleo essencial destes que se torna intangível aos representantes do Estado.⁴⁴⁶

Tendo como norte a nova configuração constitucional, o sistema romano germânico não pode mais ter como figura central do seu ordenamento jurídico o Código Civil para os homens de bem e o Código Penal para aqueles que são considerados os delinquentes. Já é hora de trazer os valores contidos na Carta Magna para tutelar todos os ramos do direito.⁴⁴⁷

No que tange ao processo penal, tal providência não poderia ser diferente, até porque o Código de Processo Penal brasileiro possui eminente viés autoritário e

⁴⁴⁴ SARMENTO, Daniel. /**Ubiquidade...**, p. 115-116.

⁴⁴⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: Fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira.** São Paulo: Saraiva, 2014. p. 129-131.

⁴⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais...**, p. 24-26.

⁴⁴⁷ SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade...**, p. 117.

portanto deve ser submetido a uma filtragem constitucional. E a nova legislação acerca de questões do sistema punitivo é contaminada pelos meios de comunicação que pregam o desrespeito aos direitos mais básicos dos imputados.

Da vinculação entre Constituição, Democracia, Direitos Fundamentais e Processo Penal chega-se à ideia de preponderância de princípios constitucionais como a liberdade e o devido processo legal, que devem incidir sobre a persecução penal.⁴⁴⁸

Nessa toada, no Estado Democrático Constitucional de Direito, a ação estatal deve estar pautada pelas regras postas inspiradas na vontade popular. Contudo, como ensina HABERMAS, a lei, em que pese possa limitar os direitos subjetivos, só adquire legitimidade através da verdade consensual. Em outras palavras, por meio da discussão onde todos os envolvidos estejam representados.⁴⁴⁹

Ocorre que na feitura da legislação penal, e mais especificamente para este estudo, da processual penal, os meios de comunicação têm efetiva participação, criando uma sensação de insegurança na população. Dessa forma, cria-se a ilusão de que o combate à criminalidade deve ser eficiente e, por isso, não se deve respeitar os Direitos Fundamentais daqueles que são rotulados como criminosos perigosos à sociedade.⁴⁵⁰

Dessa forma, o Poder Legislativo guiado pela opinião popular – arregimentada pela imprensa⁴⁵¹ – e por interesses eleitoreiros - cria regras persecutórias em desacordo com os Direitos Fundamentais. Todavia essas regras são aplicadas de forma seletiva, ou seja, em grande parte para aqueles que são vulneráveis e se enquadram nos estereótipos difundidos pela mídia.⁴⁵² Em outras palavras, a minoria – desviantes selecionados pelo aparelho repressor do Estado – não participa da formação da vontade estatal.⁴⁵³

⁴⁴⁸ PRADO, Geraldo. Op. cit., p. a

⁴⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre faticidade e validade. V. 1. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 2007. p.

⁴⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca...** p. 126-128.

⁴⁵¹ Noam CHOMSKY ensina que o capitalismo se vale dos meios de comunicação para criar uma “realidade” a fim de se conseguir o consentimento das massas nos projetos neoliberais. Tal fato pode perfeitamente ser aplicado no que tange ao sistema penal, pois a imprensa cria a necessidade de segurança pública e legitima falsamente o sistema punitivo. CHOMSKY, Noam. **O Lucro ou as Pessoas.** São Paulo: Bertrand, 2002. p. 24-37.

⁴⁵² Zaffaroni, Eugenio Raúl. **O Em busca...** p. 26-28.

⁴⁵³ SAMENTO, Daniel. **Ubiquidade...** p. 127-131

Nesse momento se mostra indispensável a jurisdição constitucional no que diz respeito ao processo penal, eis que a decisão por ela tomada não encontra sua legitimidade na “vontade da maioria”, mas na sua conformidade com valores morais objetivos que se encontram plasmados nos Direitos Fundamentais contemplados na Constituição Federal.⁴⁵⁴

Nessa perspectiva é lícito concluir que o ativismo judicial em sede de processo penal significa a leitura moral das regras e princípios atinentes ao processo e dando a merecida efetividade aos Direitos Fundamentais do imputado na persecução penal. Contudo, tal atividade judicial não pode dar azo a um decisionismo sem o respaldo necessário, ou seja, há de se imprimir uma racionalidade nas decisões proferidas.

Em virtude da abertura do sistema proporcionado pela Constituição composta por regras e princípios pode o magistrado, no momento de aplicar o direito, dar sentido conforme a Carta Magna à regra sem que para isso seja necessário alterar a letra da lei.⁴⁵⁵ Esta técnica interpretativa é de extrema importância para atualizar a legislação processual penal, dando-lhe contornos compatíveis com o Estado Constitucional de Direito.

Calha aqui mencionar que, em virtude das características do Estado Constitucional de Direito e do neoconstitucionalismo, as ideias garantistas de FERRAJOLI restam superadas. Isto porque o autor italiano traz uma teoria semântica para a norma penal e processual penal, tentando maximizar a clareza da lei penal.⁴⁵⁶

O problema da teoria garantista não reside nesta limitação, mas em aceitar que na falta de clareza e de objetividade da norma penal, ou processual, abre-se margem de discricionariedade para o magistrado.⁴⁵⁷

No atual modelo de Direito, as decisões judiciais, quando da abertura da norma (regras e princípios), não devem ser consideradas como um ato de vontade do intérprete. Ao revés, deve ser entendida como uma concretização de valores

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 138.

⁴⁵⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento de neoconstitucionalismo. In: **Revista de Direito do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia. n. 04 Out/Nov 2005. Disponível em www.direitodoestado.com.br Acesso em 06 set 2014.

⁴⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 96-101.

⁴⁵⁷ *Idem*.

morais e de Direitos Fundamentais⁴⁵⁸ sujeitos ao controle democrático por meio dos argumentos expostos.

Deve, portanto, o operador e o estudioso do direito sempre ter em mente que o processo penal é o meio necessário para que o Estado exerça seu poder de punir. Dessarte, torna-se a arena privilegiada para que o cidadão exerça seus direitos e garantias fundamentais em face da violência estatal. Em síntese, o rito processual só se legitima pela observação da máxima eficácia dos Direitos Fundamentais do acusado.⁴⁵⁹

Dessa forma é lícito concluir que na formação da vontade estatal no que tange às normas a serem aplicadas em sede de Processo Penal o intérprete não encontra o menor amparo para exercer seus arbítrios de forma discricionária.

Deve, ao contrário, efetivar, mesmo quando diante de um caso difícil, ao máximo as garantias constitucionais do imputado, que é a parte vulnerável no processo que se apresenta. Precisa, ainda, efetivar valores como presunção de inocência, devido processo legal, liberdade, privacidade e intimidade dentre tantos outros que estão elencados e contemplados no sistema jurídico-constitucional pátrio. sempre demonstrando argumentativamente em suas decisões quais os caminhos que o levou a dar interpretação ao texto e a tomar determinada decisão.

No que concerne às prorrogações de interceptações telefônicas, o operador do direito, ao se deparar com a redação constante no Artigo 5º da Lei 9.296/95, que prevê que a medida terá duração de quinze dias renováveis por igual período, não pode entender a abertura normativa como uma autorização para haver inúmeras e ilimitadas prorrogações. Isto em virtude de que, sob a ótica aqui apresentada, não existe espaço para esta interpretação discricionária, eis que deve-se levar a efeito todo o arcabouço de Direitos Fundamentais que regem o tema.

3.2 - DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Luigi FERRAJOLI leciona que o princípio em tela é consequência da reserva de jurisdição, ou seja, a culpa do acusado só será formada após o regular trâmite

⁴⁵⁸PINTO, Ana Cláudia de Bastos. **Para além do garantismo**: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 115.

