

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Mauricio Silva Leite

O LIMITE CONSTITUCIONAL DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Mestrado em **Direito Processual Penal**

SÃO PAULO

2011

Mauricio Silva Leite

O LIMITE CONSTITUCIONAL DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Mestrado em **Direito Processual Penal**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor-Doutor Marco Antonio Marques da Silva.

SÃO PAULO

2011

BANCA EXAMINADORA

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo a análise do tratamento jurídico dado ao sigilo das comunicações telefônicas segundo a legislação brasileira, bem como o exame das situações em que este sigilo pode ser violado. A Lei Federal n.º 9.296/96, que materializou a previsão do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, possibilita a interceptação telefônica para a realização de prova em investigação criminal ou ação penal, uma vez atendidos os critérios descritos pelo legislador ordinário. A exceção à regra da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, inquestionavelmente, relativiza direitos e garantias individuais de índole constitucional, tais como a vida privada e a intimidade, na medida em que autoriza, nas hipóteses legais, o acesso aos dados privados do indivíduo para a realização de prova criminal. No entanto, a relativização dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição tem o seu limite previsto na própria Constituição Federal, considerando o princípio da dignidade humana como preceito fundamental da Carta Magna. O poder estatal, levando em conta o interesse social, em situações excepcionais acaba por relativizar determinados direitos e garantias individuais para a defesa da sociedade e dos bens jurídicos tutelados pela norma penal; mas esta relativização está limitada pela dignidade humana, princípio fundamental que jamais poderá ser suprimido, segundo o nosso sistema jurídico atual.

Palavras-chave: Interceptação Telefônica. Limite. Constituição Federal.

ABSTRACT

This study is aimed at examining the legal treatment given to the confidentiality of telephone communications under the Brazilian law, as well as analyzing the situations where this secrecy can be violated. Federal Law 9.296/96, which brought into effect the provisions of Article 5, XII, of the Federal Constitution, allows telephone interceptions, if performed with the objective of achieving evidences in criminal investigations or prosecutions, given that the criteria established by the legislation are met. The exception to the rule of inviolability of the confidentiality of telephone communications unquestionably diminishes the essential value of individual constitutional rights and guarantees, such as privacy and intimacy, as it allows, in legal cases, access to the private data of the individual, in order to serve as evidence in a criminal prosecution. However, such diminishing of value of individual rights and guarantees under the Constitution has its own limit, which is laid down in the Federal Constitution itself, considering the principle of human dignity provided by it as being a fundamental precept. The State power, considering the social interest in exceptional situations, ultimately diminishes the value of certain individual rights and guarantees for the protection of society and legal interests governed by the said criminal provision, however, such diminishing of importance is limited by the human dignity, which is a fundamental principle that, according to our current legal system, can never be suppressed.

Key words: Telephone Interception. Limit. Federal Constitution.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	12
2.1	Liberdades Públicas e sua Conceituação	29
2.2	Liberdades Públicas (Limites e Função Jurisdicional)	32
3	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ORIENTADORES DO DIREITO PENAL E DO DIREITO PROCESSUAL PENAL	37
4	DIGNIDADE HUMANA COMO SUPRAPRINCÍPIO ORIENTADOR DOS LIMITES À INTERVENÇÃO ESTATAL	49
4.1	Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Limites Constitucionais da Intimidade	52
4.2	Os Conceitos de Intimidade e Vida Privada e as Previsões Constitucionais	56
5	INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	62
5.1	Introdução	62
5.2	Definição e Natureza Jurídica	63
5.3	Interceptação Telefônica segundo a Constituição Federal Brasileira	65

5.4	A Lei Federal N.º 9.296/96	68
5.5	Projeto de Lei N.º 156/2009	76
6	PROVAS ILÍCITAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO AO PROCESSO PENAL	82
7	TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (<i>FRUITS OF THE POISONOUS TREE</i>)	94
8	CONCLUSÃO	98
9	BIBLIOGRAFIA	101

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal da República de 1988, de forma pioneira, criou ressalva à inviolabilidade das comunicações telefônicas no Brasil; todavia, condicionou o acesso a tais comunicações à preexistência de lei que viesse a regulamentar a referida prática, bem como autorizou a sua utilização somente para fins de investigação criminal ou instrução penal.¹

As Constituições anteriores não autorizavam tal interceptação de forma expressa, a despeito da de 1937, em seu artigo 122, inciso VI, assegurar a inviolabilidade de correspondência, salvo hipóteses previstas em lei, o que criou certa abertura legislativa para o acesso às comunicações, ao menos, por correspondência.

A previsão trazida pelo texto constitucional de 1988, que admite ao Estado o acesso às conversas telefônicas de indivíduos nas situações especificadas em lei, muito embora possa denotar certa permissividade por parte do legislador constituinte, por outro lado, aliada às garantias do acusado no processo penal, notadamente, devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal) e inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito (artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal), pode ser vista como norma voltada para a proteção dos direitos do acusado, na medida em que desautoriza a livre e indiscriminada utilização da interceptação telefônica sem que sejam observados os critérios estabelecidos pela norma.

Inobstante a visão positivista acima externada, baseada na validade da utilização da interceptação telefônica como meio de prova, uma vez atendidas as formalidades legais preestabelecidas, com a observância dos requisitos contidos na norma autorizadora da prática de investigação aqui discutida, deve ser ponderada a importância da discussão em tela segundo uma visão mais

¹ CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Artigo 5º, inciso XII: “(...) é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução penal.”

ampla, considerando o possível confronto da interceptação telefônica com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O texto da Constituição Federal de 1988 reconheceu a dignidade humana como princípio fundamental, o que a torna indeclinável em nosso sistema jurídico, sendo fundamento da República Brasileira.

O princípio da dignidade da pessoa humana

“(...) caracteriza-se como sistema de proteção e segurança da pessoa humana e sua liberdade, assim reconhecidos pelo ordenamento jurídico; os direitos fundamentais ganham força coercitiva, oponíveis até mesmo ao estado, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana (...)”²

Este princípio, com especial importância para o desenvolvimento do tema, agrega um conjunto de garantias fundamentais ao desenvolvimento humano, dentre elas, a liberdade, igualdade e justiça.

O tema proposto tem como objetivo o desenvolvimento de discussão acerca dos limites em que, ao Estado, é possibilitada a invasão ou interferência na esfera de direitos e garantias individuais essenciais da pessoa humana, sobretudo a intimidade e vida privada, garantias constitucionais diretamente atingidas pela interceptação telefônica.

Com a promulgação da Lei Federal n.º 9.296/96, as interceptações telefônicas foram regulamentadas e sua utilização como meio de investigação e obtenção de provas em matéria processual penal é cada vez mais frequente.

Neste sentido, o tema relativo à aplicação e alcance da interceptação telefônica como meio de prova em matéria penal merece especial atenção, considerando

² MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. *In*: MARQUES DA SILVA, Marco Antonio; MIRANDA, Jorge (coordenadores). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 7. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008. p. 225.

a aparente contrariedade entre a necessidade indiscutível de utilização do monitoramento telefônico e a imprescindível manutenção dos direitos e garantias individuais, que caracterizam o Estado Democrático de Direito.

No campo do processo penal, ver-se-á que se trava verdadeira batalha, que, de um lado, tem a defesa social e, de outro, os direitos e garantias individuais do acusado, devendo o intérprete permanecer atento aos limites em que o interesse estatal será dotado de significância suficiente para relativizar direitos e garantias como a intimidade do indivíduo.

O presente estudo traça um panorama geral legislativo acerca do tema interceptação telefônica, comentando, de forma crítica, em quais situações esta interceptação ocorre, bem como quais as consequências advindas dela, sempre tendo em vista o que está previsto na Constituição Federal de 1988.

Além disso, abordou-se o Projeto de Lei n.º 156/09, voltado para a alteração do regramento legal então existente, iniciativa legislativa que revela a identificação da necessidade de revisão das normas aplicáveis ao tema.

Por óbvio, eventuais alterações que sobrevenham, regulando a matéria de forma diversa, deverão, necessariamente, compatibilizar-se com o sistema jurídico vigente, sobretudo com a Constituição Federal em vigor.

A busca pela efetividade no processo penal, objetivo constante dos operadores do Direito, jamais pode sobrepor os direitos e garantias individuais do acusado, que ganham sua expressão máxima na dignidade humana.

O grande desafio do intérprete é precisar em quais situações o sistema jurídico permitirá aos órgãos de repressão do Estado que relativizem os direitos e garantias do indivíduo, bem como quais serão os limites desta relativização.

Existem teorias derivadas da jurisprudência atual, podendo ser citadas a teoria da proporcionalidade e a dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), cuja aplicação tem por finalidade a solução de determinados problemas jurídicos que se apresentam em matéria de atividade probatória no processo penal.

O presente discute as soluções propostas em vista do sistema jurídico vigente, pontuando opiniões doutrinárias acerca do assunto, para que seja possível alcançarmos uma conclusão, ainda que não seja definitiva, sobre a aplicabilidade e os limites de tais teorias frente à Constituição Federal de 1988.

A evidente contrariedade que se coloca entre a defesa social da segurança e os direitos e garantias individuais, ao longo do tema, terá como parâmetro de solução dos conflitos a dignidade humana do indivíduo, que se expressa nos valores da liberdade, igualdade e justiça, ideais que determinam um Estado Democrático de Direito.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Não há dúvidas de que há muito a sociedade evoluiu nos conceitos de indivíduo, seja perante si próprio, seja diante de outras pessoas, implicando na evolução do modelo político-jurídico-social, notadamente na Idade Média, quando exsurtem os direitos oponíveis ao monarca e a ideia de “liberdade”.³

O Direito, antes restrito às convenções sociais e aos costumes de uma determinada comunidade, passa a ser institucionalizado, permitindo, em especial, a homogeneização dos diversos sistemas de regulação vigente.

As comunidades restritas às suas próprias realidades passam a encontrar pontos comuns e, assim, se aproximarem, limitando o estado de tensão e beligerância que diuturnamente experimentavam.

Em momento posterior à Idade Média e antecedendo o Constitucionalismo surgem os primeiros pactos e convenções entre monarcas, senhores feudais e súditos relativos ao modo de governo e liberdades individuais; pode-se dizer, pois, que acabou por ditar a evolução do sistema político-jurídico-social aliado ao exercício de uma atividade econômica orientada pela troca de bens e não apenas sua produção.

O mais importante dos pactos foi a Magna Carta de 1215, outorgada por João Sem Terra e confirmada por Eduardo I em 1297, que acabou por condicionar a formação de regras consuetudinárias no tocante à proteção dos direitos humanos fundamentais.⁴

Por conseguinte, com a institucionalização de uma ordem política soberana, acaba-se por transmutar o sistema “feudal” para a figura do Estado Absoluto, caracterizado pela concentração ilimitada de poderes de representação estatal em propriedade de um monarca, como aduz Nelson Saldanha:

³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1982. p. 199.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 139.

“O processo histórico de originação do Estado moderno repousa – dissemo-lo acima – em seu estágio decisivo, sobre a transição do chamado Estado feudal ao Estado estamental. Deste se passa ao Estado nacional dinástico e soberano considerado pela maioria dos autores como já moderno.

Diversos autores acentuam o fenômeno da concentração do poder nas mãos do príncipe como um episódio central dentro da formação das monarquias modernas. A referência parece óbvia. No entanto, há de ter em conta que na Idade Média prevaleceu a ideia de que o poder é algo limitado, que vem de Deus para o monarca como um encargo, e que a comunidade popular deve participar dos fins com que o poder é exercido. Este fato tem, inclusive, servido de reforço para os que argumentam contra a existência de um Estado na Idade Média.

A gradual concentração do poder em mãos do monarca, alterando hábitos e formas peculiares aos séculos medievais, incluiu o aparecimento de uma justiça do Rei [...]. No fim da Idade Média a Inglaterra já estava dotada daquilo que Fortescue chamara, no século XV, de ‘constituição mista’: um regime monárquico com traços de aristocracia e de democracia, com um parlamento soberano e um direito estável.”⁵

No Estado Absoluto, verifica-se a sujeição dos cidadãos a um poder político e jurídico central, no qual o respectivo regente não estava subordinado ao regramento vigente,⁶ eis que concedido por legitimação divina.

Porém, o exurgimento de uma nova classe social, a burguesia, cujos interesses não mais se limitaram às atividades econômicas desempenhadas,

⁵ SALDANHA, Nelson. **O estado moderno e a separação de poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987. pp. 13/14.

⁶ Dircêo Torrecillas Ramos esclarece que “(...) [h]istoricamente, a forma mais acentuada da autocracia é a monarquia absoluta, conforme ocorreu na Europa no século XVIII, no Oriente em períodos diversos e entre os povos mais diferentes. É uma forma de governo também chamada de despotismo, cuja ordem jurídica é fruto da criação e aplicação do monarca ou por órgãos designados por ele mesmo. O monarca não assume responsabilidade, não está subordinado à lei, não está, conseqüentemente, sujeito a sanções jurídicas de qualquer espécie. A sucessão é hereditária ou por nomeação dele próprio.” (RAMOS, Dircêo Torrecillas. *Federação e República*. In: **Tratado de direito constitucional**. (Coordenadores: Ivens Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento). Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 735.

mas ao estabelecimento de disposições comuns a todos, assegurando sua participação nas decisões políticas, acabou por servir de resposta à situação arbitrária decorrente dos poderes do monarca absolutista:

“Assim, a gradual implantação de um modo urbano de vida, mais a ascensão da burguesia, mais a instauração do capitalismo, mais as alterações religiosas e mentais que vieram junto a tudo isto: estas coisas formam um novo panorama de transformações que estabelecem como que um novo mundo. Neste mundo já não cabem as ordens fixas e as hierarquias do tipo medieval, mas, como a vida humana precisa sempre de ordens e crenças, o Estado absoluto veio a ser o primeiro grande resultado político (ou político-jurídico) deste grupo de transformações. Ele reordenou as coisas, instaurou uma pauta de valores, construiu o modelo administrativo do Estado moderno em termos quase definitivos.

[...]

O Estado dito absoluto, porém, conflitava (ele e seu esquema absorvente) com certas tendências do racionalismo em desenvolvimento.”⁷

Em consequência, novos pensamentos filosóficos (o iluminismo, em particular) também são adotados e passam a influenciar os movimentos sociais, os quais, por sua vez, acabaram por impor a (nova) modificação do sistema político-jurídico-social pelas revoluções liberais (principalmente, as revoluções francesa e americana).

Neste período, com o início do Constitucionalismo do século XVIII, os direitos do homem são afirmados de maneira incontestada. O Estado Liberal passa a vigorar, em contraposição ao Estado Absoluto, reconhecendo o direito subjetivo aos indivíduos:

⁷ SALDANHA, Nelson. *Op. cit.*, pp. 25/26.

“Com as revoluções liberais implantou-se (em algumas nações então mais representativas) o Estado liberal, e com este se redimensionaram as relações entre o poder e os súditos.

Um dos temas nucleares do início do ideário liberal havia sido, desde o início, o das relações entre governar e ser governado. No absolutismo o poder era aceito, e obedecido, em face de o rei ser legítimo, e ele o era em razão de uma linhagem dinástica. Prevalcia um sentido pessoal e intransferível, justificado pela ideia de que o poder provém de Deus e é entregue ao rei em seu nome; o monarca ao coroar-se passava a ser ungido e, portanto, consagrado.

[...]