⁴⁵⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. Op. cit., . p. 88-90.

processual em juízo. Apesar de ser uma conquista civilizatória, a sua aplicabilidade nem sempre foi – e como será visto até hoje não é – unânime na seara jurídica e social.⁴⁶⁰

Com sua gênese em Roma durante a idade média foi praticamente descartado, eis que o acusado era segregado cautelarmente para garantir a aplicação da sanção que, em regra, era corporal.⁴⁶¹ Voltou a ser considerado como um valor estruturante do Estado na modernidade.⁴⁶²

Apenas a título exemplificativo, no século XVI BECCARIA defendia que as condenações deveriam ser pautadas em provas robustas e trazia um teorema para a apreciação destas. Sustentava, ainda, que as pessoas presas e processadas que viessem a ter sua inocência reconhecida não deveriam sofrer mácula alguma em sua imagem, ao contrário, deveriam ser prestigiadas tal qual acontecia na Roma Antiga⁴⁶³.

Todavia, há de se mencionar que a história, no que tange ao princípio da presunção de inocência, não foi linear. O processualista italiano Vincenzo MANZINI, na primeira metade do século passado, afirmava que o reconhecimento da presunção de inocência seria algo ilógico no sistema jurídico.⁴⁶⁴

O aludido processualista fundamenta sua posição acerca do tema pautado na ideia de que o processo penal serve para concretizar a pretensão punitiva estatal e não para afirmar a inocência e a moralidade do acusado.⁴⁶⁵ Ademais, o Ministério Público quando acusava não o fazia por vontade própria, mas pela existência de suficientes indícios do cometimento da infração penal por parte do acusado.⁴⁶⁶

Consequência lógica desta afirmação é que na maioria das vezes o acusado era condenado, sendo, portanto, a sentença absolutória uma exceção. De outro

⁴⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 441.

⁴⁶¹ Hodiernamente, como já visto, as prisões cautelares servem para segregar os indesejáveis, só os argumentos de garantia da ordem pública antecipa-se os efeitos de uma condenação e vende-se a ideia de eficientismo penal, o que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

⁴⁶² FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 441.

⁴⁶³ BECCARIA, Cesare. Op. cit., p.

⁴⁶⁴ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Tomo I. Buenos Aires: El Foro, 1949. p.254.

⁴⁶⁵ Para MANZINI o processo penal vai tutelar simultaneamente o interesse na segurança pública e a liberdade individual do acusado, com preponderância da primeira sobre a segunda. *Ibidem*, p. 250.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, O. 250-255.

vértice, pelo prisma aqui traçado não poderia o acusado ser tratado como se inocente fosse, deveria ser tido como culpado.⁴⁶⁷

Trazendo esta inclusão para o ordenamento jurídico pátrio, durante os anos de chumbo da ditadura militar o princípio em voga foi simplesmente ignorado pelos tribunais. Nessa época a caça aos "inimigos" e "subversivos" era feita por meio de um sistema informal que forçava desaparecimentos, detia para averiguações, e forjavam suicídios.⁴⁶⁸

Contudo, na primeira metade da década de 80, com a efervescência de movimentos democráticos, apoiados por setores da elite descontentes com a ditadura e a crise econômica que assolava o país, que culminou na abertura política por meio da revogação do bipartidarismo e na lei de anistia, o Tribunal Federal de Recursos por meio de decisões de seus ministros passou a trazer de novo como razão de decidir o princípio em tela.⁴⁶⁹

Cumprе asseverar que o entendimento da abrangência deste princípio foi estabelecido pelo extinto Tribunal. Antes da ditadura, a aplicabilidade da presunção de inocência se dava apenas como um critério de cognição da prova que se resumia no axioma "na dúvida em favor do réu". A partir da nova concepção do Tribunal Federal de Recursos, o princípio em comento passou a proibir prisões cautelares não fundamentadas, ou seja, aquelas prisões pautadas apenas em virtude de imputações de crimes graves, isto é, a regra passaria a ser a liberdade e não a segregação cautelar.⁴⁷⁰ Digno de se trazer à baila é que o Supremo Tribunal Federal, naquela época, sequer tratava da presunção de inocência.⁴⁷¹

Após várias discussões acerca do tema, e apesar de alguns constituintes serem contra a consagração do princípio em estudo na Carta Constitucional,⁴⁷² a presunção de inocência fora reconhecida como direito fundamental do homem.⁴⁷³

⁴⁶⁸ CAMARGO, Monica Ovinski. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e liberdade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 200-201.

⁴⁶⁹ Ibidem, p. 215-220.

⁴⁷⁰ O Supremo Tribunal Federal tem considerado que a previsão legal de prisões obrigatórias pela gravidade do crime imputado fere o princípio da presunção de inocência. Veja-se, por exemplo, a questão da previsão legal da prisão cautelar obrigatória para os acusados de crimes de tráfico ilícito de entorpecentes. RUTHES, Igor Fernando. Op. cit., p. 98-108.

⁴⁷¹ CAMARGO, Monica Ovinski. Op. cit., p. 221-226.

⁴⁷² Entendiam como sendo um privilégio ao "criminoso", também se preocupavam pela possibilidade de não mais ser permitido a prisão cautelar. Ibidem p. 234-236.

⁴⁷³ Ibidem, p. 241.

Conforme os ensinamentos de MORAES o princípio em voga é corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, devido processo legal e igualdade, dessarte deve ser a lente pela qual todo o sistema processual penal é lido.⁴⁷⁴

A redação do dispositivo consagra que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença condenatória. Dessa forma, aplica-se tal norma a todos os homens e mulheres que mesmo transitoriamente estejam em território brasileiro. De outra banda, tendo em vista o binômio culpado/inocente, o comando normativo que se extrai do texto é o de que enquanto não houver uma decisão proferida albergado pelo manto da coisa julgada material o acusado será sempre inocente.^{475 476}

É interessante ressaltar que este tratamento deve ser dado a todos os acusados sem que haja qualquer fator jurídico ou fático que justifique constitucionalmente um tratamento desigual. Nem maus antecedentes e tampouco a gravidade do delito imputado podem engendrar um tratamento que ofenda ao princípio em exame.⁴⁷⁷

Outro ponto que merece ser aqui tratado também é contemplado em documentos internacionais de Direitos Humanos. Veja-se, por exemplo, que já na Declaração de Direitos do Homem de 1789 havia sua previsão. Mais recentemente foi positivada na Carta das Nações Unidas em seu art. XI.⁴⁷⁸

Insta neste momento demonstrar quais as consequências que a consagração deste princípio devem gerar no processo penal e, em especial, a importância deste para a pesquisa aqui realizada.

A primeira consequência lógica da adoção da presunção de inocência é a de que este princípio deve ser o norte de qualquer sistema processual que se pretenda democrático.⁴⁷⁹ É oportuno ressaltar que juntamente com o devido processo legal – que também tem amparo constitucional – só permitem a condenação de alguém mediante um rito processual que efetive os direitos fundamentais do imputado. Ou

⁴⁷⁴ MORAES, Mauricio Zanoide de. Op. cit., p. 221-222.

⁴⁷⁵ CAMARGO, Monica Ovinski. Op. cit., p. 240-246.

⁴⁷⁶ Nesse mesmo sentido Gustavo BADARÓ leciona que tentar apontar diferenças entre a presunção de inocência e a não-culpabilidade (texto da Constituição) é improdente, eis que são semanticamente iguais e devem ter a mesma consequência. BADARÓ, Gustavo. Op. cit., p. 23.

⁴⁷⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional** 3 ed. rev., atual e ampliada. São Paulo> Revista dos Tribunais, 2002. p. 45-46

⁴⁷⁸ TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 324-325.

⁴⁷⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. Op. cit., p. 235.

seja, a observação destes afastará um processo penal pautado na famigerada eficácia punitiva.⁴⁸⁰

A adoção destes princípios engendra o dever de tratamento do acusado como inocente. Trata-se nos ensinamentos de TUCCI de mandamento para que o Estado-juíz trate o acusado como inocente e que, não havendo conjunto probatório sólido, deverá absolver o imputado.⁴⁸¹

Ao tratar o acusado como inocente, o magistrado deve assumir uma postura negativa. Em outras palavras, ao juiz torna-se vedado realizar devassas na vida pessoal do acusado.⁴⁸² Todas as provas devem ser produzidas em conformidade com o devido processo penal, e, principalmente, pautada no respeito aos direitos fundamentais do acusado.

Nesse momento, lícito concluir que se levado a efeito nas decisões de prorrogação de interceptações telefônicas o princípio da presunção de inocência teria o condão de limitar o tempo da restrição ao direito à vida privada, pois se a pessoa é considerada inocente, não existe motivo suficiente para monitorá-la por tempo excessivo.

Noutro vértice, o princípio em tela serve como regra para a distribuição do ônus probatório e para apreciação da prova produzida. O ônus da comprovação do fato é totalmente de quem acusa, não é admissível se falar em provar a inocência, o que deve ser provado é a culpabilidade. O acusado é inocente até que se prove o contrário, e não se trata de qualquer prova, deve ser uma prova que faça com que não parem dúvidas, ou seja, que convença firmemente o magistrado.⁴⁸³⁴⁸⁴

Neste momento, é imperioso fazer uma conexão entre o princípio em tela e alguns tópicos trabalhados em criminologia. Nas palavras de ZAFFARONI, o crime não se trata de uma exceção na sociedade atual, e sim de uma regra.⁴⁸⁵

Dessa forma, se todos que cometessem condutas tidas como crime fossem encarcerados ou submetidos às engrenagens do direito penal, não haveria cidadão que não estaria preso ou seria considerado de maus antecedentes.^{486 487}

⁴⁸⁰ CARVALHO, Monica Ovinski. Op. cit., p. 247-248.

⁴⁸¹ TUCCI, Rogério Lauria. Op cit., p. 325.

⁴⁸² LOES JÚNIOR, Aury. Op cit., 237.

⁴⁸³ BADARÓ, Gustavo. Op cit., p. 24.

⁴⁸⁴ LOPES JÚNIOR, Aury Op. cit., p. 238.

⁴⁸⁵ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **Em busca...** p. 25-28

⁴⁸⁶ Idem..

Nessa perspectiva, a presunção de inocência, a vida privada e o devido processo legal ganham especial relevo como formas de barrar o sistema repressivo neoliberal que busca nas camadas mais débeis da população a sua clientela, e legitima seu discurso punindo inimigos, não pobres, das classes dominantes.

Por derradeiro, é imperioso consignar que em virtude da cultura que vige no sistema jurídico e também na sociedade brasileira o princípio em comento ainda não foi totalmente implementado.

Os discursos de eficácia punitivista que são difundidos pela mídia e perfeitamente assimilados por um processo penal do espetáculo fazem com que o encarceramento provisório seja a regra em crimes considerados graves com o odioso discurso de garantia da ordem pública.

Bem de ver que pautado nas lições de Clara Maria Roman BORGES,⁴⁸⁸ o processo, não buscando mais qualquer tipo de verdade, dá amparo para que não se precise mais romper a presunção de inocência, mas que se negocie uma sanção independentemente de estar a se tratar de um inocente ou de um culpado.

Ainda lícito concluir que em razão da eficiência probatória das interceptações telefônicas nada mais fácil para motivar uma condenação, ou ainda, uma barganha pela delação premiada, do que prorrogar por diversas vezes essa medida cautelar sem nenhum limite temporal e, depois, trazer ao conhecimento da imprensa os diálogos para fins de demonstrar uma resposta estatal.

Ademais, o princípio em voga é a todo momento ferido pelos órgãos de repressão. Veja-se o uso inadequado de algemas, a exposição excessiva de acusados na imprensa, que os rotula como culpados, dentre outras sistemáticas violações que são inaceitáveis em um Estado que se pretenda Democrático.

Infelizmente as observações de BECCARIA feitas nos idos do século XVI ainda são atuais, pois "os nossos costumes e as nossas leis retardatárias estão bem longe das luzes dos povos. Ainda estamos dominados pelos preconceitos bárbaros que nos legaram nossos avós, os bárbaros caçadores do norte".⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças etc. fossem concretamente criminalizadas praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes criminalizado. *Ibidem*, p. 25.

⁴⁸⁸ BORGES, Clara Maria Roman. **Um olhar**. p.

⁴⁸⁹ BECCARIA, Cesare. *Op. cit.*, p.

3.3 O CONTEUDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como já visto acima, a proporcionalidade é atualmente utilizada para a aplicação dos direitos fundamentais pelos Tribunais pátrios⁴⁹⁰. Todavia, a aplicação desta regra pode esvaziar o conteúdo de vários, senão todos, os Direitos Fundamentais. Desta sorte, para que se evite este indesejável resultado, utiliza-se do conceito de núcleo essencial dos direitos fundamentais.⁴⁹¹

Em constituições da Europa, o princípio do conteúdo essencial se encontra expressamente previsto. Tem-se como exemplo a Lei Fundamental alemã⁴⁹², a Constituição portuguesa⁴⁹³ e espanhola.⁴⁹⁴ Apesar de não constar expressamente na Carta brasileira, sua existência é plenamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, que o cita em algumas de suas decisões. Ademais, a positivação de tal cláusula tem efeitos meramente declaratórios e não constitutivos.⁴⁹⁵

É oportuno, mesmo que de maneira breve, mencionar que o a proteção ao conteúdo mínimo dos direitos fundamentais foi esboçada na Constituição alemã de 1919. Contudo, esta cláusula tinha como principal mister tentar conter o esvaziamento dos direitos fundamentais por parte do legislador, que em nome de sua supremacia, própria do positivismo, dispunha como bem entendesse de tais direitos.⁴⁹⁶

No que tange ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, estes podem ser analisados sob dois prismas. O primeiro, de matriz objetiva, considera-o como algo que não pode ser restringido em virtude de afetar um todo social. O jaez subjetivo, por seu turno, defende que as situações devem ser vistas do ponto de vista individual.⁴⁹⁷

⁴⁹⁰ DIMOULES, Dimitri. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 173.

⁴⁹¹ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 359-361.

⁴⁹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos...** p.

⁴⁹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almerinda, 2003. p. 461.

⁴⁹⁴ BOROWSKI, Martin. Op. cit., p. 97.

⁴⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 413.

⁴⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 242.

⁴⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito...** p. 184-185.

A teoria objetiva entende que os direitos fundamentais são instituições,⁴⁹⁸ a sua adoção desta teoria faz com que a resolução de problemas pareça mais fácil, pois o que se deve evitar é que o direito fundamental seja eliminado para todos, ou pelo menos para uma grande parcela da comunidade.⁴⁹⁹

Dessa forma, nas lições de Gilmar Ferreira MENDES, não se preocupa em tutelar uma situação individual, mas uma instituição que consiste em um direito fundamental⁵⁰⁰. Veja-se que, segundo esta vertente, no caso de sucessivas prorrogações em uma medida de interceptação telefônica não haveria qualquer ofensa ao Direito Fundamental à vida privada e à presunção de inocência, pois para a maioria da comunidade estes direitos continuariam a ser reconhecidos.