No ideário liberal, a legitimidade deslocava-se, e já não estava na condição do monarca nem em seu vínculo com Deus ou com os ancestrais: estava na conexão entre os destinatários e os depositários do poder. O poder se consideraria aceitável se proviesse dos próprios destinatários, ou se – ao menos – estes aquiescessem em consenti-lo.”⁸

Verifica-se, neste momento, o conceito do Estado de Direito enquanto refratário dos ideais liberais, retomando-se os conceitos da democracia grega. Isso porque, para os gregos, a participação no Estado era imprescindível para a manutenção e dignidade do próprio indivíduo, considerando não existirem direitos e/ou garantias fundamentais oponíveis ao Estado, como pontua Fustel de Coulanges:

“Os gregos nunca souberam conciliar a igualdade civil com a desigualdade política. Para que o pobre não fosse lesado em seus interesses pessoais, julgaram necessário que tivesse direito de sufrágio, que fosse juiz nos tribunais, e pudesse ser magistrado. Se além disso nos lembrarmos que entre os gregos o Estado tinha poder absoluto e que nenhum direito individual lhe podia resistir, compreendemos o enorme interesse que havia em cada homem,

⁸ *Idem, ibidem*, pp. 34/35.

mesmo no mais humilde, em ter direitos políticos, isto é, em fazer parte do governo. Sendo tão onipotente o soberano coletivo, o homem só podia ser alguma coisa quando membro dessa soberania. A sua segurança e a sua dignidade consistiam nisso. Queria ter direitos políticos, não para ter verdadeira liberdade, mas para ter, ao menos, algo que pudesse a vir substituí-la.”⁹

Por tais razões é que começa a ser identificada no Estado de Direito a ausência de algo que se torna fundamental para a concretização da justiça social, a soberania popular baseada em direitos civis e políticos.

Destarte, busca-se com a democracia o instrumento de efetivação da vontade popular, exercida indiretamente através do voto, sendo que o Estado passa a ser visto não mais de forma independente ou unitária, mas sim como realização dos ideais da sociedade.¹⁰

Diante disso, atesta Inocêncio Mártires Coelho:¹¹

“Prescindindo de pesquisas mais amplas, até porque, no particular, não se registram divergências de monta, poderemos dizer, com Eliás Díaz, que o Estado de Direito – embora originariamente um conceito polêmico, orientado contra o Estado absolutista, o Estado-poder, o Estado-polícia ou o Estado invasor – poderá ser caracterizado, em sua essência, como aquele Estado submetido ao direito, aquele Estado cujo poder e atividade estão regulados e controlados pela lei, entendendo-se direito e lei, nesse contexto como expressão da vontade geral.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Manuel García-Pelayo e de Cristina Queiroz, quando asseveram que, produto da teoria racionalista, o Estado de Direito surge, numa primeira fase, polemicamente orientado contra a teoria absolutista, e

⁹ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga** [tradução MELVILLE, Jean]. São Paulo: Martins Claret, 2004. p. 353.

¹⁰ PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Proteção jurídico-penal e direitos universais**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

¹¹ COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 198-199.

particularmente contra o Polzeistaat, vindo alojar-se na sua formalização técnico-jurídica, não no campo do direito constitucional, mas no campo do direito administrativo, onde designa uma ordem de relações entre a lei, a administração e o indivíduo, e significa máxima justiciabilidade possível dos atos da administração.

Logo após, no entanto, como registram a mesma Cristina Queiroz e outros estudiosos, o Estado de Direito deixa de ser um postulado do direito administrativo – ou tão somente do direito administrativo – para se transformar num princípio de direito constitucional e, assim, embeber a totalidade dos ordenamentos jurídicos dos chamados Estados Liberais.

Como consequência dessa afortunada migração, a ideia de Estado de Direito, antes restrita, como se viu, ao âmbito do direito administrativo, como que se fertilizou no terreno constitucional, a ponto de se converter em sinal de legitimidade de todo o sistema jurídico, inicialmente apenas do ponto de vista formal, mas, depois, ao termo do processo, também do ângulo material. Por isso, quando hoje em dia se fala em Estado de Direito, o que se está a indicar, com essa expressão, não é qualquer Estado ou qualquer ordem jurídica, mas apenas aquele Estado ou aquela ordem jurídica em que se viva sob o primado do Direito, entendido este como um sistema de normas democraticamente estabelecidas e que atendam, pelo menos, as seguintes exigências fundamentais:

- a) império da lei, lei como expressão da vontade geral;
- b) divisão de poderes: legislativo, executivo e judicial;
- c) legalidade da administração: atuação segundo a lei, com suficiente controle judicial; e
- d) direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico-formal e efetiva realização material.”

Com essa nova perspectiva, a figura do Estado continuou a ganhar novos contornos, dando-se cada vez mais importância aos direitos que se entendiam

por fundamentais, em reação aos diversos movimentos sociais. Não por acaso, a figura do Estado “Liberal” passou para aquilo que se denomina Estado “Social”, centrado na figura do “intervencionismo planificador”, de Nelson Saldanha:

“No Estado dito liberal, o termo ‘liberal’ (conforme já observamos acima) proveio da conexão da ordem política com um certo tipo de sociedade, ou, antes, com uma característica da sociedade ocidental. Como tal sociedade era – ou se dizia – liberal, em função dos valores nela dominantes, a liberdade sobretudo, e como o governo se entendia como algo provindo da sociedade, e portanto de seus valores, ou seja, provindo das próprias liberdades, então se considerou liberal o próprio Estado, que como instituição exercia o governo, e que tinha por finalidade impostergável garantir as liberdades de cuja anuência proviera. Não cabe imaginar, porém, que o Estado liberal fosse apenas isso, e se resumisse numa forma evanescente, embora juridicamente correta: o fenômeno do poder continuou a existir, e o Estado liberal também foi um fenômeno de poder.

Quanto ao Estado dito social, o termo ‘social’ corresponde ao conteúdo e ao alcance da ação estatal, mais extensa do que a do Estado liberal. Uma ação expressa através de programas e de planejamento que implicam – vimo-lo acima – uma inconfundível ampliação do governo e do Poder Executivo: tanto nos regimes reconhecidamente ditatoriais quanto em certas democracias onde o capitalismo persiste, mas remodelado pelo intervencionismo governamental.

[...]

Até certo ponto, o advento deste tipo de Estado reformulou os princípios dominantes e destruiu o que o liberalismo havia montado em termos de relações entre o poder político e as vontades particulares. No esquema liberal, o poder se reduzia ao mínimo e se amoldava a uma forma jurídica restritiva, enquanto as vontades particulares, soberanas nos termos do próprio direito privado, coordenavam o conteúdo e a dinâmica do viver social. No Estado social, o poder estatal se amplia – embora conservando-se

sua vinculação a uma forma constitucional – e se restringem as vontades particulares. Como correlato disto, o contrato que fora o instrumento por excelência da ‘soberania’ das vontades na esfera privada, se redimensiona e se subordina a formas diferentes sob a pressão dos interesses sociais assumidos e formulados coativamente pelo Estado. O Estado, ao menos em tese e até certo ponto, vela pela prevalência do social, impedindo o possível esmagamento dos fracos pelos fortes.”¹²

As diversas modificações sociais e políticas que se seguiram – tais como as Guerras Mundiais, os regimes políticos nazistas e fascistas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 e as experiências socialistas, dentre outros – acabaram por implicar na necessidade de implementação de um novo modelo de Estado de Direito, como assenta Inocêncio Mártires Coelho,¹³ que incorporasse ou superasse as insuficiências do Estado Social, isto é, o fato de não se terem alcançadas a democratização econômica e social e a economia do gênero humano.

Eis, assim, o Estado Democrático de Direito.

José Afonso da Silva¹⁴ consigna que essa figura tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social, que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir.

A figura do Estado Democrático de Direito foi justamente a eleita pela Constituição de 1988 já no seu preâmbulo e artigo 1º:

“O certo, contudo, é que a Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito,

¹² SALDANHA, Nelson. *Op. cit.*, pp. 67-69.

¹³ COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 203.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 120.

apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.”¹⁵

O Brasil, aliás, passou por sua própria evolução política, tal como o mundo, desde os tempos da Colônia à Proclamação da Independência, ao Império, à República, à limitação das liberdades individuais a partir de 1965 e pela Constituição de 1988.

Com efeito, Inocêncio Mártires Coelho ensina que, com a independência em 1822, a primeira experiência brasileira enquanto “nação livre e soberana” deu-se sob a égide do constitucionalismo histórico, com a Constituição do Império do Brasil de 25 de março de 1824:

“(...) apesar de não se tratar de nada original – até porque o nosso pensamento político apenas refletia o que nos vinha de fora, numa espécie de ‘fatalismo intelectual’ que subjuga as culturas nascentes -, mesmo assim foi um grande estatuto político, uma lei fundamental que logrou absorver e superar as tensões entre o absolutismo e o liberalismo, marcantes no seu nascimento, para se constituir, afinal, no texto fundador da nacionalidade e no ponto de partida para a nossa maioria constitucional.

[...]

No que respeita à divisão e ao exercício do poder político, a Constituição de 1824 ostenta, como singularidade, a existência do Poder Moderador – a chave de toda a organização política – ‘delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos’, conforme disposto no art. 98 daquela Carta Política.

¹⁵ *Idem, ibidem*, pp. 120.

[...]

Do ponto de vista dogmático-constitucional, duas particularidades devem ser destacadas nessa Carta Política: a atribuição ao próprio Poder Legislativo das prerrogativas de interpretar as leis e de velar na guarda da Constituição, e a definição do que seria matéria constitucional, para os fins de alteração do seu texto (...).¹⁶

O modelo centralizador do Poder Político até então adotado acabou por fazer os “liberais” brasileiros se insurgirem em diversas rebeliões (“Balaida”, “Cabanada”, “Sabinada” e “Inconfidência Mineira”, entre outros), até que, em 1889, as forças descentralizadoras superaram o “Império”, como projeções da realidade colonial outrora percebida, aliadas às ideias de federalismo e democracia.¹⁷

Paulo Bonavides esclarece que em 1889, pela promulgação por decreto da primeira Constituição Republicana, o Brasil afasta-se dos influxos constitucionais europeus para os norte-americanos, em uma figura de Estado Constitucional que não tendia a oscilar formalmente como “(...) *pêndulo entre as prerrogativas do absolutismo decadente e as franquias participativas do governo representativo*.”¹⁸ Assim, opondo-se ao império, o Brasil adota o sistema republicano, o modo presidencial de governo, a forma federativa de Estado e o funcionamento de uma suprema corte a decretar a inconstitucionalidade dos atos de poder, concluindo que:

“(...) enfim, todas aquelas técnicas de exercício da autoridade preconizadas na época pelo chamado ideal de democracia republicana imperante nos Estados Unidos e dali importadas para coroar uma certa modalidade de Estado liberal, que representava

¹⁶ COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, pp. 227-228.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 77.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 330.

a ruptura com o modelo autocrático do absolutismo monárquico e se inspirava em valores de estabilidade jurídica vinculados ao conceito individualista de liberdade.”¹⁹

Em 1934, após a queda da República pelo estado ditatorial imposto por Getúlio Vargas, editou-se uma nova Constituição, pela qual foram mantidos os princípios formais fundamentais do Estado (república, federação, divisão de poderes, presidencialismo e regime representativo); mas a União Federal passou a deter mais poderes, assim como o Poder Executivo. Sob a influência da Constituição de Weimar, incorporaram-se normas quase que tão somente programáticas a respeito das ordens econômica e social, família, educação e cultura, além da “clássica” declaração de direitos e garantias fundamentais.²⁰

Não obstante, essa Carta pouco durou, tendo em vista que Getúlio Vargas implantou o Estado Novo e, revogando o texto de 1934, trouxe a lume a Constituição de 1937, notoriamente influenciada pela Constituição da Polônia de 1935 e pelas consequências da Primeira Guerra Mundial.

O texto de 1937 concentrou ainda mais os poderes no Executivo, em verdadeira ditadura, inclusive pela intervenção direta deste poder na elaboração de leis e reduzindo o papel do Congresso Nacional, conferindo a condução e orientação da economia, nacionalizando determinadas atividades e fontes de riqueza.

Com a derrocada do nazismo e do fascismo, bem como com a conclusão da Segunda Guerra Mundial, as pressões populares pela redemocratização do País aumentam, a culminar na deposição de Getúlio Vargas pelas Forças Armadas em 29 de outubro de 1945.

Em 1946, tem-se a edição da quarta Constituição Republicana, cujo texto-base decorreu da Constituição de 1934. Em resposta ao texto anterior, esta Constituição tentou buscar melhor distribuição das competências entre os

¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 331.

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 82.

entes federativos e a fixação de direitos sociais e políticos, mas acabou por enfraquecer o papel do Executivo ante o Legislativo e, sobretudo, adotar o pluralismo partidário, “(...) *sem limitações nem cautelas, o que levou ao ressurgimento da ‘política estadual’ e à criação de ‘partidos nacionais’ de fachada.*”²¹

Nos dois decênios que se seguiram, diversos acontecimentos políticos impactaram na sociedade civil, até que, em 31 de março de 1964, as Forças Armadas reassumiram a condução do País, o que durou quarenta anos.

Fruto da permanência dos militares no poder, José Afonso da Silva aduz o seguinte sobre a Constituição de 1967:

“Sofreu ela poderosa influência da Carta Política de 1937, cujas características básicas assimilou. Preocupou-se fundamentalmente com a segurança nacional. Deu mais poderes à União e ao Presidente da República. Reformulou, em termos mais nítidos e rigorosos, o sistema tributário nacional e a discriminação de rendas, ampliando a técnica do federalismo cooperativo, consistente na participação de uma entidade na receita da outra, com acentuada centralização. [...] Reduziu a autonomia individual, permitindo suspensão de direitos e garantias constitucionais, no que se revela mais autoritária do que as anteriores, salvo a de 1937. Em geral, é menos intervencionista do que a de 1946, mas, em relação a esta, avançou no que tange à limitação do direito de propriedade, autorizando a desapropriação mediante pagamento de indenização por títulos da dívida pública, para fins de reforma agrária. Definiu mais eficazmente os direitos dos trabalhadores.”²²

²¹ COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 238.

²² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 87.

Este texto também não subsistiu aos interesses políticos predominantes à época, dado que, logo em 1968, editou-se o Ato Institucional n.º 05, pelo qual a ordem constitucional fora rompida.

Já em 1969, por uma nova manobra das Forças Armadas, editou-se a Emenda Constitucional n.º 01, que vigeu como se tratasse de uma Carta Política própria, na intenção de “legitimar” o regime de exceção, o qual acabou por perdurar até 1988, quando a Constituição de 05 de outubro foi promulgada.

Inocência Mártires Coelho sustenta que essa Carta é a mais democrática das Constituições que já vigeram, tanto pela ampla participação da sociedade em sua elaboração, como pelas experiências anteriores e que:

“(…) só a Carta Política de 1988 pode ser considerada uma constituição verdadeiramente espontânea, porque foi feita de baixo para cima e de fora para dentro, sendo todas as demais ou impostas por déspotas – uns pouco, outros nem tanto esclarecidos –, ou induzidas por tutores intelectuais, que não nos consideravam crescidos o bastante para caminhar com as próprias pernas e traçarmos o nosso destino.

[...]

Uma segunda observação, já agora do ‘lado de dentro’ da Constituição, diz com a sua extensão e abrangência temática. Sob esses aspectos, a Carta de 1988 é o que se poderia chamar uma constituição analítica e sobrecarregada, porque possui precisos 345 artigos, entre disposições permanentes e transitórias, e nada menos do que 62 Emendas, das quais 6 são Emendas de Revisão, o que, tudo somado, reflete o claro propósito de abarcar nas malhas da sua normatividade todo o conjunto da vida social. Se isso configura uma virtude ou um defeito, é uma questão em aberto, até porque não são poucos os estudiosos de expressão a nos dizerem que as constituições, como as demais coisas do espírito, são fenômenos históricos, que devem ser compreendidos em estrita consonância com o tempo e o lugar em que se manifestam, e não com referência a modelos ideais, que não existem e, mesmo que existissem e fossem adotados, não

produziriam mais do que objetos artificiais. Nesse sentido, por exemplo, é que Peter Häberle nos adverte que ‘a Constituição não é apenas um conjunto de textos jurídicos ou um mero compêndio de regras normativas, mas também a expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural, um veículo de autorrepresentação própria de todo um povo’. A essa luz, portanto, idiossincrasias à parte, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988 e sucessivamente alterada, é a nossa carta política, a lei suprema da nossa terra, a lei sob cujos preceitos nós exercemos os nossos direitos e cumprimos os nossos deveres.”²³

Foi com este texto que o Brasil, em reafirmação aos princípios democráticos – isto é, a própria concepção do Estado Democrático de Direito –, dispôs ser seus fundamentos a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, logo no artigo 1º da Constituição e, principalmente, que *“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”*, conforme o parágrafo único.

Já no artigo 2º, celebra os Poderes do Estado no exercício independente e harmonioso pelo Legislativo, Executivo e Judiciário, o que, para José Afonso da Silva, significa:

“(…) (a) que a investidura e a permanência das pessoas dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.”²⁴

²³ COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES; Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, pp. 246-247.

²⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 110.

Assim, esse insigne doutrinador conclui que a harmonia entre os poderes verifica-se, em um primeiro momento, pelas normas de “cortesia” no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito e, em um segundo, que existem interferências entre os poderes, pelo estabelecimento de um sistema de freio e contrapesos, “(...) à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados”.²⁵

Ainda cabe destacar que a Constituição de 1988 acabou por consignar os objetivos fundamentais do Brasil, “(...) que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana (...)”,²⁶ conforme seu artigo 3º, *verbis*:

“(...)

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

E é sob essa óptica que José Afonso da Silva²⁷ apresenta, como tarefa do Estado Democrático Brasileiro, a superação das desigualdades sociais e regionais, bem como a instauração de um regime democrático que realize a justiça social, tendo como base principiológica:

²⁵ *Idem, ibidem*, p. 110.

²⁶ *Idem, ibidem*, p. 106.

²⁷ *Idem, ibidem*, p. 122.

“(…)

(a) o princípio da constitucionalidade, pelo qual o Estado se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, e que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional;

(b) o princípio democrático, pelo qual se constitui uma democracia representativa e participativa, pluralista, como garantia geral de vigência e eficácia dos direitos fundamentais (artigo 1º da Constituição);

(c) o sistema de direitos fundamentais, compreendidos aí os individuais, coletivos, sociais e culturais (títulos II, VII e VIII da Constituição);

(d) o princípio da justiça social, inclusive na órbita da ordem econômica (artigos 170 e 193 da Constituição);

(e) o princípio da igualdade (*caput* e inciso I do artigo 5º da Constituição);

(f) o princípio da divisão de poderes (artigo 2º da Constituição) e da independência do juiz (artigo 95 da Constituição);

(g) o princípio da legalidade (inciso II do artigo 5º da Constituição);
e

(h) o princípio da segurança jurídica (incisos XXXVI a LXXIII do artigo 5º da Constituição).”

O Título II da Constituição é exemplo nítido do exposto ao retratar os direitos e as garantias fundamentais nos níveis individual, coletivo, social e político.

José Afonso da Silva traz como característica destes o seguinte:

“Esse tema [direitos fundamentais] desenvolveu-se à sombra das concepções jusnaturalistas dos direitos fundamentais do homem, de onde promana a tese de que tais direitos são inatos, absolutos,

invioláveis, intransferíveis e imprescritíveis. Expurgando-se a conotação jusnaturalista que informara a matéria, ainda é possível reconhecer certos caracteres desses direitos. É o que discutiremos sinteticamente em seguida, para denotar neles os seguintes:

Historicidade – São históricos, como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a Revolução Burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no Direito Natural, na essência do homem ou na natureza das coisas.

Inalienabilidade – São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis.

Imprescritibilidade – O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem sua prescrição. Vale dizer: nunca deixarão de ser exigíveis. Pois prescrição é instituto jurídico que somente atinge, coartando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não-exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição.

Irrenunciabilidade – Direitos fundamentais são irrenunciáveis. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados.”²⁸

É evidente que não se trata do melhor texto que se pode cogitar, como, inclusive, já referido acima por Inocêncio Mártires Coelho; mas não se pode negar o enorme avanço que a Constituição impôs sobre a sociedade, inclusive como resposta aos estados de exceção anteriormente experimentados.

²⁸ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. pp. 57-58.

Paulo Bonavides²⁹ observa que:

“A mais incisiva e perfeita definição de democracia que a história moderna registra é, a nosso ver, aquela proveniente de Lincoln, o libertador de escravos, ao fazer-lhe o elogio, asseverando: ‘governo do povo, para o povo, pelo povo’, ‘governo que jamais perecerá sobre a face da terra (...)’”

e conclui que:

“Em verdade não há formas perfeitas de governo, mas o governo da lei, legitimado pela soberania popular, será sempre um valor superior ao governo do arbítrio, materializado em proveito de minorias ou de um só déspota, que mantém acorrentada e arrastada a ferros a esmagadora maioria da Sociedade. A democracia unicamente dissolve privilégios e faz eficaz o princípio da igualdade. Só esse título já é suficiente para alçar-lhe a supremacia sobre qualquer outra forma de governo.

Uma Sociedade desigual será invariavelmente uma Sociedade injusta, e não há justiça onde os homens padecem na ordem econômica os mais iníquos desníveis de renda; onde a classe média destrocada cede lugar a uma falsa democracia camarilha de opressores com a multidão de oprimidos.”³⁰

2.1 Liberdades Públicas e sua Conceituação

Para a correta compreensão acerca do conceito de liberdades públicas, é necessário o entendimento, anterior, do que vem a ser a própria liberdade, bem como a liberdade jurídica.

Merece destaque a observação de Kant a respeito da liberdade:

²⁹ BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. Belo Horizonte: Del Rey. 1993. p. 14.

³⁰ *Idem, ibidem*, pp. 17-18.

“De fato, na obra kantiana, a liberdade aparece como ponto fundamental de toda sua reflexão ética. Pertencente ao mundo inteligível, o homem independe das causas determinantes do mundo sensível, por isso é livre. E porque é livre, é autônomo e pode dar leis a si mesmo.

A liberdade, ‘alicerce (schluss’tein) de todo o edifício do sistema da razão pura’, há de ser entendida, sobretudo, como independência da lei da causalidade universal.”³¹

Conforme Ada Pellegrini Grinover “(...) a liberdade é comumente definida como o poder de autodeterminação por força do qual o homem escolhe seu comportamento pessoal (...)”,³² conquanto a “(...) liberdade jurídica é o poder de autodeterminação, por força do qual o homem faz o que lhe apraz, ressalvado o que é defeso pela lei (...)”.³³

Dessa maneira, a liberdade jurídica estaria na ação do homem de decidir fazer o que lhe agrada, desde que o comportamento pessoal escolhido não seja vedado pelo ordenamento jurídico.

Ada Pellegrini Grinover sustenta que a autodeterminação do homem, advinda da escolha de seu comportamento pessoal, configura a liberdade jurídica como um ato essencialmente negativo, uma vez que seu exercício está condicionado ao respeito à liberdade alheia pela abstenção.³⁴

É indispensável ressaltar que não é a relação do homem com órgãos estatais que torna uma liberdade pública, mas sim a “(...) intervenção do Poder, através da consagração do direito positivo; estabelecendo, assegurando, regulamentando as liberdades, o estado as transforma em poderes de autodeterminação, consagrados pelo direito positivo.”³⁵

³¹ SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Fortaleza: Celso Bastos Editor. 1999. pp. 27/28.

³² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, p. 5.

³³ *Idem, ibidem*, p. 6.

³⁴ *Idem, ibidem*, p. 6.

³⁵ *Idem, ibidem*, p. 7.

Diante disso, as liberdades públicas são o reconhecimento dos direitos do homem, protegidos pelo direito positivo, acabando por ser a transformação do direito natural em direito positivo.

Intrinsecamente, as liberdades públicas já estão inseridas no contexto social como direitos do homem; o que ocorre é que a partir do instante em que elas passam a ser tuteladas pelo direito positivo, tornam-se liberdades públicas por estarem protegidas pelo Poder Estatal.

É relevante pontuar o pronunciamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁶ ao tratar do conceito de liberdades públicas, sustentando que estas constituem o núcleo dos direitos fundamentais.

Djanira Maria Radamés de Sá³⁷ preleciona que no momento em que a ordem jurídica absorve e reconhece diversos dos “direitos do homem” caracterizados como poderes de autodeterminação, ou seja, as “liberdades”, eleva-os ao patamar de liberdades públicas. Esta autora³⁸ sustenta que a utilização da expressão “direitos do homem”, como sinônimo de liberdades públicas, demonstra um completo equívoco, haja vista que o ser humano possui um conjunto de direitos inerentes ao seu estado natural, chamados de direitos naturais, que são decorrentes da natureza humana sem relação com a ordem jurídica.

Quando estes direitos do homem passam do âmbito do direito natural para o plano do direito positivo, tornam-se liberdades públicas.

Deve ser entendida como liberdade pública toda liberdade regulada pelo Estado, não ficando tal conceito, porém, limitado somente às liberdades decorrentes da relação existente entre o Estado e o particular.

Com maior amplitude, o conceito abrange as liberdades procedentes das relações entre o Estado e o particular, bem como as originárias das relações

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 28.

³⁷ SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo grau de jurisdição – conteúdo e alcance constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 15.

³⁸ *Idem*, *ibidem*, pp. 16/17.

existentes, exclusivamente, entre particulares, mas que são reguladas pelo Estado, sendo elas, portanto, neste patamar, liberdades públicas.

O conceito de liberdades públicas não se confunde com o de direitos do homem, os quais não levam em conta a regulamentação estatal, já que são direitos naturais de qualquer ser humano, que subsistem, ainda que nenhuma legislação no plano do direito positivo os preveja ou os regule. Os direitos do homem, segundo Ada Pellegrini Grinover,³⁹ constituem conceito que prescinde do reconhecimento e proteção do direito positivo, existindo ainda que a legislação não os estabeleça nem os assegure.

Como resultado, registre-se que não só a relação existente entre o Estado e o particular regida pelo primeiro, como também as relações estabelecidas entre particulares, subordinadas às normas estatais, podem ser conceituadas como liberdades públicas.

2.2 Liberdades Públicas (Limites e Função Jurisdicional)

As liberdades somente tornam-se públicas a partir do instante em que passam a ser tuteladas pelo Poder Estatal, transcendendo do direito natural para o positivo.

Após estarem devidamente protegidas pelo direito positivo, estas poderão ser reivindicadas e defendidas em juízo⁴⁰ pelos indivíduos, já que, de outra maneira, não teriam razão de passarem à tutela do Estado.

As liberdades do indivíduo representam limite à intervenção estatal, sendo vedado ao Estado interferir na órbita delas, senão em virtude de regras previamente estabelecidas segundo os ditames do princípio da legalidade.

Portanto, o Estado sofre limite de atuação quando em detrimento de direitos individuais do cidadão, incumbindo-se da proteção dos mencionados direitos

³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, p. 7.

⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 18.

por meio do legítimo exercício da atividade jurisdicional e da efetivação dos atos dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Como se vê, no plano do processo penal, a atuação do Estado fica limitada pelos direitos do acusado; no entanto, o próprio Estado, mediante o devido processo legal, deverá tutelar os direitos e garantias do réu.

Para que o indivíduo possa exercer judicialmente seu direito, torna-se necessário que a máquina estatal possibilite sua atuação perante os órgãos jurisdicionais de modo efetivo.

A função estatal no âmbito jurídico é subdividida em duas fases: na primeira, são estabelecidas as regras de conduta que deverão ser seguidas sob pena de respectiva sanção e, na segunda, surge a jurisdição, oportunidade em que as regras formadas na primeira fase serão efetivamente aplicadas ao caso concreto e, após a aplicação, o mandamento judicial terá o seu cumprimento.⁴¹

O exercício do *jus puniendi* nasce após a efetiva garantia do *jus libertatis* de qualquer cidadão, ou seja, a imposição da pena somente poderá ser exercitada após o Estado conceder ao acusado todos os direitos e garantias individuais próprios do processo penal, tais como os direitos à ampla defesa e ao contraditório.

Desse modo, para que as liberdades públicas sejam garantidas e colocadas em prática pelos indivíduos, é imprescindível que o devido processo legal seja respeitado com todas as garantias processuais por ele tuteladas: contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição e publicidade, entre outros.

Aliás, deve-se dizer que “garantir” o devido processo legal e contraditório – tutelados pela Carta Magna – é forma de acesso à justiça, conforme anota Cândido Rangel Dinamarco:⁴²

⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 17.

⁴² Cf. Cândido Rangel Dinamarco. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 133/134.

“Não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário e também quem recebe soluções atrasadas ou mal formuladas que não melhorem efetivamente a vida em relação ao bem pretendido. Todas as garantias integrantes da tutela constitucional do processo convergem a essa promessa-síntese que é a garantia do acesso à justiça assim compreendido”.

[...]

“Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade. Tais são os contornos do processo justo, ou processo équo, que é composto pela efetividade de um mínimo de garantias de meios e de resultados.”

O processo penal, em vista das liberdades do cidadão, está fixado como garantia do indivíduo e não o contrário. Antes de ser instrumento do *jus puniendi*, ele mostra-se como garantia individual do cidadão.

Desta maneira, deverá ser garantido aos que infringirem as normas do direito positivo um devido e justo processo legal, afastando-se a autotutela, autocomposição e o juízo de exceção, seguindo-se as regras constitucionalmente garantidas.

Nesse particular, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho assim se pronunciam:

“Da idéia individualista das garantias constitucionais-processuais, na ótica exclusiva de direitos subjetivos das partes, passou-se em épocas mais recentes, ao enfoque das garantias do ‘devido processo legal’ como sendo qualidade do próprio processo, objetivamente considerado, e fator legitimante do exercício da função jurisdicional. Contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade, etc., constituem é certo, direitos subjetivos

das partes, mas são, antes de mais nada, características de um processo justo e legal, não só em benefício das partes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional. Isso representa um direito de todo o corpo social, interessa ao processo para além das expectativas das partes e é condição inafastável para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa.

Nessa dimensão garantidora das normas constitucionais-processuais não sobra espaço para a mera irregularidade sem sanção. A atipicidade constitucional, no quadro das garantias, importa sempre numa violação a preceitos maiores, relativos à observância dos direitos fundamentais e a normas de ordem pública.”⁴³

A respeito do tema, prelecionam, ainda, que:

“Toda vez que houver infringência a princípios ou norma constitucional-processual que desempenhe função de garantia, a ineficácia do ato praticado em violação à Lei Maior, será consequência que surgirá da própria constituição ou dos princípios gerais do ordenamento.

[...]

Mas o que vale salientar é que não pode haver meras irregularidades sem sanção, quando se trate de infringência à norma de garantia. Assim, por exemplo, o processo desenvolvido perante um Tribunal de exceção, diverso do pré-constituído, segundo a Constituição e a lei, infringindo a garantia do artigo 5º, XXXVII, CF, importa na inexistência do processo, por ser o juiz natural verdadeiro pressuposto de existência da relação jurídico-processual.”⁴⁴

⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 24.

⁴⁴ *Idem*, *ibidem*, pp. 24/25.

Por conseguinte, a cláusula do *due process of law* garante que o indivíduo acusado de infringir uma norma penal não sofra abusos advindos da máquina estatal.

As garantias constitucionais deverão nortear o processo penal, asseverando que seja mantido e respeitado o princípio do devido processo legal, evitando-se que injustiças sejam cometidas em detrimento de todos os indivíduos.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ORIENTADORES DO DIREITO PENAL E DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

A Constituição Federal de 1988 guarda íntima relação com o processo penal brasileiro, uma vez que restringe a esfera de atuação do legislador ordinário, assegurando que a norma criada não extrapole a esfera de direitos e garantias individuais previstos na nossa Carta Magna.

Contudo, o papel exercido por esta Constituição não se limita ao estabelecimento de critérios de atuação do legislador infraconstitucional. Mais do que isso, a referida Constituição serve de parâmetro para a interpretação das normas já existentes em nosso ordenamento jurídico.