Noutro vértice, tem-se a teoria subjetiva, segundo a qual os direitos fundamentais seriam violados no caso concreto de maneira singular.⁵⁰¹ Essa teoria faz a relação entre direitos fundamentais e direitos subjetivos.⁵⁰² Portanto, vai se descobrir se houve ou não a ofensa a um direito fundamental no caso concreto por meio da relação jurídica entre Estado e indivíduo.⁵⁰³

Por fim, na esteira do que ensinam MENDES e BOROWSKI, as teorias objetivas e subjetivas não são incompatíveis e podem ser utilizadas de maneira complementar.^{504 505}

Aborda-se nesse instante o ponto mais relevante acerca do conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais, isto é, qual é a amplitude de sua proteção, quais são as condutas por ele tuteladas. Para isso, pode-se adotar a teoria absoluta ou a relativa.

As teorias absolutas têm sustentado a existência de um núcleo inviolável do direito fundamental. Esta teoria pode ser mutável ou imutável.⁵⁰⁶ O grande problema

⁴⁹⁸ BOROWSKI, Martin. Op. cit., p. 97-98.

⁴⁹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos...** p. 296-297.

⁵⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., 242-243.

⁵⁰¹ Idem.

⁵⁰² BOROWSKI, Martin. Op. cit., p. 97-98

⁵⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 412-413.

⁵⁰⁴ BOROWSKI, Martin. Op. cit., p. 98.

⁵⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 242-243.

⁵⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos...** p. 297

aqui é tal qual a teoria do suporte fático restrito, de se saber quais são as condutas que gozam desta proteção.⁵⁰⁷

Ademais, traz uma especial dificuldade esta teoria pelo fato de que se deve estabelecer o conteúdo do direito fundamental em abstrato, ou seja, um conteúdo que irá ter validade para todas as situações, independentemente de quais variáveis e interesses estejam em conflito.⁵⁰⁸

Nesse sentido, SCHLINK e PIEROTH ensinam que, em virtude do conceito de dignidade da pessoa humana, existe um núcleo intocável dos direitos fundamentais, que sua restrição consistirá em violação.⁵⁰⁹

Este conteúdo indisponível pode ser mutável ou imutável. No primeiro, o conteúdo vai se atualizado com o tempo, podendo haver um incremento ou uma redução no rol de situações assim protegidas. Já no segundo existe um núcleo fixo que não se altera com o tempo nem com as mudanças sociais.⁵¹⁰

No que tange às afirmações de PIEROTH e SCHLINK acima consignadas, Virgílio Afonso da SILVA refuta a utilização da dignidade da pessoa humana como critério para se determinar o núcleo essencial dos direitos fundamentais.⁵¹¹

Segundo ensinamentos do referido constitucionalista, aceitar que todos os direitos têm como núcleo mínimo a dignidade da pessoa humana traz dois problemas. O primeiro é o fato de que em uma análise mais criteriosa poderia se afirmar que poderiam se reduzir e restringir todos os direitos fundamentais até que se chegue somente à dignidade da pessoa humana. A consequência em comento não é desejável para o sistema jurídico.⁵¹²

Noutro giro, poderia acontecer a hipertrofia do uso de dignidade da pessoa humana. Veja-se que por sua conceituação ampla⁵¹³ várias situações podem ser argumentativamente a ele vinculadas. Dessa forma, haveria duas consequências indesejáveis. A primeira é sobrecarregar a jurisdição constitucional e a segunda é

⁵⁰⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito...** p. 186-188

⁵⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 248.

⁵⁰⁹ PIEROTH, Bado; SCHLINK, Bernharrd. Op. cit., p. 123-126.

⁵¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito...** p. 189-191.

⁵¹¹ Ibidem, p. 190-196

⁵¹² Idem

⁵¹³ Nesta pesquisa em específico assumiu o conceito de dignidade da pessoa humana trabalhado por KANT, para maiores detalhes ver primeiro capítulo.

que se tudo está fundamentado na dignidade da pessoa humana qualquer ato pode ter o condão de violá-la, ou seja, haverá uma banalização do conceito.⁵¹⁴

Prosseguindo nas lições de Virgílio Afonso da SILVA, é de se mencionar que o autor faz duas advertências acerca de seu raciocínio, a primeira é a de que não se pode negar a miséria no Brasil que com certeza fere a dignidade da pessoa humana. Contudo, a grande maioria dos casos que se apresentam ao Supremo Tribunal Federal utilizando-se desta argumentação dizem respeito a assuntos sem relevância social. Outra advertência é a de que não se pode deslembrar que no Brasil a atividade de investigação criminal e persecução penal viola de forma endêmica a dignidade da pessoa humana.⁵¹⁵

Por fim, há de se asseverar que, em conformidade com os ensinamentos de Robert ALEXY, o Tribunal Constitucional alemão, por vezes, utiliza deste conceito, como por exemplo, em decisões como a que afirmou a vedação da realização de gravações ilícitas. Nesse sentido, há de se levar a efeito um núcleo essencial dos Direitos Fundamentais, isso independentemente do interesse público que a eles se contraponha.⁵¹⁶

De outra banda existem as teorias relativas, segundo as quais não é possível se definir *a priori* um núcleo essencial dos direitos fundamentais. Desta feita, este será definido no caso concreto por meio do sopesamento.⁵¹⁷

Neste diapasão o conteúdo essencial de um direito fundamental é definido no caso concreto através da utilização da máxima da proporcionalidade. O núcleo essencial se constrói por meio de uma racionalidade argumentativa levando a efeito os princípios e políticas em jogo.⁵¹⁸

Dessa feita, pela busca de harmonização entre meios e fins busca-se a justificativa adequada para se pontuar quais direitos fundamentais serão restringidos e quais serão tutelados.⁵¹⁹

Ocorre que da aplicação desta teoria, por vezes, o direito fundamental pode restar totalmente suprimido, ou seja, não trazer nenhuma eficácia no caso concreto.

⁵¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito...** p. 190-196.

⁵¹⁵ Ibidem, p. 194.

⁵¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos...** p. 296.

⁵¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos...** p. 195-199.

⁵¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos...** p. 299.

⁵¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 244.

Veja-se, como exemplo, o caso das interceptações telefônicas durante o tempo de sua execução o direito à vida privada do investigado será totalmente restringido. Não há como selecionar quais conversas serão captadas e quais não. Ademais, restringe o direito de terceiros que entram em contato com o investigado, ou ainda, são mencionados nas conversas referidas.⁵²⁰

Nada obstante, haver esta total restrição segundo Virgílio Afonso da SILVA desde que respeitados os critérios da proporcionalidade, bem como haja justificação razoável, não estaria a se ofender o conteúdo essencial do direito fundamental restringido.⁵²¹

Digno de se asseverar que para o aludido constitucionalista o método da proporcionalidade bem aplicado já traz em si a garantia de um núcleo essencial dos direitos fundamentais.⁵²²

Para evidenciar as distinções entre a teoria absoluta e a relativa, Robert ALEXY averba que enquanto na primeira não existem razões para restringir certos direitos fundamentais, a segunda afirma que não existem razões importantes o suficiente para tal providência.⁵²³

Nesse momento, cabe trazer à baila as ponderações tecidas por Gilmar Ferreira MENDES, pois o uso da teoria relativa pode flexibilizar um direito fundamental de tal modo que não reste nada de seu conteúdo.⁵²⁴

Na mesma toada J. J. CANOTILHO afirma que para que haja a eficácia de um conteúdo mínimo dos direitos fundamentais faz-se necessário que este não provenha apenas da ponderação/proporcionalidade, mas que exista certo conteúdo que esteja imune a este processo.⁵²⁵

Nesse momento, é salutar trazer os ensinamentos de Dimitri DIMOULIS, segundo os quais os direitos fundamentais são garantias do indivíduo em face do Estado, que age em nome da coletividade. Nesse sentido, não se pode esvaziar o

⁵²⁰ SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos...** p. 199.