Isto se dá porque toda lei deve ser interpretada de acordo com os preceitos constitucionais, para que se tenha a exata dimensão de seu alcance e validade.

Neste ponto, cabe a citação de trabalho escrito por Ada Pellegrini Grinover, a qual explica que

“(...) o importante não é apenas realçar que as garantias do acusado – que são, repita-se, garantias do processo e da jurisdição – foram alçadas a nível constitucional, pairando sobre a lei ordinária, à qual informam. O importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. É vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional. É, como já se escreveu, proceder à interpretação da norma em conformidade com a Constituição. E não só em conformidade com sua letra, mas com o seu espírito. Pois a interpretação constitucional é capaz, por si só, de operar mudanças informais na Constituição, possibilitando que mantida a letra, o espírito da lei

fundamental seja colhido e aplicado de acordo com o momento histórico que se vive.”⁴⁵

A função reguladora exercida pela Constituição Federal está materializada mediante os direitos e garantias individuais previstos no artigo 5º e seus incisos, dos quais resultam princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal.

Pode ser dado como exemplo o princípio da reserva legal, que, além de previsto no artigo 1º do Código Penal de 1940, possui *status* constitucional por força do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, estabelecendo que “(...) *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.*”

Este princípio, aplicável às pessoas descritas no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, confere segurança jurídica necessária para o convívio em sociedade, já que garante que somente haverá punição das condutas praticadas pelo indivíduo quando houver lei penal anterior dispondo, abstratamente, sobre tal proibição.

Galdino Siqueira, ao tratar do princípio de reserva legal, coloca que um fato somente será considerado crime caso exista uma lei anterior assim o qualificando (*nullum crimen sine previa lege paenale*). O autor prossegue registrando que

“(...) a não ter havido essa prévia qualificação, qualquer que seja a intenção do agente, por mais perverso que se tenha mostrado, e mais danoso seja o fato, não há por ele sujeitar seu agente a qualquer repressão penal, o que importa em estatuir como prejudicial absoluta a indagação da incriminação legislativa da ação ou fato imputado. O dano poderá certamente constituir razão

⁴⁵ GRINOVER *apud* FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 15.

legítima de satisfação diante dos tribunais civis, mas nunca, desde que o legislador se cala, torna-se título legítimo de imputabilidade diante dos tribunais penais (...)" ⁴⁶

Este princípio, dos mais importantes na Constituição Federal, consagra o brocardo latino *tempus regit actum*, ou seja, qualquer ato praticado só será considerado crime se, ao tempo de ação, houver lei assim o considerando.

O mesmo artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, também consagra o princípio da anterioridade da lei, segundo o qual se exige a preexistência de norma penal abstrata, definindo a conduta típica, para que esta possa ser incriminada e punida.

Desta análise, conclui-se que a Constituição Federal, por meio dos princípios em exame, não atua na sociedade como norma opressora ou limitadora dos direitos do indivíduo, estabelecendo uma espécie de “faixa contínua”, onde este deverá transitar sem desvios ou mudanças de curso, sob pena de ser castigado. Este não é o objetivo da Carta Magna.

Ao contrário, o escopo da Constituição Federal, como guardiã das liberdades e garantias individuais, é assegurar ao indivíduo o convívio em sociedade da maneira mais ampla e irrestrita, afirmando-lhe que não será punido por cometimento de crime, salvo se houver norma incriminadora anterior que tipifique determinada conduta.

Ao analisar o princípio da legalidade à luz da Constituição Portuguesa, Manuel da Costa Andrade⁴⁷ ensina que

“(...) resulta claro que é a liberdade do cidadão, e não a liberdade dos órgãos de perseguição penal, que detém o primado. O princípio da legalidade, expresso nestas normas constitucionais,

⁴⁶ SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. p. 101.

⁴⁷ ANDRADE, Manuel de Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 22.

limita a actuação dos órgãos estaduais face ao indivíduo numa dupla direcção. Ele significa, por um lado, que as agressões à liberdade geral da acção só serão admissíveis quando permitidas por uma norma legal de autorização. Nisto se traduz o princípio da reserva de lei ou princípio da legalidade em sentido positivo (...)"

Portanto, a Constituição Federal não restringe, mas sim garante as liberdades e direitos individuais. Esta é a ideia aceita em nossa doutrina, conforme explica José Afonso da Silva,⁴⁸ ao asseverar que

"(...) o princípio da legalidade é nota essencial do Estado de Direito. É também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como vimos, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Toda a sua atividade fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei."

Além dos princípios da reserva legal e anterioridade, podem ser citados vários outros, com força constitucional, que são aplicáveis ao processo penal, como o princípio do contraditório. Este, também inserto no artigo 5º, inciso LV, da

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 189.

Constituição Federal, garante aos litigantes o direito de contrariar todas as manifestações, em sentido lato, da parte contrária.

Toda e qualquer manifestação levada a efeito “em processo judicial ou administrativo”, deve ser, portanto, antecedida de ciência da parte contrária, para que haja a devida oportunidade de contrariedade ou oposição.

Para Joaquim Canuto Mendes de Almeida,⁴⁹ o princípio do contraditório tem as seguintes

“(...) notas características: a) ciência que a cada litigante deve ser dada dos atos praticados pela parte contrária, e que se concretiza na necessidade de citação, de notificação e de intimação das partes; b) o termo da contrariedade, segundo o qual a citação, notificação e intimação devem determinar a fluência de um prazo para contrariar.”

Mais além de tais notas, relevantes na materialização do princípio em discussão, Frederico Marques⁵⁰ fala em obrigatoriedade de que “(...) *as partes sejam postas em condições de se contrariarem*”, citando, como exemplo, a nomeação obrigatória de defensor dativo ao acusado que não possua advogado constituído nos autos.

Neste ponto, cabe ressaltar que a condição imposta, segundo Frederico Marques, tem razão de ser, já que o Ministério Público, como órgão acusador, detém, por um lado, todo o aparato estatal em seu favor, cabendo ao Estado, por outro, proporcionar ao acusado os mesmos recursos necessários ao desenvolvimento de sua defesa.

Questão outra que também se afigura relevante diz respeito à incidência da referida garantia constitucional aos inquéritos policiais, os quais, além de não

⁴⁹ ALMEIDA, J. C. M. *apud* MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Companhia Editora Forense, 1961. p. 85.

⁵⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Companhia Editora Forense, 1961. p. 85.

incluídos no dispositivo constitucional, têm em sua conceituação jurídica doutrinária a característica de procedimento inquisitório, que não está abrangido pela garantia do contraditório.

Uma das razões de ser da exclusão de tal garantia constitucional ao investigado em inquérito policial justifica-se pela inexistência de previsão procedimental para este expediente na legislação em vigor.

A falta de previsão legal anunciada, que acaba por tornar o inquérito policial uma instrução preliminar desprovida de critérios ou sequência de atos, impede qualquer tentativa de emprestar à investigação policial as garantias constitucionais que revestem o processo judicial, já que fica a critério da autoridade policial a determinação das provas a serem produzidas. Além disso, tais provas, produzidas no restrito âmbito das investigações policiais, por óbvio, devem ser judicializadas em momento posterior, oportunidade em que serão asseguradas as garantias constitucionais inerentes ao processo penal.

Mas, tal entendimento, é contrariado por parte da doutrina, como se pronuncia Rogério Lauria Tucci,⁵¹ que sustenta a necessidade de que seja garantido o efetivo contraditório durante todo o desenrolar da *persecutio criminis*, inclusive na fase de investigação, não podendo tal direito ser transformado em mero requisito formal.

No entanto, o mesmo autor ressalva as hipóteses em que se estabelece o “contraditório diferido”, pois, nestes casos, a garantia do contraditório ao investigado poderia prejudicar a “*informatio delicti*”, por exemplo, nos casos em que se determina uma busca e apreensão ou interceptação telefônica.

De igual importância deve ser destacado o princípio da ampla defesa previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988,⁵² que assegura a todos o direito à defesa no processo penal, ou seja, garante ao indivíduo o direito de agir em benefício da manutenção do seu estado de inocência. Este direito, inserto no princípio da ampla defesa, tem validade durante todo o curso

⁵¹ TUCCI, R. L. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 295.

⁵² “(...) aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

do processo, devendo o juiz garantir ao acusado de forma concreta e eficiente a possibilidade de oposição à atuação da acusação, uma vez que se trata de direito indisponível do indivíduo.

Pode ser fornecido exemplo em que o acusado não constitui advogado para contrapor os argumentos acusatórios, sendo que, na hipótese, caberá ao juiz nomear-lhe advogado custeado pelo Estado, em obediência ao princípio da ampla defesa previsto na Constituição Federal.

Este princípio, diferentemente do princípio do contraditório, examinado anteriormente, aplica-se integralmente ao inquérito policial, devendo ser garantido ao investigado o direito de agir em benefício do seu estado de inocência, em detrimento da própria ação da acusação voltada para a formação da culpa.

A ampla defesa pode ser dividida em autodefesa e defesa técnica, consideradas ambas com a mesma importância, segundo a legislação brasileira.

A autodefesa é exercida diretamente pelo acusado, que, mesmo sem os conhecimentos técnicos da ciência jurídica, utiliza a sua lógica e conhecimento dos fatos para afastar a imputação que lhe desfavorece.⁵³

Surge a autodefesa já na prisão em flagrante, quando o acusado exerce o seu direito ao silêncio, o que faz emergir em complemento a presunção à inocência, cujo conteúdo será examinado adiante.⁵⁴

Por outro lado, além da autodefesa exercida diretamente pelo acusado, o princípio da ampla defesa constitucionalmente garantido assegura ao acusado o direito a uma defesa técnica, exercida por um advogado por ele constituído, ou, na sua ausência, um defensor nomeado e custeado pelo Estado.

A defesa técnica tem a responsabilidade de agir em favor do acusado, deduzindo toda a matéria jurídica que possa beneficiar a defesa dos interesses

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais processuais e enfoques penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 264.

⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 264.

do réu ou investigado, o que ocorrerá em todas as fases e instâncias do processo.

Diretamente relacionado ao princípio da ampla defesa, encontra previsão na Constituição Federal⁵⁵ o princípio da presunção da inocência, cuja existência garante ao indivíduo o estado de inocência desde o seu nascimento até o momento em que ele cometa uma infração penal e que seja provada a sua culpa pela acusação.

Este princípio é de suma importância para o Estado Democrático de Direito, configurando a inocência um dos valores que compõe a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental segundo o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Segundo Guilherme de Souza Nucci,⁵⁶ o estado de inocência fica abandonado somente com a condenação transitada em julgado, ao menos em relação ao delito em foco. No entanto, isto não significa que a referida condenação seja um estigma social eterno. A situação retratada é particular e voltada para o caso concreto.

O acusado, segundo afirma o autor acima mencionado, pode reunir várias condenações criminais definitivas; mas nada lhe retira do estado de inocência natural, inerente ao mesmo indivíduo, o que lhe garante seja assim tratado, como inocente, em futuras acusações que sobrevenham em detrimento do mesmo.

O direito acima elencado, de ser presumido inocente, é indisponível e irrenunciável, sendo valor integrante da dignidade da pessoa humana, daí a conclusão de que se presume alguém inocente ou não culpado por tratar-se de estado natural do indivíduo.

Logo, em caso de cometimento de infração penal, cabe ao Estado desconstituir este estado de inocência no processo penal, produzindo provas tendentes à

⁵⁵ “(...) ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 239.

demonstração da infração cometida, jamais podendo este ônus ser transferido para o acusado.

Outro princípio que limita a atuação estatal, no curso do processo penal, é o da vedação das provas ilícitas, previsto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal,⁵⁷ fundamentado na necessidade de se garantir ao acusado um julgamento imparcial, orientado pelos ditames do devido processo legal.

Assim é que o legislador constituinte, procurando garantir ao acusado um julgamento justo e imparcial, com todas as garantias inerentes ao devido processo legal, como o contraditório e a ampla defesa, fez com que fosse preservada a licitude da prova utilizada neste julgamento, preservando a sua origem e o seu modo de produção.

Conforme anota Guilherme de Souza Nucci,⁵⁸ a idoneidade da prova deve ser colocada acima de qualquer interesse no processo penal, pois o julgamento justo só se fará mediante a utilização de provas sérias e escorreitas, sem qualquer vício ou ilicitude.

Não se admite sequer, na esteira de tal entendimento, que seja utilizada a prova ilícita, a pretexto de punir conduta igualmente ilícita, devendo o juiz obedecer estritamente os limites da produção e utilização da prova observando e avaliando a sua origem, bem como a legalidade de sua obtenção.

Questão que se apresenta e deve ser mencionada, dada a sua importância para o enfrentamento do tema discutido no presente trabalho, é a possibilidade de utilização da prova considerada ilícita para a fundamentação da absolvição do acusado no processo penal.

Como visto, não será admitida a utilização da prova ilícita no processo penal, devendo o juiz apenas admitir a prova como elemento de convicção das suas decisões quando a sua origem estiver fundada na lei e no devido processo legal; porém, tal regra deverá ser mitigada ou deixada de lado quando a prova obtida de forma ilícita for capaz de absolver o acusado.

⁵⁷ “(...) são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 323.

Esta conclusão, que conduz a possibilidade de utilização da prova ilícita em favor do acusado, se dá em virtude da manutenção do estado de inocência do indivíduo e, sobretudo, da realização da justiça e afastamento dos erros do judiciário.

O contrário não se afigura possível, já que, como dito anteriormente, não se admite a produção de provas ilícitas e, muitas vezes, até criminosas, tendo como justificativa a punição de outro ilícito.

Por conseguinte, questão que deve ser enfrentada diz respeito à necessidade ou não da criminalização de toda e qualquer conduta que tenha reprovação social.

O princípio da intervenção mínima estabelece que só será admitida a proteção de determinado bem jurídico mediante a criação de lei penal, quando este bem não puder ser protegido por outros ramos do Direito.

O princípio da intervenção mínima norteia e limita o Poder Legislativo estatal, na medida em que estabelece a obrigatoriedade de tratamento do Direito Penal como *ultima ratio*, ou seja, só será utilizado quando não houver outros meios de se coibir conduta lesiva à sociedade, justificando a atuação da norma penal.

Nos dizeres de Teresa Aguado Correa,⁵⁹

“(…) em virtude do princípio de intervenção mínima, somente devem ser protegidos os bens jurídicos mais importantes diante dos ataques mais graves. A importância desse princípio como limitador do *jus puniendi* é reconhecida tanto pela Constituição e o Tribunal Constitucional quanto pelo legislador, não somente no

⁵⁹ CORREA, Tereza Aguado. **El principio de proporcionalidad en derecho penal**. Madrid: Edersa, 1999. p. 220. “(…) en virtud del principio de intervención mínima, sólo se deben proteger los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves. La importancia de este principio como principio limitador del ius puniendi es reconocida tanto por la Constitución y el Tribunal Constitucional como por el legislador, no sólo en el ámbito del Derecho Penal, sino también en el ámbito del Derecho administrativo. Así, en los casos en los que en la Norma fundamental se contempla la posibilidad de que el legislador acuda a las sanciones penales, se niega que exista una obligación, puesto que habrá que valorar la necesidad de tal protección.”

âmbito do Direito Penal, mas também no do Direito Administrativo.” (Tradução nossa)

Na esteira deste entendimento, vale ressaltar que cabe unicamente recorrer ao Direito Penal em casos de estrita necessidade, quando nos depararmos com ofensas aos direitos fundamentais, que não possam ser combatidas por outros ramos do Direito.

Alguns doutrinadores vão além, defendendo sanções alternativas para alguns crimes existentes em nosso ordenamento jurídico, que são considerados leves pela pouca relevância do bem jurídico tutelado, imprimindo-se maior rigor no combate aos demais delitos.

Nesta linha, Antonio Scarance Fernandes⁶⁰ relata a existência de “(...) *forte movimento no sentido de serem simplesmente eliminados do ordenamento ou transformados em infrações administrativas (...)*” os crimes considerados leves.

O princípio da subsidiariedade, na mesma linha, consiste no limite de utilizar-se o Direito Penal somente quando outros ramos do Direito não forem eficazes à proteção de determinado bem jurídico.

É o obstáculo ao *jus puniendi*, pois limita a atuação do Direito Penal, que, como norma de maior severidade, deve somente punir as condutas que não puderem ser coibidas por outros ramos do Direito, daí sua atuação subsidiária.

Em relação à possível existência de uma ordem de valores na Carta Magna, conclui-se que o legislador constituinte quis estabelecer critérios diferenciados para a proteção de alguns bens jurídicos na Constituição Federal de 1988.

O critério que diferencia a proteção de alguns valores em face de outros é a severidade no tratamento de determinadas questões, que, sob o ponto de vista do legislador constituinte, necessitam de maior proteção e garantias.

⁶⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 22.

Assim, a Constituição Federal privilegiou alguns direitos e garantias, colocando-os em posição de destaque e valorando-os de maneira diversa e preferencial.

Exemplo desta diferenciação para determinados bens jurídicos pode ser dado pelo artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, que estabelece como imprescritível e inafiançável a prática de racismo.

Quando o legislador constituinte imprimiu maior rigor à prática da conduta de racismo, procurou dar uma mensagem à sociedade e ao legislador ordinário no sentido de que o bem tutelado, neste caso, será tratado de maneira especial e que a sua valoração é diversa para a Constituição Federal.

Tal valoração, de ordem constitucional, na óptica do presente estudo, deve ser cotejada com o princípio da proporcionalidade, onde o legislador deverá estabelecer uma pena justa ao delito, tendo como critério a importância do bem jurídico tutelado. É o que a doutrina intitulou de “proporcionalidade abstrata”, a qual é dirigida ao legislador, que, no momento da criação da pena aplicável, deverá guardar coerência com a gravidade da conduta a ser punida e todo o sistema penal já existente.

Nesta linha de pensamento, cabe ao legislador analisar a gravidade da ilicitude em face do bem jurídico a ser abstratamente protegido – dado que o sistema pátrio somente permite a punição de condutas anteriormente tipificadas pelo legislador – para, então, estabelecer pena proporcional, obedecendo à ordem de valores estabelecida pela nossa Constituição.

Por essa razão, o critério que deve diferenciar a gravidade das penas “(...) *deverá ser proporcional à gravidade do fato antijurídico, à gravidade do injusto, sendo fundamental à gravidade intrínseca do fato, ou seja, o desvalor da ação e desvalor do resultado.*” ⁶¹ (Tradução nossa)

⁶¹ CORREA, Tereza Aguado. *Op. cit.*, p. 285. “(...) ha de ser proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, a la gravedad del injusto, siendo fundamental la gravedad intrínseca del hecho, es decir, el desvalor de acción y desvalor de resultado.”

4 DIGNIDADE HUMANA COMO SUPRAPRINCÍPIO ORIENTADOR DOS LIMITES À INTERVENÇÃO ESTATAL

A Constituição Federal da República tem como princípio fundamental a liberdade individual do cidadão, que se caracteriza de forma mais marcante pelos direitos humanos, sobretudo no valor representativo da pessoa humana.⁶²

O artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal impõe de maneira expressa e inequívoca o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio tem como base uma gama de valores, direitos e garantias individuais essenciais ao cidadão, valorados pelo legislador constitucional como fundamentais à condição humana, tornando-os absolutos e preexistentes aos demais princípios do Estado Democrático de Direito.

Este princípio, considerado pela sua natureza essencial como um supraprincípio, antecede aos demais princípios orientadores do Estado Democrático de Direito, não podendo ser afastado como garantia da existência de outros direitos previstos na Constituição Federal, dada a sua condição essencial ao ser humano.

A dignidade da pessoa humana, por sua definição, compreende todos os atributos contidos nos direitos fundamentais de ordens pessoal, física, social, essenciais ao ser humano em razão da sua própria existência.

A dignidade da pessoa humana é um princípio supremo, no qual está alicerçado o Estado Democrático de Direito, bem como o ordenamento jurídico,⁶³ sendo o limite da jurisdição e da intervenção estatal.

⁶² PEREIRA, Claudio José Langroiva. *Op. cit.*, p. 42

⁶³ ALPOIM, Paulo. *In*: MARQUES DA SILVA, Marco Antonio e MIRANDA, Jorge (coordenadores). **Tratado luso-brasileiro da dignidade da pessoa humana**. 7. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008. pp. 898-902.

A pessoa é a unidade do sistema, o fundamento e a finalidade da sociedade e, até, do Estado Democrático de Direito, de tal forma que a sua dignidade humana deverá ser preservada a todo o custo e acima de qualquer outro motivo, ainda que este motivo encontre fundamento diverso na Constituição.

O valor absoluto está no homem pessoal, concreto, na sua vida real, e não no abstratamente conceituado, acima da comunidade ou do grupo social ao qual pertence.⁶⁴

Consequentemente, o princípio da dignidade da pessoa humana, como fonte dos demais direitos individuais, serve de limite para a própria intervenção nas relações sociais, devendo ser notado cada indivíduo isoladamente no grupo social em que vive.

Diante disso, deve ser considerada a pessoa humana segundo o seu meio social, o seu modo de vida e a sua individualidade, respeitando-se o princípio da igualdade, na medida das desigualdades de cada indivíduo.

A intervenção do Estado encontra seu limite nesse supraprincípio constitucionalmente garantido, haja vista que em nenhuma hipótese poder-se-ia flexibilizar o direito à dignidade da pessoa humana. Neste sentido, Fernando Ferreira dos Santos sustenta que:

“(...) a pessoa é um *minimum* invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, dissemos que a dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto, porquanto, repetimos, ainda que se opte, em determinada situação, pelo valor coletivo, por exemplo, esta opção não pode nunca sacrificar, ferir o valor da pessoa.”⁶⁵

Mais adiante, o referido autor conclui:

⁶⁴ *Idem, ibidem*, pp. 899-901.

⁶⁵ SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Op. cit.*, p. 94.

“Com efeito, e nunca é demais lembrar, em virtude da primazia da dignidade da pessoa humana, esta há de permanecer inalterável qualquer que seja a situação em que a pessoa se encontre, constituindo, em consequência, um *minimum* invulnerável que todo ordenamento jurídico deve assegurar, e que nenhum outro princípio, valor, ser pode sacrificar, ferir o valor da pessoa.”⁶⁶

Valéria Diez Scarance Fernandes Goulart, sobre o supraprincípio da dignidade da pessoa humana, sustentou:

“A dignidade da pessoa humana importa considerar que há um núcleo invulnerável de direitos. Em regra, os direitos fundamentais devem ser preservados mesmo quando se investiga um fato gravíssimo ou quando há risco para a coletividade.

[...]

Contudo, há um núcleo inatingível do indivíduo, representado pelos direitos à integridade física e vida. Nenhuma situação, por mais grave que seja, pode autorizar o Estado a violar a saúde, higidez física ou mental ou provocar a morte de alguém.”⁶⁷

A dignidade da pessoa humana é esse núcleo inatingível pelo poder estatal, ainda que pesem outros princípios constitucionais orientadores do Direito Penal e do Direito Processual Penal, liberdades individuais distintas ou situações de alta gravidade.

A valoração do princípio da dignidade da pessoa humana faz com que este prevaleça sobre quaisquer outros princípios constitucionalmente garantidos, sendo inviolável e não existindo hipótese alguma de flexibilização. Nosso

⁶⁶ *Idem, ibidem*, p. 105.

⁶⁷ GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. In: MARQUES DA SILVA, Marco Antonio e MIRANDA, Jorge (coordenadores). **Tratado luso-brasileiro da dignidade da pessoa humana**. 7. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008. p. 938.

Excelso Pretório, ao se manifestar a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, pronunciou o seguinte:

“(...) na sua acepção originária, este princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. A propósito, em comentários ao art. 1º da Constituição alemã, afirma Günther Dürig que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (‘rechtliches Gehör’) e fere o princípio da dignidade humana (‘Eine Auslieferung des Menschen in ein staatliches Verfahren und eine Degradierung zum Objekt dieses Verfahrens wäre die Verweigerung des rechtlichen Gehörs.’).”⁶⁸

Com efeito, a proteção do acusado diante da intervenção estatal decorre do reconhecimento de que ele é sujeito de direitos próprios e inerentes à integridade de sua condição humana, que devem, acima de quaisquer alegações, permanecer intocados, tornado a persecução processual penal limitada.

4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Limites Constitucionais da Intimidade

O conceito de dignidade da pessoa humana, ao longo do tempo, foi sendo aperfeiçoado – e ainda continuará –, devendo ser invocado em conjunto com todos os direitos fundamentais previstos em nossa Carta Magna.

⁶⁸ *Habeas Corpus* n.º 87.111-9/RS, Segunda Turma, v.u., j. em 21.2.2006, relator o ministro Gilmar Mendes. Sítio eletrônico: <www.stf.jus.br>.

Conforme anota Jorge Miranda,⁶⁹ a ligação entre a dignidade humana e os demais direitos fundamentais teve início no Estado Social de Direito, mais precisamente com as Constituições e os grandes textos internacionais subsequentes à Segunda Guerra Mundial.

Segundo Scarance Fernandes,⁷⁰

“(...) o princípio da dignidade humana é largamente invocado; o difícil é dar-lhe concretude de maneira a exercer seu papel relevante na proteção dos indivíduos, não perdendo a sua eficácia na constante, genérica e vazia alusão a ofensas que lhe são dirigidas, sem serem, contudo, melhor delimitadas.”

Prossegue o autor, anotando que

“(...) o princípio é um valor do ordenamento jurídico, representando, assim, a inspiração de outros princípios e de regras constitucionais, sendo, portanto, a origem de muitos preceitos da legislação existente.”

José Luiz Quadros Guimarães⁷¹ registra que

“(...) a historicidade é fundamental neste conceito uma vez que é a sua compreensão dentro de uma cultura específica que gera o sentimento de bem-estar e segurança social típico de uma situação de respeito aos direitos de todos. As necessidades de

⁶⁹ MIRANDA, Jorge. In: MARQUES DA SILVA, Marco Antonio e MIRANDA, Jorge (coordenadores). **Tratado luso-brasileiro da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008. p. 168.

⁷⁰ SCARANCE FERNANDES, Antonio. In: MARQUES DA SILVA, Marco Antonio e MIRANDA, Jorge (coordenadores). **Tratado luso-brasileiro da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008. p. 539.

⁷¹ QUADROS DE MAGALHÃES, José Luiz. **Comentários à constituição federal de 1988**. São Paulo: Forense, 2009. p. 21.

uma cultura, em um tempo e em um espaço específicos, são e podem ser muito diferentes.”

O poder constituinte, sabiamente, inseriu a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, não podendo ser mitigado em favor de outros direitos previstos na Constituição. Em sua essência, contempla todos os demais direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, resistindo, assim, ao tempo, mesmo que sua definição se altere.

O princípio da dignidade da pessoa humana fixa limite à própria atuação estatal, já que não admite que o poder de punir do Estado seja materializado sem que se observe este princípio.

Consoante a Constituição Federal, a realização do Estado Democrático de Direito ficará sujeita à aplicação da norma, respeitando-se sempre os direitos e garantias fundamentais, preservando-se a dignidade humana como ponto de partida essencial à realização destes demais direitos.

Conforme anotou Marco Antonio Marques da Silva,⁷² a dignidade da pessoa humana, embora sem definição conceitual específica que a caracterize, é um valor interno de cada indivíduo superior a qualquer outro e que implica em liberdade, igualdade e justiça.

Pode-se dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana engloba todos os princípios e direitos fundamentais norteadores do processo penal e, caso quaisquer dessas garantias sejam violadas, poderá restar violado o supraprincípio da dignidade da pessoa humana.

⁷² MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. *In*: MARQUES DA SILVA, Marco Antonio e MIRANDA, Jorge (coordenadores). **Tratado luso-brasileiro da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008. p. 235.

Na teoria absoluta, o núcleo fundamental do Direito, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia, em hipótese alguma, ser afetado, pois se assim o fosse, o próprio direito deixaria de existir.⁷³

Sobre o tema, assim comentou Tércio Sampaio Ferraz Junior: “(...) o *fundamento da privacidade não é a propriedade, mas a liberdade (...)*”, de maneira que:

“A privacidade não protege posses, propriedades, mas relações: de confiança, de lealdade, estratégias, de proteção ao foro íntimo contra a curiosidade etc. Daí a importância da exclusão de terceiros e da resistência à intromissão.”⁷⁴

E concluiu que:

“A liberdade de ‘negação’ de informar o próprio pensamento tem a ver com a privacidade. Ninguém pode ser constrangido a informar sobre a sua privacidade. Mesmo a liberdade de omitir informação privativa é, porém, também um fato que tem por limite a liberdade de comunicar uma informação privativa: esta possibilidade é um fato que está na base da denúncia e do comportamento do denunciante. Diante deste fato a Constituição não proíbe, mas ressalva e garante o sigilo profissional, isto é, a faculdade de resistir ao devassamento de informações – mesmo ilegais – que um sujeito, em razão de sua profissão, pode lhe ver confiadas (art. 5.º, XIV).”⁷⁵

⁷³ SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Op. cit.*, p. 104.

⁷⁴ Cf. Tércio Sampaio Ferraz Junior. **Sigilo bancário**. Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem, n.º 14, 2001. pp. 19/20.

⁷⁵ Cf. Tércio Sampaio Ferraz Junior. **Sigilo bancário**. Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem, n.º 14. São Paulo, 2001. pp. 22/23.

4.2 Os Conceitos de Intimidade e Vida Privada e as Previsões Constitucionais

Conforme refere Grinover,⁷⁶ a evolução das relações sociais, reconhecidamente, tem interferido na esfera de privacidade do indivíduo, a pretexto da realização do interesse público, a ponto de ameaçar dissolver este indivíduo no coletivo.

A dicotomia entre o interesse social e a liberdade individual, reconhece a autora, tem demandado maior preocupação em relação ao problema da tutela da intimidade, esta considerada um dos atributos da personalidade.

Percebe-se grande importância no estudo da intimidade, especialmente em sua relação com o processo penal, já que a primeira se insere no quadro de liberdades públicas e sua violação pode, em determinado momento, adentrar o campo das provas ilícitas, considerando o texto constitucional e o consequente tratamento dado ao tema pela norma maior.

Diferenciar ou separar a intimidade da vida privada não é tarefa simples; mas José Afonso da Silva,⁷⁷ sobre a intimidade refere:

“Segundo René Ariel Dotti a intimidade se caracteriza como a ‘esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais’, o que semelhante ao conceito de Adriano de Cupis que define a intimidade (*riservatezza*) como o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento de outrem de quanto se refira à mesma pessoa”.

⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, p. 67.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 206.

Paulo Gustavo Gonet Branco,⁷⁸ por sua vez, declara que o conceito de intimidade seria espécie do gênero “privacidade”, no seguinte sentido:

“Embora a jurisprudência e vários autores não distingam, ordinariamente, entre ambas as postulações – de privacidade e de intimidade –, há os que dizem que o direito à intimidade faria parte do direito à privacidade, que seria mais amplo. O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.

O direito à privacidade é proclamado como resultado da sentida exigência de o indivíduo ‘encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometido pelo ritmo da vida moderna’.

A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade.”

Por outro lado, José Afonso da Silva define vida privada como

“(...) conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida. [...] A vida interior, que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos, é a que integra o conceito de vida privada, inviolável nos termos da Constituição.”

⁷⁸ COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op.cit.* p. 469.

Alexandre de Moraes,⁷⁹ objetivamente, diferencia os dois conceitos “(...) *por meio da menor amplitude do primeiro (intimidade), que se encontra no âmbito de incidência do segundo (vida privada).*” Assim, o conceito de intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, enquanto o de vida privada envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como os comerciais, de trabalho, de estudo etc.