⁵²¹ Ibidem, p. 201.

⁵²² Ibidem, p. 202.

⁵²³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos...** p. 299.

⁵²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 245.

⁵²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 460

conteúdo de direitos fundamentais que servem como um óbice a desmandos e abuso do poder estatal.⁵²⁶

Nesse mesmo sentido, CANOTILHO leciona que para se fixar o conteúdo mínimo do direito fundamental é imprescindível buscar sua função social. Não se pode aniquilar o conteúdo dos direitos fundamentais, sob pena de os tornar imprestáveis para seus objetivos.⁵²⁷

O constitucionalista português exemplifica sua afirmação consignando que no ordenamento lusitano existe o direito fundamental à liberdade. Contudo, convive com tal direito a possibilidade de em virtude de condenação criminal se privar os indivíduos de sua liberdade.⁵²⁸

Todavia, tal privação de liberdade não pode se dar por período demasiado de tempo que inviabilize o retorno do cidadão à liberdade. Tampouco poderia haver prisão perpétua pelo fato de que não restaria qualquer resquício do direito à liberdade, ou seja, qualquer esperança do cidadão se ver livre novamente.⁵²⁹

Para solucionar tal problema, Gilmar Ferreira MENDES propõe a adoção de uma teoria eclética. Nesse sentido, postula que os direitos fundamentais teriam um núcleo mínimo afetado pela proporcionalidade. Entretanto, a proporcionalidade não pode ser reduzida a um critério econômico de adequação entre meios e fins. Deve, ao contrário, buscar harmonizar com o direito fundamental afetado.⁵³⁰

Neste momento, com o arcabouço teórico já traçado, faz-se mister analisar como a noção de conteúdo essencial dos direitos fundamentais afeta o objeto da pesquisa, qual seja a possibilidade de prorrogação das interceptações telefônicas.

Notório e incontroverso no sistema constitucional brasileiro é a possibilidade de se realizar interceptações telefônicas para fins de instrução criminal. Entretanto, deve-se perguntar se existem limites temporais para que seja realizada esta medida probatório.

É verdade que durante o tempo de interceptação todas as conversas telefônicas são gravadas, restringindo por completo o direito à vida privada. Contudo

⁵²⁶ DIMOULIS, Dimitri. Op. cit., p. 169.

⁵²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 458.

⁵²⁸ Idem.

⁵²⁹ Idem.

⁵³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op cit., p. 245.

há de se perguntar como fazer o controle para que esta restrição não esvazie o direito fundamental em apreço.

A conclusão que se chega aqui é que o controle se dá pelo tempo da intervenção. Não conseguindo provas da autoria do crime investigado, deve-se cessar toda a intervenção em tempo razoável. O magistrado não tem discricionariedade para decidir quantas vezes pode ser renovada a interceptação. Deve, ao contrário, dar concretude aos princípios constitucionais e estabelecer o sigilo telefônico de modo a imperar a presunção de inocência pela não comprovação da culpa de acordo com as regras processuais.

Insta consignar que os motivos de gravidade do crime e complexidade da instrução não são hábeis para encetar uma aniquilação do direito à privacidade e fulminar a presunção de inocência. Ademais, é preciso que se supere a ideia de que ao efetivar os direitos fundamentais do imputado em sede de processo penal estará a prejudicar a sociedade como um todo. Isto porque, o desrespeito dos direitos fundamentais em relação a um cidadão durante o processo penal, deve gerar apreensão em toda a sociedade, eis que, em tese, ninguém está livre de ser alvo do sistema repressivo pátrio.⁵³¹

Nesse momento é pertinente traçar algumas linhas acerca do Projeto de Lei 156/09, que versa sobre o novo Código de Processo Penal brasileiro. No corpo do referido projeto é tratada a medida probatória aqui estudada. Ocorre que a redação do projeto, bem como das emendas sugeridas pela AJUFE⁵³² em nada avançam no assunto, trazendo inclusive retrocessos no que atina às hipóteses de cabimento.⁵³³

No que tange ao prazo, foi fixado inicialmente o prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias. Contudo, emenda ao referido projeto fixou-o em 180 (cento e oitenta) dias.⁵³⁴ É de se notar que tais prazos são fixados arbitrariamente, sem fazer referências ao caso concreto. Nessa toada, a decisão política sobre a restrição do direito fundamental carece de racionalidade.

⁵³¹ MORAES, Maurício Zanoide de.. Op. cit., p. 238-242.

⁵³² Associação dos Juizes Federais

⁵³³ SÁ, Priscila Placha. Sobre escutas telefônicas e sobre como Jack Bauer descobre os se/us segredos. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de; CARVALHO, **Luis Gustavo Grrandinetti Castanha O novo Processo Penal à luz da Constituição**. v. 2 Rio de Janeiro/. Lumen Juris, 2011. p. 85-90.

⁵³⁴ Idem.

Outro ponto a ser aqui assinalado é que nos crimes permanentes o referido projeto de lei não trouxe nenhum avanço, pois em casos de crimes permanentes a interceptação telefônica poderá ser estendida durante o tempo em que o crime se perpetre. É digno de se registrar que a AJUFE pretende que tal providência seja ampliada também para os crimes contínuos e habituais. Nessa toada torna-se evidente o posicionamento antigarantista da entidade, que inclusive foi evidenciada quando, por meio de carta ao Ministro Gilson Dipp, salientou que o grande mister de um novo Código de Processo Penal deveria ser a luta contra a impunidade e a guerra contra a criminalidade.⁵³⁵

Como se nota, a forma como está sendo operacionalizada – e como será se não houver alterações substanciais no PLS 156/2009 – dá margens ao desrespeito do núcleo essencial do direito à privacidade, ensejando verdadeiras devassas na vida privada dos investigados.

Neste momento, já se encaminhando para o fim deste trabalho, faz-se mister trazer à tona os ensinamentos de Paulo Ricardo SCHIER, que leciona que as constituições democráticas têm como principal objetivo o de limitar o poder do Estado. E isto se dá por meio dos direitos fundamentais⁵³⁶. Portanto, lícito concluir que neste ponto o núcleo essencial destes direitos assume papel relevantíssimo.

Não é sem razão que o constitucionalista aqui citado nega a existência da chamada supremacia do interesse público sobre o privado, que consiste em uma cláusula geral de restrição de direitos fundamentais.⁵³⁷ Nada obstantetal princípio diga respeito ao direito administrativo, com a devida cautela, pode ser aqui aproveitado e criticado.

Isto porque quando se autorizam interceptações telefônicas, com várias prorrogações, com fundamento na complexidade do fato investigado e na gravidade do crime, em tese, cometido, está a se dizer que em todos os casos a supremacia do interesse público (residente aqui no poder de punir) está a ter maior peso que os direitos fundamentais do investigado. O que nas lições de SCHIER é inadmissível.

⁵³⁵ Idem.

⁵³⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. **Comissões Parlamentares de Inquérito: e o conceito de fato determinado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 14-16.

⁵³⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos Direitos Fundamentais**. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 26; maio/junho/junho de 2011. p. 1-2.