Já Haddad Jabur⁸⁰ classifica intimidade como

“(...) o direito personalíssimo que confere ao seu titular a possibilidade de viver de modo particular, próprio e inadmitir a ingerência ou intromissão alheia, representada pela curiosidade que busque adentrar o universo restrito e pouco compartilhável do indivíduo, limitando ao convívio de familiares e pessoas próximas.”

Em relação à vida privada, o mesmo autor a define como a esfera que concentra, em escala decrescente, outros direitos relativos à restrição de vida pessoal, imposta na medida em que a intimidade é restringida.

Tal diferenciação entre os conceitos mostra-se imprescindível, já que justifica o tratamento constitucional dado à matéria. Isso porque, foi na Carta Constitucional de 1988 que foram garantidos os direitos à intimidade e à vida privada, inclusive com mecanismos para inibição e reparação de danos decorrentes de sua violação, conforme artigo 5º, incisos X, XI e XII, da Constituição Federal.

Especificamente por essa razão que José Afonso da Silva assentou que a esfera de inviolabilidade da intimidade do cidadão é ampla, ao comentar o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal:

⁷⁹ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 145.

⁸⁰ JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 261.

“(...) abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo. A doutrina sempre lembra que o Juiz americano Cooly, em 1873, identificou a privacidade como o direito de ser deixado tranquilo, em paz, de estar só: Right to be alone. ‘O right of privacy compreende, decidiu a Corte Suprema dos Estados Unidos, o direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera da sua vida privada’.”⁸¹

Para José Afonso da Silva:⁸²

“A tutela constitucional visa proteger as pessoas de dois atentados particulares: (a) ao segredo da vida privada; e (b) à liberdade da vida privada. O segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade. Para tanto, é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbações de terceiros. São duas variedades principais de atentados ao segredo da vida privada, nota Kayser: a divulgação, ou seja, o fato de levar ao conhecimento do público, ou a pelo menos um número indeterminado de pessoas, os eventos relevantes da vida pessoal e familiar; a investigação, isto é, a pesquisa de acontecimentos referentes à vida pessoal e familiar; envolve-se aí também a proteção contra a conservação de documento relativo à pessoa, quando tenha sido obtido por meios ilícitos.”

Já com relação ao domicílio, sob a égide do inciso XI do artigo 5º, Paulo Gustavo Gonet Branco⁸³ assinala que o domicílio delimita um espaço físico em que o indivíduo desfruta da privacidade em suas variadas expressões e, por isso, não deve ali sofrer intromissão por terceiros, gozando da tranquilidade da vida íntima.

⁸¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 205.

⁸² *Idem, ibidem*, p. 207.

⁸³ COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 480.

Com relação ao sigilo das informações, albergado pelo inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, cabe registrar as palavras de Carlos Alberto Hagstrom a esse respeito, ao afirmar que:

“(...) a Constituição brasileira de 1988, seguindo o mesmo modelo, além das tradicionais garantias de inviolabilidade do domicílio e da correspondência, assegurou serem invioláveis o sigilo ‘das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas’ (art. 5º, XII), bem como ‘a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas’ (art. 5º, X). Ora, em vários países, a partir de textos constitucionais análogos, doutrina e jurisprudência formularam a nova construção, entendendo residir no mandamento constitucional o fundamento último do segredo bancário. A base dessa construção é o reconhecimento de que o direito à intimidade tem caráter geral, abrangendo os múltiplos aspectos em que se desdobra a vida privada, inclusive os de ordem econômico-financeira, componentes da chamada ‘intimidade econômica’ ou ‘intimidade patrimonial’.”⁸⁴

Juliana Garcia Belloque, nessa mesma linha, asseverou o que segue:

“Trata-se o segredo, portanto, de um *estado de fato protegido pelo Direito*: o estado de discrição ou reserva quase absolutas, ou seja, o titular da informação deseja restringir a sua transmissão a terceiros e o faz por uma vontade juridicamente relevante, em razão de uma disposição legal ou da própria natureza do fato. O sigilo corresponde, portanto, a instrumento de proteção do próprio sistema financeiro nacional e este tem tamanha importância econômica para o país que mereceu disciplina autônoma na Constituição da República. O sistema financeiro nacional, além de contribuir violentamente na arrecadação de tributos, traz segurança à poupança e aplicação de valores, financia as atividades que geram desenvolvimento econômico, sendo sua

⁸⁴ HAGSTRON, Carlos Alberto Hagstrom. **Sigilo bancário: novas questões**. In: Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro, n.º 105. São Paulo, 1997. pp. 43/44.

força imprescindível à estabilidade política e credibilidade internacional.”⁸⁵ (Grifo nosso)

Aliás, o inciso LX do artigo 5º da Constituição, em conjunto com o seu artigo 93, assegura, ainda, a restrição da publicidade dos atos processuais, quando assim necessário, para a preservação da intimidade do indivíduo.

Sobre o tema, manifestou José Carlos Barbosa Moreira Alves que:⁸⁶

“[...] as situações de risco para a preservação da intimidade, no curso do processo, ficam agravadas pela publicidade a que este se sujeita. Uma coisa, com efeito, é a simples possibilidade de terem acesso algumas pessoas (em regra vinculadas pelo sigilo profissional) ao conhecimento de aspectos de nossa vida íntima; outra, bem diversa, é vê-la exposta à curiosidade de um número indefinido de estranhos.”

Nesse sentido, resta claro que a vontade do constituinte foi possibilitar a defesa da intimidade e da vida privada autonomamente, dando ampla proteção aos dois institutos.

⁸⁵ BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo bancário**: análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 74.

⁸⁶ ALVES, José Carlos Barbosa Moreira. Processo civil e direito à preservação da intimidade. In: **Temas de direito processual**: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. pp. 16/17.

5 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

5.1 Introdução

A evolução da sociedade e da própria criminalidade, esta última cada vez mais organizada, fez com que surgisse a necessidade de criação de novos mecanismos de investigação, com maior eficácia que os meios tradicionais de obtenção de provas.

Atualmente, verifica-se a utilização em larga escala de mecanismos de investigação, cuja utilização tem ênfase em métodos de tecnologia avançados, muitas vezes com velocidade jamais vista, tudo isso visando o acompanhamento desta evolução apresentada pelas organizações criminosas, buscando-se, por fim, maior efetividade da justiça penal.

Contudo, o problema que se apresenta diante desta evolução dos métodos de investigação está relacionado com a recorrente ofensa de garantias e direitos individuais do investigado, tendo em vista que os novos métodos utilizados pelos órgãos de repressão estatal mostram-se cada vez mais invasivos, o que torna a sua utilização passível de violação das liberdades *lato sensu* dos cidadãos.

Assim, diante do evidente aumento do emprego destes novos métodos de investigação, pode-se notar o conflito que se apresenta entre os direitos e garantias individuais do acusado e o interesse público do Estado na punição efetiva destes delitos.

O confronto trazido à discussão entre os dois interesses visivelmente antagônicos tem sido largamente discutido pela doutrina dedicada ao tema, já que é de extrema importância definir em quais situações devem ceder os direitos e garantias individuais, como o direito à intimidade, previsto no artigo

5º, inciso X, da Constituição Federal, para que, em contrapartida, prevaleça o interesse público do Estado.⁸⁷

Este é o grande desafio que tem sido apresentado aos operadores do Direito, que têm como missão realizar a correta adequação e aplicação do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal,⁸⁸ cuja redação autoriza a interceptação das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução de processo penal.

5.2 Definição e Natureza Jurídica

O conceito de interceptação telefônica tem sido amplamente discutido pela doutrina dedicada ao assunto, colocando-se, como ponto de partida, distinção entre as conversas gravadas por um dos interlocutores do diálogo e comunicações obtidas por terceiro que seja estranho ao diálogo travado.

Tal discussão apresenta grande importância jurídica, já que, segundo Ada Pellegrini Grinover, somente deve ser entendida como interceptação telefônica a captação por terceiro de diálogo mantido entre duas pessoas, sem o conhecimento de, pelo menos, um dos interlocutores.⁸⁹

Já Alexandre de Moraes,⁹⁰ com sutil diferenciação, afirma em relação à interceptação telefônica que se trata de “(...) *captação de gravação de conversa telefônica, no mesmo momento em que ela se realiza, por terceira pessoa sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores.*”

Segundo tais entendimentos, fica automaticamente excluída do conceito de interceptação telefônica a conversa gravada por uma das partes do diálogo,

⁸⁷ CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Artigo 5º, inciso X: “(...) são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

⁸⁸ *Idem*, inciso XII: “(...) é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, p. 199.

⁹⁰ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 161.

sem a autorização da parte contrária, cuja conduta não foi prevista pela Lei Federal n.º 9.296/96 e, portanto, não se sujeita à regra prevista em tal diploma legal.⁹¹

Desta conclusão, obviamente, extraem-se outras, como consequência lógica, podendo ser apontada a inaplicabilidade do artigo 10 da Lei n.º 9.296/96,⁹² ao interlocutor, que grava conversa mantida com a outra parte do diálogo sem a autorização deste último.

Fato é que a interceptação telefônica, de acordo com a maioria doutrinária, fica restrita às conversas obtidas por terceiro estranho ao diálogo interceptado, que capta o conteúdo da conversa, podendo gravá-lo ou não.

No que concerne à natureza jurídica da interceptação surge divergência entre os estudiosos do tema, podendo a interceptação telefônica ser vista como o poder conferido à autoridade judiciária para inspecionar tais comunicações. Ou então, entre a maioria dos doutrinadores, pode ser encarada a interceptação telefônica como a obtenção de provas similar à faculdade de apreensão.⁹³

Na opinião de Ada Pellegrini Grinover,⁹⁴ a interceptação telefônica, por sua natureza jurídica, deve ser tida como apreensão imprópria, consistente em operação técnica por meio da qual se realiza a apreensão não de documentos, mas de elementos fonéticos que são as conversas telefônicas.

É interessante notar que, dentro de tal conceituação, a mesma doutrinadora estabelece distinção sobre o tema quando afirma que a operação técnica, realizada com o intuito de captar as conversas telefônicas, traduz-se em meio de prova, sendo que o resultado obtido em tal operação técnica será considerado a fonte de prova.

⁹¹ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁹² Artigo 10 da Lei n.º 9.296/96: "(...) constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei."

⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, p. 200.

⁹⁴ *Idem, ibidem*, pp. 200/203.

5.3 Interceptação Telefônica segundo a Constituição Federal Brasileira

A Constituição Federal de 1988 abriu a possibilidade de acesso ao sigilo das comunicações telefônicas, excepcionando a sua utilização como meio de prova em inquéritos policiais ou processos penais,⁹⁵ admitindo a utilização deste mecanismo de investigação em situações específicas descritas no texto constitucional.

A Constituição de 1937 trazia iniciativa semelhante, já que o artigo 122, inciso VI, assegurava a inviolabilidade da correspondência, salvo hipóteses previstas em lei.⁹⁶

Entretanto, o texto constitucional de 1937 veio desacompanhado de critérios que pudessem orientar o legislador ordinário no tocante à regulamentação infraconstitucional da violação do sigilo da correspondência, já que não previa em quais situações ela poderia se efetivar.

A Constituição de 1967, por outro lado, não admitia a violação de tais comunicações em seu texto, somente fazia referência à inviolabilidade do sigilo das comunicações por correspondências telegráficas e telefônicas.⁹⁷

A Constituição Federal atual preceitua a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas,⁹⁸ elevando estes direitos do indivíduo à categoria de fundamentais.

⁹⁵ CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Artigo 5º, inciso XII: “(...) é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

⁹⁶ <www.planalto.gov.br>: Constituição Federal de 1937, artigo 122, §6º: “A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
[...].

6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei.”

⁹⁷ <www.planalto.gov.br>: Constituição Federal de 1969, artigo 153, §9º: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

§9º É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.”

⁹⁸ CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Artigo 5º, inciso X: “(...) são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Não obstante tal afirmação, embora o texto atual tenha preservado a regra da inviolabilidade do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, admite a interceptação de tais comunicações em investigações criminais ou processos penais caso ela esteja lastreada em decisão judicial que a autorize.

O texto constitucional, portanto, na forma como redigido, admitiu o acesso ao sigilo por ele garantido em específicas situações, onde ela tiver a finalidade de instruir investigação ou processo criminal, o que deverá ser reconhecido e autorizado por um juiz.

Para José Afonso da Silva,⁹⁹ a segurança das comunicações pessoais, que exprime a garantia do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e telefônicas, meios de manifestação entre pessoas que estão no âmbito da liberdade de pensamento em geral (artigo 5º, inciso IV), tem finalidade dúplice, pois protege, de um lado, a manifestação de pensamento e, de outro, o segredo, a expressão do direito à intimidade.

Assim, extrai-se que a regra constitucional preclara a proteção à intimidade e privacidade da pessoa, atributos do indivíduo contidos no direito de personalidade,¹⁰⁰ que faz parte das liberdades públicas do indivíduo. Em contrapartida, a exceção que se perfaz com a quebra ou relativização de tal direito surge com a necessidade de satisfação do interesse público em situações específicas previstas na própria Constituição.

Questão que surgiu na leitura do texto constitucional diz respeito à própria interpretação que se dá à exceção prevista neste texto, que acaba por permitir o conhecimento das comunicações protegidas pela Constituição, já que a inviolabilidade de tais comunicações é a regra e sua violação, a exceção.

A dúvida em torno do tema diz respeito à extensão do dispositivo constitucional, uma vez que a redação do artigo 5º, inciso XII, prescreve que

⁹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2004, p. 383.

¹⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, p. 74.

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

Como se vê, o dispositivo constitucional em questão permite a violação das comunicações, por ordem judicial, desde que sua utilização seja para a finalidade de investigação criminal ou processo penal.

No entanto, resta saber se a referida permissão alcança todas as comunicações previstas no referido dispositivo do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal ou somente as comunicações telefônicas.

Inobstante a Lei n.º 9.296/96, que regulou a matéria prever as interceptações telefônica e telemática (fluxo de comunicações de voz e dados), cujo conteúdo será analisado adiante, a dúvida interpretativa está estabelecida, em virtude de a redação da Constituição fixar que a exceção à inviolabilidade poderá ocorrer, “no último caso”, por ordem judicial baseada em lei, para utilização em investigação ou processo penal.

A ressalva feita pelo legislador constituinte leva a crer, ainda que em interpretação estritamente gramatical, que a permissão da violação à regra, nas condições explicitadas pela Constituição, só poderá se dar em relação à última modalidade de comunicação trazida pelo texto constitucional, ou seja, a comunicação telefônica, deixando de permitir a mesma violação no tocante às comunicações por correspondência, telegráficas e de dados.

Na concepção de Vicente Greco Filho,¹⁰¹ a melhor interpretação do referido dispositivo conduz à possibilidade da violação do sigilo somente em relação às interceptações telefônicas, seja porque a redação do dispositivo constitucional leva a esta compreensão, seja porque a inviolabilidade é regra e a violação do

¹⁰¹ GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, p. 16.

sigilo é exceção; por este motivo, a interpretação sobre a matéria será sempre restritiva (*exceptiora non sunt amplianda*).

Embora esta questão levantada não tenha relevância para o desenvolvimento do tema aqui proposto, na medida em que qualquer interpretação conduzirá à possibilidade legal de interceptação das comunicações telefônicas, a análise da Constituição Federal, neste ponto, merece análise, tendo em vista que a Lei n.º 9.296/96, que será analisada adiante, pode ser tida como eivada de inconstitucionalidade, de acordo com o entendimento ora revelado.

5.4 A Lei Federal N.º 9.296/96

A permissão outorgada pelo legislador constituinte para a violação das comunicações telefônicas, embora tenha sido suficientemente expressa e dotada de especificidades, delegou ao legislador infraconstitucional a necessidade de regulamentar e tornar positivada a interceptação telefônica em nosso ordenamento jurídico.