A supressão do núcleo essencial do direito fundamental à privacidade aliada à consequente desconsideração da presunção de inocência enceta a realização de devassas na vida particular dos cidadãos com o fito de legitimar discursos repressivos e condenações. É sempre bom lembrar à exaustão que todos os cidadãos cometem ilícitos penais, sendo apenas a criminalização distribuída de maneira seletiva.⁵³⁸

Por fim, pautado nas lições aqui estampadas, há de se dizer que por meio da restrição sem limites do direito fundamental a intimidade e do sigilo⁵³⁹ pode-se devassar a vida dos cidadãos e encontrar elementos que deem ensejo a uma condenação criminal.

Até porque das conversas interceptadas podem ser extraídas várias interpretações, que podem dar todo o suporte fático para uma condenação, ou, ainda, para que se force uma delação premiada e que se convença a opinião popular de que é necessário sancionar alguém ou algum grupo de pessoas, que neste trabalho, convencionou se chamar de inimigos.⁵⁴⁰

⁵³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca...** p. 24-26.

⁵³⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. **Comissões...** p. 112-120.

⁵⁴⁰ MARRRAFON, Marco Aurélio. **Jurista deve entender da teoria dos signos para combater totalitarismo.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-11/jurista-entender-teoria-signos-combater-totalitarismo>

CONCLUSÃO

O direito à vida privada é um direito fundamental contemplado no Artigo 5º da Constituição Federal brasileira. Além disso, tem correspondência direta com a dignidade da pessoa humana.

Tal relação se dá à medida que o direito em estudo está intrinsecamente ligado à liberdade e ao livre desenvolvimento da personalidade. Se acaso não houvesse a proteção de um mínimo de sigilo nas atividades quotidianas do cidadão, com certeza não haveria comportamentos livres e espontâneos.

Para demonstrar quais condutas são tuteladas por este direito fundamental foi escolhida nesta dissertação a teoria do suporte fático amplo, segundo a qual todas as condutas que de alguma forma argumentativa se vinculem ao direito fundamental estão *rima facie* por ele protegida.

Nessa esteira restou claro que o sigilo das comunicações telefônicas está tutelado pelo direito fundamental à vida privada. Todavia, este direito pode ser restringido, desde que de maneira justificada. Tal justificação deve ser pautada em valores constitucionais.

É imperioso consignar que as restrições feitas aos direitos fundamentais estão limitadas, eis que devem ser feitas por meio de lei. No caso do sigilo de comunicações existe a reserva de lei qualificada. Em outras palavras, a restrição só se pode dar para fins de instrução criminal.

Ademais, a restrição deve ser proporcional. A proporcionalidade deve contemplar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Ressalte-se aqui que não existe qualquer déficit de racionalidade na decisão, e muito menos se abre qualquer espaço para o decisionismo judicial, eis que a decisão deve estar racionalmente e constitucionalmente justificada. Nessa toada, a importância da teoria da argumentação.

No ordenamento jurídico brasileiro as interceptações telefônicas foram regulamentadas por meio da Lei 9.296 de 24 de julho de 1996. No diploma estudado são traçados os requisitos autorizadores da medida probatória, bem como delineados os trâmites para a execução da referida medida.

Ocorre que a legislação que rege a matéria não foi clara o suficiente no que tange ao tempo da interceptação. Veja-se que apesar do Artigo 5º da Lei 9.296/96

prever que o prazo da medida será de 15 (quinze) dias renováveis por igual período, não especificou de forma taxativa quantas vezes pode ocorrer a renovação.

Nesse momento se estabelece o problema que foi aqui tratado. Seria possível restringir o direito fundamental à vida privada durante um período de tempo significativo? O Poder Judiciário teria discricionariedade para permitir tal fato?

Em um primeiro momento foi trazida a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. A Corte Constitucional brasileira franquia a renovação das interceptações por diversas vezes, usa como fundamento para suas decisões a gravidade dos fatos investigados e a complexidade das investigações.

Digno de se ressaltar que, segundo consulta jurisprudencial, os crimes que são investigados são em grande número crimes de tráfico de entorpecentes, bem como crimes contra a Administração Pública.

Nos Acórdãos trazidos para ilustrar a posição do Supremo Tribunal Federal há de se evidenciar a posição do Ministro Marco Aurélio, que entende que a prorrogação das interceptações só pode se dar uma vez. E dos Ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, que assentam que o tempo deve ser limitado sob pena de ingerência na vida do cidadão.

Foi trazida também posição doutrinária sobre o tema que em nada inovou os argumentos dados pelo Supremo Tribunal Federal. A partir dessas premissas foi traçada uma análise constitucional, pautada na efetividade dos direitos fundamentais, sobre o tema.

Antes da referida análise foram enfrentados os motivos elencados pelo Supremo para as sucessivas prorrogações. No que tange à gravidade do crime, foi evidenciada a relação que este conceito mantém com o direito penal do inimigo.

O discurso da segurança pública, com fulcro na ideologia da defesa social, é amplamente divulgado pela mídia. Tal fato faz com que algumas pessoas sejam consideradas indesejáveis na sociedade e denominadas como hostis e inimigas.

Estas pessoas, em regra pertencentes à ralé, são punidas em virtude de sua perigosidade. A reprimenda estatal já não busca ressocializar ou qualquer outro objetivo "nobre", mas apenas o de excluir o condenado do convívio social. É de se mencionar que o inimigo em regra é o traficante pobre e perigoso que, segundo discurso oficial, é o grande problema da sociedade.

Outro argumento utilizado para as prorrogações é a complexidade das investigações, em outros termos, a busca da verdade real. Para refutar este argumento foi necessário fazer uma pequena abordagem acerca dos sistemas históricos de processo penal demonstrando a sua superação.

Desta forma, demonstrou-se a impossibilidade de se chegar a uma verdade real que corresponda aos fatos exatamente como ocorreram. Isso se dá em virtude das limitações metodológicas e legislativas. Noutra giro também já não é mais possível falar que o processo busca a verdade formal ou qualquer outro tipo de verdade.

Hodiernamente o processo penal está pautado em valores de eficiência, e a punição deve vir o mais rápido possível. Desta sorte, busca-se a verdade consensual, prima-se por métodos como a delação premiada, transações penais e suspensão condicional do processo. Dessa forma, é superada a discussão acerca dos sistemas processuais, necessitando-se buscar novos conceitos que deem conta dos novos problemas da realidade processual em tempos neoliberais.

No que concerne à realização da interceptação telefônica e suas prorrogações sucessivas sob a ótica de um processo penal líquido, há de se asseverar que a medida é "eficiente" para resolver de forma rápida e quase sem possibilidade de defesa o caso penal.

Nesse sentido, necessário opor os direitos fundamentais dos cidadãos em face do poder punitivo estatal. O desrespeito a estas garantias deverá encetar a nulidade das provas produzidas.

No terceiro capítulo, buscou-se dar uma resposta constitucional para a problemática até então abordada. É salutar advertir ao leitor que não foi o objetivo desta pesquisa indicar um prazo razoável. O objetivo foi deveras mais singelo, qual seja demonstrar a violação aos direitos fundamentais perpetrada por estas decisões.

De início tratou-se da Escola do Positivismo Jurídico, Abordou-se seu delinear histórico e ao final ficou evidenciado que no silêncio da lei o aplicador do Direito teria discricionariedade para decidir.

Em um segundo momento passou-se ao neoconstitucionalismo. Neste novo paradigma de decisão, cabe ao julgador dar efetividade aos direitos fundamentais por meio da proporcionalidade ou, ainda, da filtragem constitucional.

A partir desse arcabouço teórico foi evidenciada a ideia da instrumentalidade constitucional do processo penal. Segundo esta linha de pensamento – a única que pode ser admitida em um Estado Constitucional de Direito – o processo penal é o *locus* privilegiado para a efetivação dos direitos fundamentais do acusado.

Pois bem, neste momento foi imperioso tratar do princípio da presunção de inocência. Valor este que deve ser o reitor de toda a persecução penal. Por óbvio deve também ser levado a efeito nos casos de prorrogações de interceptações telefônicas, pois se não foi comprovada a autoria e materialidade do delito em tempo exíguo – lembre-se de que a medida é teoricamente exceção e não regra – deverá imperar a presunção de inocência em favor do investigado.

Por fim, apesar de ser tal qual a proporcionalidade um limite aos limites e restrições dos direitos fundamentais, foi enfrentada questão do conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais. Nessa análise restou assentado que em alguns casos difíceis a restrição de um direito fundamental é tão severa que nada sobra deste direito no caso concreto.

São exemplos desta restrição as penas privativas de liberdade, e, é claro, as interceptações telefônicas, naquele caso, no sistema penal brasileiro, inexistente pena de prisão perpétua e morte. Portanto, a intervenção do Estado será determinada por um tempo certo, fixado na dosimetria da pena.

Da mesma forma deve se dar com a interceptação telefônica, eis que durante sua execução não resta qualquer sigilo às comunicações do investigado. Desta forma, há de se afirmar o conteúdo mínimo do direito fundamental à vida privada através do tempo de duração da medida.

Como visto acima, as justificações dadas pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões aqui colacionadas não resistem a uma análise crítica pautada em conceitos da criminologia crítica e nos nefastos fins do processo penal hodierno.

Nessa toada, torna-se claro que a utilização desta medida investigativa e probatória serve para criar um processo penal eficaz – no sentido de punir mais rápido – e do espetáculo – eis que as gravações são amplamente divulgadas nos meios de comunicação. Estas medidas também podem dar azo a delações premiadas e outras formas de justiça consensual, onde o que se busca é dar satisfação a uma comunidade amedrontada e sedenta por segurança e "justiça".

Em outro giro, a partir dos conceitos trazidos no terceiro capítulo, há de se dizer que não existe espaço para este processo penal pautado no discurso da eficiência no Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais do acusado devem ser respeitados e levados a efeito no maior grau possível dentro da persecução criminal.

Sendo assim, a presunção de inocência deve imperar nas decisões que analisem o pedido de prorrogação de interceptação telefônica. Não sendo provada a autoria e materialidade do crime do delito em tempo exíguo, deve cessar medida restritiva do direito à privacidade, pois o ordenamento constitucional não autoriza a presunção de culpa, e muito menos devassas na vida do cidadão.

Já que não se pode controlar o conteúdo acessado em razão das interceptações telefônicas, deve-se reafirmar o conteúdo mínimo do direito fundamental à vida privada, bem como do princípio da presunção de inocência pela impossibilidade de medidas com longa duração.

Encerra-se esse estudo com as palavras do Ministro Marco Aurélio de Melo, que em julgamento já colacionado nesta dissertação assenta que a prorrogação das interceptações telefônicas por longo espaço de tempo caracteriza bisbilhotagem na vida privada do cidadão, o que é inadmissível.

REFERÊNCIAS

- AGANBEM, Giorgio. **Estado de Exceção**. 2 ed. São Paulo: Biotempo, 2004.
- AGOSTINI, Leonardo Cesar de. **Novas dimensões do Direito Fundamental à intimidade a partir da Constituição Federal de 1988**: Uma leitura sob a perspectiva civil constitucional. Curitiba, 2009. 255f. Dissertação. Mestrado. UniBrasil
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001
- ARENDDT, Hannah. **Da violência**. s.l.: s.e. 2004.. p. 23-24. Disponível em WWW. Sabotagem.revolt.org. Acesso em: 06 set. 2014.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo” entre a “Ciência do Direito” e o Direito da Ciência: In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, n. 17, jan/fev/mar 2009. Disponível em HTTP www.direitodoestado.com.br/rede.asp. Acesso em: 10 set. 2014.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 2 ed. São Paulo> ABDR, 2014.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica y crítica Del derecho penal**: introducción a la sociologia jurídico penal. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica**: Fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo método. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Granda. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Vol. II. – Arts. 5º a 17. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 10 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos e uma história.** Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política.** Rio de Janeiro. Zahar, s. d.

_____. **Medo Líquido.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** disponível em: <http://www.abrasd.com.br/biblioteca/direito/Dos%20Delitos%20e%20das%20Penas%20-%20Cesare%20Beccaria.pdf> Acesso em: 25 out 2014.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito.** São Paulo: Icone, 1995.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico.** Lisboa: Difusão Editorial, 1989.

BORGES, Clara Maria Roman; OLIVEIRA, Vivian Von Hartwig Fernandes. **Direito penal do inimigo e a guerra contra o tráfico de drogas no Brasil.** Revista UFPR.

_____. **Um olhar para além dos sistemas processuais penais.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 104. 2013.

_____. **As atuais tendências de reforma do Código de Processo Penal e a promessa de constitucionalização e democratização do sistema processual penal vigente.** Disponível em: www.abdconst.com.br acesso em 21/10/2014.

BOROSWSKI, Martin. **La estructura dos Derechos Fundamentales.** Universidad Externada de la Colômbia, 2003.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RHC 88.371/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes; 2ª Turma, Unânime, Recorrente: Daniel Victor Iwuagwu, Recorrido: Ministério Público Federal. D. J. 14/11/2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Inq. 2.424/RJ, Relator Ministro Celso Peluso. Pleno, Maioria, Autoridade: Ministério Público Federal; Indiciados Paulo Geraldo de Oliveira Medina e Outros. Dj. 26/11/2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RHC 117265/SE. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma; Recorrente Mário Cesar Marinho de Carvalho; Recorrido: Ministério Público Federal. J. 29/10/2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 603.583/RS, Relator: Min. Marco Aurélio. Plenário, Unânime, João Antonio Volante, União e Outros, D. J. 26/10/2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, HC 70.814/SP, Relator Ministro Celso de Mello. J. 01º de Março de 1994.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Alnst. 70018683508, Relatora Maria Berenice Dias, Sétima Câmara Cível, Unânime. Partes não disponível, D. J. 28/03/2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Inq. 2.424/RJ, Relator Ministro Celso Peluso. Pleno, Maioria, Autoridade: Ministério Público Federal; Indiciados Paulo Geraldo de Oliveira Medina e Outros. Dj. 26/11/2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RHC 117265/SE. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma; Recorrente Mário Cesar Marinho de Carvalho; Recorrido: Ministério Público Federal. J. 29/10/2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 116,899/P4, Relator Mini. Marco Aurélio, Rel. para Acórdão Min. Roberto Barroso. Primeira Turma. Por maioria, Robson Pires Ribeiro, Superior Tribunal de Justiça. D. J. 11/02/2014

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RHC 115.166/SP. Relator: Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma, Unânime. Wilson Alfredo Perpétuo, Ministério Público Federal, DJ 27/05/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 115.77/PE, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Unânime, Otaviano José dos Santos, Superior Tribunal de Justiça, 13/05/2014.

BRASIL Supremo Tribunal Federal, 119.770/BA, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma Unânime, Zuleido Soares de Veras, Superior Tribunal de Justiça, D. J. 08/04/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AGR 117.734/MS, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Unânime, Gidevaldo de Souza Lima, Superior Tribunal de Justiça, D. J. 25/03/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AGR 120.234/PR, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Unânime, Rafael Montini Rodrigues Alves, Superior Tribunal de Justiça, D. J. 11/03/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RHC 108.496/RJ, Relatora: Min. Carmen Lúcia, Segunda Turma, Unânime, Antonio Porto Filho e Outros, Ministério Público Federal, D.J. 18/02/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 119.672, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Unânime, Fabiana Barbosa Martins, Superior Tribunal de Justiça, D. J. 06/05/2014.