Assim é que sobreveio a Lei n.º 9.296/96, cuja redação regulamentou a interceptação telefônica, dando-lhe vida em nosso ordenamento jurídico positivo, bem como estabelecendo em quais situações ela pode ser realizada.

Porém, antes mesmo de iniciar-se a discussão a respeito da lei em referência, deve-se lembrar que, anteriormente à vigência da Lei n.º 9.296/96, se encontrava em vigor o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n.º 4.117/62), cujo texto legal criminalizava a violação de telecomunicação, autorizando o seu conhecimento por “(...) *juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.*”¹⁰²

Com o nascimento da Constituição Federal de 1988, a Lei n.º 4.117/62 teve sua validade questionada no Poder Judiciário, sobretudo no período compreendido entre 1988 (Constituição Federal atual) e 1996 (vigência da Lei n.º 9.296/96), já que, neste período, algumas interceptações telefônicas

¹⁰² Lei Federal n.º 4.117/62, artigo 57, II, inciso “e”.

passaram a ser fundamentadas no Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n.º 4.117/62).

Após a manifestação de diversas opiniões divergentes, o Órgão Pleno do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida nos autos do *habeas corpus* 73.351-4/SP,¹⁰³ relatado pelo ministro Ilmar Galvão, decidiu que o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n.º 4.117/62) não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, concluindo que a interceptação telefônica ainda dependia de lei regulamentadora sobre a questão trazida pelo artigo 5º, inciso XII, da Carta Magna.

Assim sendo, diante do entendimento que prevaleceu no julgamento do Órgão Pleno do Supremo Tribunal Federal acerca do exame sobre a constitucionalidade da Lei n.º 4.117/62, concluindo-se que tal norma não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, considera-se a Lei n.º 9.296/96 como marco inicial válido sobre a regulamentação da interceptação telefônica, prevista no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988.

A primeira questão que se afigura relevante, no tocante à análise específica da Lei n.º 9.296/96, é saber se existe compatibilidade entre o parágrafo único, do artigo 1º da mencionada lei e o texto do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal.

O texto do artigo 1º, parágrafo único da Lei n.º 9.296/96, assim dispõe:

“A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do Juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça.

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

¹⁰³ HC 73.351-4/SP. Rel. ministro Ilmar Galvão, 09.05.1996. Sítio eletrônico: <www.stf.jus.br>.

Embora o tema central do presente estudo seja especificamente a análise dos limites constitucionais das interceptações telefônicas, além destas, é importante frisar que a Lei n.º 9.296/96 defere ao juiz a possibilidade de determinar a interceptação do “(...) *fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática* (...)”, havendo questionamentos acerca da constitucionalidade do dispositivo neste particular.

Vejamos, agora, o que diz a Constituição Federal sobre o tema no artigo 5º, inciso XII:

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

Resta saber, pois, se o vocábulo “último caso”, empregado pelo legislador constituinte, restringiu a possibilidade de violação, nos casos previstos em lei, somente ao fluxo de comunicações telefônicas ou, de maneira oposta, procurou abranger as outras espécies de comunicações referidas no texto constitucional.

Realizada uma interpretação do texto constitucional, na forma como redigido, é perfeitamente cabível interpretação no sentido de que a Constituição quis deferir ao legislador infraconstitucional a possibilidade de regular somente a violação das comunicações telefônicas, tendo em vista que, logo após citar nominalmente as espécies de comunicação, colocou em último lugar a comunicação telefônica, fazendo referência à possibilidade de violação das comunicações somente “no último caso”.

Obviamente, esta interpretação de cunho gramatical poderia suscitar questionamentos sobre a sua precisão, mas existe outra razão para que se admita tal interpretação em relação ao referido dispositivo constitucional.

A Constituição Federal de 1988 tem como regra a inviolabilidade das comunicações, pelo que se extrai do texto do artigo 5º, inciso XII, acima mencionado, bem como de outros dispositivos previstos na Carta Magna, tais como o artigo 5º, inciso X, da mesma Constituição Federal.¹⁰⁴

Esta regra, que tem como pressuposto a preservação da intimidade e da vida privada do indivíduo, também entrelaçada com o princípio da dignidade humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), pode ser excepcionada somente quando a Constituição autorizar, nos exatos limites desta autorização emanada do legislador constituinte.

Daí é possível concluir que a interpretação de qualquer dispositivo que autorize a violação dos direitos e garantias individuais, conforme a leitura da própria Constituição Federal, deverá ser feita de forma restritiva.

No entender de Vicente Greco Filho,¹⁰⁵ a garantia constitucional ao sigilo é regra e a sua violação é a exceção, devendo a interpretação ser restritiva (*exceptiora non sunt amplianda*).

Dessa forma, o parágrafo único do artigo 1º da Lei n.º 9.296/96 padeceria de inconstitucionalidade, tendo em vista que o legislador não autorizou a interceptação do fluxo das comunicações de informática e telemática.

Em sentido oposto, existe posição doutrinária¹⁰⁶ que defende que a interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas, prevista no artigo 1º, parágrafo único, da Lei n.º 9.296/96, tem amparo na Constituição, já que não há garantia constitucional absoluta, devendo ser aplicado o princípio da proporcionalidade.

Outra questão que se revela interessante para o exame do tema diz respeito à possibilidade de o juiz, segundo a redação do artigo 3º da lei em comento, determinar a interceptação telefônica de ofício.

¹⁰⁴ CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Artigo 5º, inciso X: "(...) são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

¹⁰⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, p. 14.

¹⁰⁶ JESUS, Damásio Evangelista de. **Interceptação de comunicações telefônicas – notas à lei 9.296 de 24.07.1996**. 735. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 459.

Esta possibilidade, aberta pela Lei n.º 9.296/96, pode revelar em determinados casos a imparcialidade do juiz da causa, o que feriria o espírito da Constituição Federal de 1988.

No entendimento de Guilherme de Souza Nucci,¹⁰⁷ ao tratar dos princípios constitucionais, lembra que o processo penal brasileiro tem como característica um juiz atuante durante a instrução, inclusive com a possibilidade legal de decretação de prisão preventiva de ofício. No entanto, verifica que tais distorções presentes na legislação precisam ser superadas pela consciência do magistrado, que deve exercer a sua função com o máximo de rigor no tocante à imparcialidade, devendo abster-se de tomar qualquer medida coercitiva contra o acusado de ofício.

Quanto aos critérios que podem dar ensejo à interceptação telefônica, a Lei Federal n.º 9.296/96 estabeleceu, em seu artigo 2º, que a interceptação não ocorrerá quando: “(...) i) *não houver indícios razoáveis de autoria*; ii) *a prova puder ser feita por outros meios disponíveis*; iii) *o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção*.”

Tais critérios, estabelecidos pelo legislador ordinário, visam proteger os direitos e garantias individuais do cidadão, afastando-o da devassa indiscriminada ou injustificada.

Como se pode perceber pelo texto legal, o primeiro critério elencado na lei exige que a interceptação ocorra somente nas hipóteses em que houver indícios de autoria ou participação em infração penal. Isto presume, por óbvio, que a violação das comunicações só ocorrerá quando o caso concreto reunir, previamente, indícios de autoria ou participação em infração penal.

A observação acerca do requisito mencionado é de extrema relevância, considerando que o indício da autoria ou participação deve ser anterior à decretação da interceptação telefônica, para que seja possível a violação das comunicações do investigado ou acusado. Não se forma, assim, o indício de

¹⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 306.

autoria ou participação a partir da interceptação telefônica; ao contrário, a interceptação será determinada se o indício já estiver presente nos autos.

Outra exigência feita pelo legislador ordinário foi o atendimento ao critério da imprescindibilidade, ou seja, a interceptação telefônica não pode ser utilizada como primeiro e único meio de prova para a descoberta e comprovação da determinada infração penal.

O legislador, procurando não banalizar a violação das comunicações telefônicas, deixou reservado ao juiz, guardião da legalidade e lisura no processo penal, a avaliação sobre a imprescindibilidade da prova, que deverá afastar a interceptação das comunicações telefônicas quando existirem outros meios disponíveis aos órgãos estatais, segundo as características do caso concreto.

Esta regra comunica-se diretamente com o disposto no artigo 4º, da mesma Lei n.º 9.296/96, cuja redação estabelece que “(...) o pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração da infração penal (...)”, o que revela a exigência de que a prova seja imprescindível à demonstração daquela infração penal apurada no caso concreto.

Não se pode perder de vista, porquanto relevante para a compreensão de tais critérios, que a interceptação telefônica, além do atendimento aos demais requisitos, deve ser meio de prova hábil para a comprovação do delito perseguido, o que pode ser definido como critério da utilidade, isto é, o caso concreto deve recomendar que aquele meio de prova seja hábil para desvendar-se o crime.

Também quis o legislador estabelecer quais as infrações que estariam sujeitas à utilização da interceptação telefônica, sendo que, para isso, utilizou o critério relativo à quantificação da pena, não permitindo que infrações apenadas com detenção ficassem sujeitas à violação das comunicações telefônicas.

O critério que impede utilização das interceptações de comunicações telefônicas, para a apuração de crimes apenados com detenção, tem

fundamento na Constituição Federal, que trata o sigilo de tais comunicações como regra e a sua violação como exceção.

Desse modo, visou o legislador ordinário, mais uma vez, reservar a interceptação telefônica – meio invasivo e, indubitavelmente, violador da intimidade e privacidade – somente para os casos de maior gravidade consoante a nossa legislação, onde apuração da infração penal, por sua pena, esteja dotada de real significância capaz de autorizar a violação das comunicações telefônicas, sem que tal violação se torne banalizada.

Quanto à decisão que defere a interceptação telefônica, o artigo 5º da lei em comento exige que ela seja fundamentada. Tal fato atende não só ao princípio do duplo grau de jurisdição, já que a parte tem condições de conhecer os motivos técnicos que levaram o juiz a proferir aquela decisão e recorrer, nos casos em que há recurso cabível, como também a exigência da fundamentação atende ao critério da imparcialidade do juiz; isto porque, as partes e a sociedade podem verificar se ele decidiu determinada questão com imparcialidade e conhecimento da causa.¹⁰⁸

Outra questão que surge no mesmo artigo 5º é concernente ao prazo previsto para a realização da interceptação telefônica, já que a lei permite que a medida perdure por até 15 dias, podendo ser renovada por igual tempo, “(...) *uma vez comprovada a indispensabilidade da prova.*”

Ocorre que a lei não faz menção ao número de prorrogações que poderão ser concedidas, o que deixou o dispositivo passível de, pelo menos, duas interpretações distintas. A primeira, mais restrita, no sentido de que o juiz poderá conceder apenas uma prorrogação e a segunda, mais aberta e permissiva, no sentido de que terão cabimento ilimitadas prorrogações, a critério do juiz.

Neste sentido, o referido dispositivo legal deveria ter sido mais expresso e previsto o prazo máximo da interceptação telefônica, tendo em vista que a

¹⁰⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Op. cit.*, p. 119.

violação da intimidade e privacidade do indivíduo não pode ficar sujeita a uma transgressão sem prazo determinado.

Por fim, o artigo 10 da Lei n.º 9.296/96 criou um tipo penal específico para punir a conduta de “(...) *realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei* (...)”

Neste ponto, o legislador pretendeu restringir as interceptações telefônicas punindo condutas contrárias à lei, procurando evitar a proliferação indiscriminada e ilegal de violações do sigilo das comunicações e, por consequência, da intimidade e privacidade dos indivíduos.

O tipo penal descreve duas diferentes condutas, quais sejam:

- Interceptar comunicações telefônicas, de informática ou telemática sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.
- Quebrar segredo de justiça sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Mais uma vez, deve-se recorrer ao conceito de interceptação telefônica anotado anteriormente, para que se tenha a exata compreensão do crime tipificado pela Lei n.º 9.296/96, que tem como definição a violação da comunicação feita por terceiro em face de dois interlocutores.¹⁰⁹

Se o comportamento previsto for verificado, ou seja, caso seja realizada a conduta de interceptar comunicação telefônica, de informática ou telemática, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, o infrator estará sujeito à pena de reclusão de dois a quatro anos e multa.

Por outro lado, também previu o legislador ordinário a conduta de quebrar o segredo da Justiça, sendo que, no presente caso, o segredo a que se refere o

¹⁰⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, p. 63.

artigo 10, da Lei n.º 9.296/96, é o segredo decorrente da própria lei aqui mencionada, sujeitando-se os infratores à mesma pena de reclusão de dois a quatro anos e multa.

5.5 Projeto de Lei N.º 156/2009

O referido Projeto,¹¹⁰ em trâmite perante o Poder Legislativo, cujo texto elaborado por uma comissão de juristas brasileiros busca a reforma do Código de Processo Penal Brasileiro, ganhou capítulo especial sobre a interceptação das comunicações telefônicas.

Não obstante o pouco tempo de vigência da Lei n.º 9.296/96, as experiências práticas demonstram que o tema merece reparos legislativos, sobretudo em determinadas questões sobre as quais a lei presente silenciou.

De qualquer forma, o Projeto de Lei n.º 156/09 ainda está em discussão,¹¹¹ cabendo ao legislador (deputados federais e senadores) encontrar a melhor redação para que a lei pretendida atinja a sua finalidade maior, qual seja, o cumprimento da Constituição Federal.

O Projeto de Lei, em sua atual redação, repete algumas situações que têm sido criticadas na legislação em vigor, podendo ser citado, como exemplo, o artigo 246 em seu §3º, que permite a interceptação de comunicações em sistemas de informática e telemática, cuja constitucionalidade há muito é questionada por parte da doutrina.

Neste ponto, o citado Projeto de Lei vai além, especificando com maior minúcia quais as situações que serão abrangidas pela pretensa lei, caso ela seja aprovada, especificando em relação à interceptação telefônica que estarão abrangidas “(...) a escuta, gravação, transcrição, decodificação ou qualquer

¹¹⁰ Projeto de Lei n.º 156/09. Sítio eletrônico: <www.senado.gov.br>.

¹¹¹ Segundo informações obtidas no sítio do Senado Federal <www.senado.gov.br>, o Projeto de Lei n.º 156/09, até o encerramento deste trabalho, ainda não havia sido aprovado.

outro procedimento que permita a obtenção das informações e dados de que se trata o caput deste artigo.”

O citado Projeto alarga, ainda, o espectro de abrangência da interceptação telefônica quando se refere aos crimes abarcados por esta medida, excluindo de sua incidência somente os crimes de menor potencial ofensivo, mesmo assim, caso a atividade tida como delituosa não tenha sido praticada por meio da comunicação que se pretende interceptar.

Esta regra, que pretende aumentar a incidência da lei, demonstra claramente um traço mais repressivo delineado no projeto, o que, certamente, demandará enormes discussões sobre sua compatibilidade constitucional, observados os princípios da proporcionalidade e, sobretudo, da dignidade da pessoa humana.

O projeto também trouxe inovações, como quando o Projeto de Lei afasta a possibilidade de interceptação de comunicações mantidas entre o acusado e seu defensor, quando este estiver exercendo a sua atividade.

Embora já exista previsão semelhante em nossa legislação,¹¹² atualmente, esta situação tem ocorrido com alguma frequência em relação aos acusados e seus advogados, notadamente quando os últimos militam na área do Direito Penal.

Por óbvio, o monitoramento telefônico dos acusados, quando em conversas mantidas com seus advogados, viola o que está previsto no artigo 7º, inciso II, da Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) e no artigo 133 da Constituição Federal, considerado o tratamento dado ao advogado que exerce função indispensável à administração da justiça.

Mais grave do que isso, a violação das comunicações mantidas entre o acusado e seu defensor ofende o disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, já que obsta o exercício da ampla defesa por parte do acusado, garantia fundamental em qualquer Estado Democrático de Direito.

¹¹² Artigo 7º, inciso II, da Lei Federal n.º 8.906/94.