CALLEGART. André Luiz. A expansão do direito penal: uma aproximação à tipificação do crime organizado: In STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Balzan de. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CAMARGO, Monica Ovinski. **Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e liberdade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7 ed. Coimbra: Almerinda, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal.** LOCAL: Conan, 1995.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Reformas penais em debate:** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos.** 2 ed. Buenos Aires: Austrea, 1995.

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. **As provas Obtidas por meios ilícitos e a Reforma Processual.** In: FIDES: Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade. Natal, 2010, vol. 1.

CHOMSKY, Noam. **O Lucro ou as Pessoas.** São Paulo: Bertrand, 2002.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só.** 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal: In. **Crítica à teoria geral do Processo Penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Efetividade do Processo Penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre (org.) **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988.** Vol. I. arts. 1º a 5º LXVII. Rio e Janeiro: Forense Universitária, 1988

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Processo Penal.** Coimbra: Coimbra, 1974.

DIMOULES, Dimitri. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção dos dados pessoais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOTTI, Rene Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martim Fontes, 2001.

_____. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University, 1978.

EKMEKDIJAN, Miguel Angel. **Manual de la Constitución Argentina**. 5 ed. Buenos Aires: Depalma, 2002

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional** 3 ed. rev., atual e ampliada. São Paulo> Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: Curso no College de France 1975-1976. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. Governamentalidade. In: _____. **Microfísica do Poder**, 21 ed. São Paulo: Graal, 2005.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002.

_____. **Vigiar e Punir**: História da violência nas prisões. 30 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

FIORAVANTE, Maurizio. **El Estado Moderno em Europa**: Instituciones y Derecho. Madrid: Trotta, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

GIANOTTI, Eduardo. **A tutela constitucional da intimidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1987

GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Sílvio. **Interceptações Telefônicas**: Comentários à lei 9296 de 24/07/1996. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptações telefônicas**: considerações sobre a Lei 9.296 de 24 de julho de 1995. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal**: as interceptações telefônicas. 2 ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **O regime brasileiro das interceptações telefônicas**. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo16.htm>, Acesso em 05 jan. 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. vol 1. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997.

JAKOBS, Gunther; MELLIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

- KARAM, Maria Lucia. **De crimes, penas e fantasias** Niterói: Luam, 1991.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Tomo I. Buenos Aires: El Foro, 1949.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação entre as jurisdições da *civil law* e da *common law*: necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2014.
- MARRRAFON, Marco Aurélio. **Jurista deve entender da teoria dos signos para combater totalitarismo**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-11/jurista-entender-teoria-signos-combater-totalitarismo>
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- MENDES, Ubirajara Carlos. **Direito à intimidade no Estado Democrático de Direito sob a perspectiva da (im)possibilidade de autodeterminação do indivíduo no ambiente empregatício**. Curitiba. 2012. 195f., Dissertação (Mestrado em Direito) UniBrasil.
- MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010
- MULLER, Frederich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **La busqueda de la verdad em el proceso penal**. 3 ed. s. l: Homufati, s. d.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e justiça constitucional**. Coimbra:Coimbra, 2012.
- NUCCI, Guilherme da Silva. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro;/ Lumen Juris, 2011.

PEREZ-LUÑO. Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 345.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das leis Processuais Penais. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Disponível em <https://independent.academia.edu/IgorFernandoRuthes/Papers?s=nav#add> . /...

PIEROTH, Bado; SCHLINK Bernhard. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PINTO, Ana Cláudia de Bastos. **Para além do garantismo**: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. O juiz penal e a pesquisa da verdade material: In: MARQUES, José Frederico (org.) **Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

POZZOLO, Suzana; Um Constitucionalismo ambíguo. In: CARGONELLI, Miguel. **Neoconstitucionalismo** Madrid: Trotta, 2003.

ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rego Monteiro. **Recurso Especial e Extraordinário**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROBI FILHO, Ilton Norberto. **Direito, intimidade e vida privada**. Curitiba: Juruá, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto de Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 2 ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____. **Decisão Penal**: bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General. 2 ed. Madri: Civitas, 2003.

RUTHES, Igor Fernando; NASCIMENTO NETO. José Osório. **A orientação sexual como direito fundamental e suas conseqüências no reconhecimento de direitos às minorias sexuais**. PUC/RS prolo.

_____. As prisões cautelares obrigatórias e a integridade do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem a partir do controle difuso de constitucionalidade. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOMES, Eduardo Biacchi; SARLET. Ingo Wolfgang. (org.) **Coleção Direitos Fundamentais e Sociais na visão constitucional brasileira**. Tomo IV. Curitiba: Memória, 2014.

SÁ, Priscila Placha. Sobre escutas telefônicas e sobre como Jack Bauer descobre os se/us segredos. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de; CARVALHO, **Luis Gustavo**

Grrandinetti Castanha O novo Processo Penal à luz da Constituição. v. 2 Rio de Janeiro/. Lumen Juris, 2011.

SANCHIS, Luiz Prieto. /Neoconstitucionalismo y Ponderacion Judicial. In: CARBONEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)** Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS. Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível.** 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Fórum, 2004.

SARLET. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMIENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: **Por um constitucionalismo inclusivo:** história constitucional brasileiro, teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2010.

_____. **Ubiquidade Constitucional:** os dois lados da moeda. Disponível em: /<<http://fabioshecaira.wikispaces.com/file/view/ART.+Sarmiento+-+Ubiquidade+Constitucional.pdf>>Acesso em 20 set. 2014.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Constitucionalização do Direito no contexto da Constituição de 1988.** prolo.

_____. Novos desafios da filtragem constitucional no momento de neoconstitucionalismo. In: **Revista de Direito do Estado.** Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia. n. 04 Out/Nov 2005. Disponível em www.direitodoestado.com.br Acesso em: 06 set 2014.

_____. **Direito Constitucional:** Anotações Nucleares. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Comissões Parlamentares de Inquérito:** e o conceito de fato determinado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos Direitos Fundamentais.** In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 26; maio/junho/junho de 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24 ed. rev. e atual. até a E.C. 45/04. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais:** contudo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009

_____. Interpretação Constitucional e sincretismo metodológico. In: _____. **Interpretação Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Taiguara Libano Soares e. **Estado de polícia e criminalização dos movimentos sociais:** Notas sobre a inconstitucionalidade do Decreto no.

44302/2013 do Governo do Estado do Rio de Janeiro. In: Revista da EMERJ. Vol. 28. n. 67, jan/fev 2015

SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

STRECK, Lênio. **As interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição Cidadania, Violência: A Lei 9296 e seus reflexos penais e processuais**. Livraria do Advogado: Proto Alegre 1997.

TARUFFO, Michele **La prueba de lós derechos**. São Paulo: Saraiva: 2000(?)

TAVARES, André. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 200

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias individuais no Processo Penal Brasileiro**. 4 ed. rev. atual e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva**, v. 2. Brasília: UNB, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Apuntes sobre El pensamiento penal em El tiempo**. Buenos Aires: Hammufa, 2007.

_____. **Em busca das penas perdidas a perda da legitimidade do sistema penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Ductil**. Trotta: Madrid, 2007.

SITES CONSULTADOS:

<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/populacao-carceraria-brasileira-cresceu-7-vezes-mais-que-a-media-mundial-nos-ultimos-15-anos-5518.html>

<http://www.casebriefs.com/blog/law/criminal-procedure/criminal-procedure-keyed-to-israel/investigation-by-subpeona/boyd-v-united-states/2/> .

http://www.phschool.com/atschool/ss_web_codes/supreme_court_cases/weeks.htm