Outra inovação trazida por esse Projeto diz respeito à especificação em torno do prazo de duração da interceptação, uma vez que a lei atual, como já foi discutido, não trata do assunto.

O Projeto de Lei, no artigo 252, estabelece o prazo inicial de duração da interceptação para 60 dias, diferentemente da lei atual, cujo texto prevê o prazo de 15 dias, prorrogáveis por mais 15. Todavia, ele limita as interceptações ao prazo máximo de 360 dias, concluindo-se que serão possíveis seis prorrogações no total, salvo em caso de crimes permanentes, sendo que a lei atual, como já referido, silenciou a respeito do tema.

Mais adiante, o Projeto de Lei em comento, na Seção V, que compreende os artigos 253 a 255, estabelece as regras para cumprimento da ordem judicial, que determinará a interceptação telefônica.

Primeira observação que deve ser feita diz respeito à formalização do mandado judicial, que determina que a interceptação telefônica seja enviada à operadora constando a qualificação do investigado ou acusado, *“(...) ou o código de identificação do sistema de comunicação, quando conhecido”*.

Esta regra, em análise interpretativa, repete aquilo que foi expresso no artigo 249, inciso III, do mesmo Projeto de Lei, afirmando a possibilidade de interceptação telefônica de determinada pessoa, mesmo quando não for conhecida a sua identidade, a partir de dados de identificação do dispositivo que se pretende interceptar.

Tal regra, embora prevista de maneira mais tímida no atual § único, do artigo 2º, da Lei n.º 9.296/96, visa o alcance de agentes delituosos, cuja identidade ainda não foi revelada, obviamente presentes os demais requisitos do artigo 249 do Projeto de Lei.

A par disso, grande inovação é trazida pelo texto do Projeto, seguindo uma tendência legislativa em matéria penal, a exemplo do que ocorre na Lei n.º 9.613/98, que prevê os crimes de lavagem de dinheiro, visto que o texto legislativo delega a determinados entes privados a responsabilidade sobre o controle do cumprimento da interceptação telefônica.

Neste caso específico, o Projeto de Lei em discussão transfere para as operadoras de telefonia, portanto, para empresas hoje privatizadas, a responsabilidade sobre o controle e execução do cumprimento da ordem judicial que determina a interceptação telefônica.

Mais do que isso, estabelece penalidades em caso de descumprimento da ordem judicial que determinou a interceptação, colocando, pois, em poder do ente privado, a responsabilidade sobre a correta execução da medida aplicada em detrimento do investigado.

Para isso, o Projeto de Lei determina que as empresas de telefonia, após o prazo de 24 horas, cumpram a ordem judicial, que deverá ser expedida por meio que assegure a sua autenticidade, constando a qualificação do investigado ou acusado, quando identificado, ou, então, o código de identificação do sistema de comunicação a ser interceptado.

O Projeto prevê, ainda, na mesma linha das obrigações aplicáveis às operadoras, a responsabilidade destas sobre a disponibilização de recursos e dos meios tecnológicos necessários à interceptação de forma gratuita. Outra inovação diz respeito à obrigatoriedade de as empresas operadoras de telefonia informarem fatos relacionados aos usuários de telefones interceptados, cuja ocorrência “(...) possa colocar em risco a continuidade da interceptação.”

Neste determinado ponto, o texto do Projeto de Lei pretende criar verdadeira obrigação de investigar para as empresas de telefonia, semelhante ao *know your client*¹¹³ a que estão obrigados diversos entes privados, em virtude das disposições trazidas pela Lei n.º 9.613/98. Nesta, o legislador obriga diversas pessoas jurídicas que exercem atividade privada a realizarem a fiscalização das atividades dos seus respectivos clientes, com o dever de comunicar eventuais atividades atípicas aos órgãos estatais incumbidos da fiscalização.

¹¹³ *Know your client* – procedimento utilizado por instituições financeiras para avaliar o potencial de renda e patrimônio de determinado cliente, considerando o seu histórico e atividade profissional desenvolvida. Em tradução livre, *know your client* significa: conheça seu cliente.

A previsão acima mencionada verdadeiramente delega aos entes privados atos de investigação em caráter preventivo, com o intuito de identificar possíveis práticas de delitos relacionados com a lei de lavagem de dinheiro.

Neste caso, sutil diferença apresenta-se quando comparados a lei de lavagem de dinheiro e o Projeto de Lei que trata, em capítulo específico, da interceptação telefônica. Isto porque, no Projeto de Lei n.º 156/09, a obrigação que se desloca para as operadoras, em realidade, tem a finalidade de garantir o efetivo cumprimento da medida cautelar impingida em detrimento dos investigados ou acusados.

No entanto, o Projeto de Lei em comento, no artigo 254, §2º, faz referência exclusivamente a determinados fatos, em caráter exemplificativo, cuja ocorrência poderá ocasionar a frustração da interceptação telefônica, devendo a operadora informar o Juízo sobre tais fatos em um prazo de 24 horas.

A opção feita pelo Projeto de Lei, que não especifica, de forma taxativa, quais situações deverão ser informadas, acaba por deslocar para o ente privado a obrigação de investigar o seu cliente que está sob interceptação decorrente de investigação ou processo criminal, sob pena de multa diária.

A abertura excessiva do dispositivo, por certo, criará divergentes interpretações acerca do tema, o que tornará dúbio o rol de obrigações imposto às operadoras de telefonia.

Além disso, o dispositivo em comento, se aprovado na redação atual, fará com que o usuário de telefonia tenha sua intimidade já violada em virtude da interceptação telefônica, exposta de forma mais contundente, considerando que todas as suas opções, cotidianamente, realizadas em relação ao serviço de telefonia contratado, poderão ser objeto de comunicação ao Juízo onde tramita a investigação ou ação penal contra o referido usuário.

Como dito anteriormente, o Projeto de Lei revela sua característica mais repressiva quando comparado com a lei em vigor, na medida em que reduz a privacidade e expõe, com maior contundência, a intimidade do investigado ou acusado que está sob monitoramento telefônico.

Por outro lado, previsão pertinente que foi repetida no projeto de lei determina que o juiz inutilize o material produzido durante a interceptação, cujo conteúdo não seja de interesse da investigação ou da ação penal.

Não são raras as oportunidades em que o material produzido durante a interceptação, total ou parcialmente, apresenta conteúdo sem qualquer relação com os crimes em apuração.

De acordo com o Projeto de Lei, o juiz, nestes casos, verificando a inutilidade do material produzido, determinará a sua destruição, posto que não servirá à apuração dos fatos sob investigação ou deduzidos na denúncia, já que a sua manutenção nos autos desenganadamente expõe, de forma desnecessária e ilegal, a vida privada do investigado ou processado.

Neste ponto, agiu de modo correto o Projeto de Lei, dado que andou em consonância com a Constituição Federal, considerando a proteção que a Carta Magna dá à intimidade e privacidade do cidadão.

Por fim, trouxe o artigo 263, do Projeto de Lei, a previsão sobre a impossibilidade de utilização das interceptações telefônicas em dissonância com o texto legal do mesmo projeto. Esta previsão, embora afirme a inutilidade jurídica da prova produzida por meios ilícitos ou em desacordo com a lei, não precisaria existir, considerando que a própria Constituição Federal afasta a prova ilícita, no artigo 5º, inciso LVI.

6 PROVAS ILÍCITAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO AO PROCESSO PENAL

Conforme anotou Fabiana Lemes Zamalloa do Prado,¹¹⁴ o verdadeiro termômetro capaz de aferir o grau de garantismo do processo penal é a atividade probatória, dado que é nesta atividade que se instrumentaliza o poder punitivo do Estado e a contraposição deste poder pelo acusado.

Atualmente, verifica-se com certa frequência, no âmbito do processo penal, um alargamento do rol das medidas investigatórias, cuja aplicação implica em relativização dos direitos e garantias individuais do investigado ou acusado, com fundamento em uma efetividade maior do *jus puniendi*.

A legislação brasileira, nos últimos tempos, tem produzido um vasto arcabouço legislativo voltado para o aprimoramento das atividades investigatórias, tal como se extrai da Lei n.º 9.034/95, que autoriza a utilização de agentes policiais infiltrados, captação ambiental de sinais, bem como ações controladas que permitem o retardamento da ação policial para maior eficácia da investigação.

Outro exemplo que pode ser encontrado na legislação brasileira consta da Lei n.º 9.613/98, que prevê a delação premiada, permitindo ao juiz reduzir a pena aplicada em caso de colaboração do autor, coautor ou partícipe do delito de lavagem de dinheiro.

Este incremento das atividades investigatórias, sobretudo por via legislativa, revela uma tendência mundial no mesmo sentido, considerando os diversos pactos internacionais voltados para o tema, sendo que alguns deles já foram subscritos pelo Brasil.

¹¹⁴ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

Pode ser citado texto internacional já aprovado pelo Brasil, por meio do Congresso Nacional,¹¹⁵ intitulado Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova Iorque em 15 de novembro de 2000, cuja redação promove a cooperação para prevenir e combater a criminalidade transnacional.

Segundo Grinover, Fernandes e Gomes Filho,¹¹⁶

“(…) a inadmissibilidade e ineficácia processuais das provas obtidas por meios ilícitos (v.supra, Seção II), de um lado, e a necessidade, do outro, de não privar o estado dos instrumentos necessários à luta contra a criminalidade organizada, ocasionaram, no mundo todo, legislações que disciplinam rigorosamente a utilização de meios eletrônicos de captação da prova.”

Sem embargo da reconhecida necessidade de maior especialização em matéria de investigação, o que implica em aberturas legislativas para esta finalidade,¹¹⁷ deve ser reconhecido que este avanço legislativo no campo da persecução penal acaba por interferir sensivelmente na esfera de direitos e garantias do cidadão, atingindo tais direitos previstos na Constituição Federal.

A justificativa, na maioria das vezes utilizada, para os que defendem a proposta de relativização dos direitos e garantias individuais, está baseada, fundamentalmente, na necessidade de defesa social de outros direitos previstos na Constituição Federal, como o direito à segurança, por exemplo, sempre visando assegurar o bem jurídico tutelado pela norma penal.

Porém, a teoria voltada para a possibilidade de relativização dos direitos e garantias individuais do acusado, no plano judicial, seguramente acabará

¹¹⁵ Decreto Legislativo n.º 231, de 29 de maio de 2003.

¹¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

¹¹⁷ RODRIGUES, Benjamim Silva. **Das escutas telefônicas**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

esbarrando na casuística, já que, no caso concreto, ficará a cargo do juiz determinar em que medida um direito deve ceder em detrimento de outro também previsto na Constituição Federal.

Esta realidade, se aplicada aos casos concretos, obviamente, não solucionará a questão no plano teórico, considerando a ausência de regra sistemática de ponderação de valores.

Além disso, a interpretação que se extrai do texto constitucional leva à conclusão que não poderá ser admitida qualquer relativização dos direitos e garantias individuais que tenham como efeito o ferimento da dignidade humana.

Para melhor compreensão do tema, deve-se iniciar a discussão acerca da viabilidade ou não de relativização de determinados direitos e garantias individuais, especificando, segundo tal teoria, quais são os direitos que se colocam em contraposição.

Acerca do tema, Fabiana Lemes Zamalloa do Prado¹¹⁸ relata a existência do confronto entre os valores constitucionais, tendo, de lados opostos, a defesa social e a liberdade individual.

Grinover, Fernandes e Gomes Filho,¹¹⁹ ao discorrerem sobre os limites da atividade instrutória, fazem referência ao fato de que

“(...) a dicotomia defesa social/direitos de liberdade assume frequentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação do Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas.”

¹¹⁸ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *Op. cit.*, p. 160.

¹¹⁹ GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 130.

Já Marco Antonio de Barros,¹²⁰ ao se referir ao conflito de interesses que surge diante da necessidade de descoberta da verdade no processo penal, reconhece a existência do confronto entre *jus libertatis* e *jus puniendi*. Este conflito de interesses foi registrado, igualmente, por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha,¹²¹ que anota tratar-se de situação em que a sociedade representada pelo Estado é colocada diante de dois interesses fundamentais relevantes e antagônicos: a defesa de um princípio constitucional e a necessidade de punição de um criminoso.

Visto o conflito que se apresenta no processo penal, definido pela maioria doutrinária como o confronto entre a defesa social e a liberdade individual do acusado, deve ser discutida a solução para dirimir-se esta contraposição, tendo em vista o inegável conteúdo garantista da Constituição Federal.

Neste contexto, surge o princípio da proporcionalidade, extraído de entendimento manifestado pelo Tribunal Constitucional Alemão, que desenvolveu teoria voltada para a solução de situações em que estejam em conflito dois bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

Na espécie, o confronto entre dois bens juridicamente protegidos, ou seja, a colisão entre interesses legítimos fez surgir a necessidade da criação de critério que pudesse nortear a solução da controvérsia, nestes casos concretos em que se apresenta tal conflito.

Apresentada a controvérsia, resta saber qual o bem jurídico que deve ceder quando apresentado o confronto entre dois bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Em outras palavras, segundo a teoria desenvolvida, revelada a situação concreta em que, por exemplo, se apresenta o choque entre dois direitos constitucionais, cabe ao aplicador do direito solucionar a questão. Ele poderá lançar mão do princípio da proporcionalidade, o qual traduz a

¹²⁰ BARROS, Marco Antonio. **A busca da verdade no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 212.

¹²¹ ARANHA, José Q.T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 67.

ponderação de interesses protegidos constitucionalmente e a flexibilização de um deles em detrimento do outro.

Conforme o princípio em análise, no confronto entre dois interesses protegidos pela Constituição, um deles deverá ceder para que o outro prevaleça e, assim, seja cumprida a missão constitucional substancial.

Mas o princípio da proporcionalidade esbarra em algumas dificuldades práticas quando aplicado ao caso concreto, tendo em vista a reconhecida dificuldade em se estabelecerem os limites de sua aplicabilidade.

Em obra dedicada ao tema, Teresa Aguado Correa¹²² relata que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, consoante o Tribunal Constitucional Alemão, tem como principal função o limite às ingerências dos direitos fundamentais.

No entender da autora, o princípio da proporcionalidade possibilita um controle dos excessos. Disso se depreende que uma série de ingerências, no âmbito dos direitos fundamentais, serão consideradas contrárias ao referido princípio por resultarem excessivas.

Neste sentido, Gentz¹²³ menciona em quais situações as intervenções do Estado serão contrárias ao princípio da proporcionalidade:

¹²² CORREA, Tereza Aguado. *Op. cit.*, p. 71.

¹²³ GENTZ *apud* CORREA, Tereza Aguado. **El principio de proporcionalidad en derecho penal**. Madrid: Edersa, 1999. p. 72. "(...) a) Carezcan de fin, ya que la relación medio-fin presupone que toda injerencia en los derechos fundamentales há de tener um fin. Em caso de tal ausência no se puede confrontar el médio com el fin ni tampoco justificarlo. b) Según doctrina constante Del BVerfG, em casi todas lãs sentencias em lãs que se há referido al principio de proporcionalidad, tan solo puede limitar el Estado los derechos fundamentales de los ciudadanos en favor de los intereses de la colectividad, cuando se trate de intereses colectivos impostantes, elementales. c) Además, el Estado tan solo puede limitar los derechos fundamentales cuando trate de conseguir determinados fines permitidos por la propia Constitución. Y, como afirma GENTZ, toda injerencia em los derechos fundamentales há de ser constitucionalmente legítima, lo cual significa que no únicamente el fin prohibido por la Constitución convierte em ilícita la injerencia, sino también tendrá este carácter cuando se utilice um medio prohibido para la consecuci[on] de um fin legítimo. la delimitación de los fines y los medios constitucionalmente legítimos tan solo se puede realizar de uma forma negativa: están permitidos todos aquellos fines y médios que no estén prohibidos expresa o tácitamente por la Constitución. d) No basta com El médio y El fin Sean constitucionalmente legítimos, sino que además se hace depender su legitimidad de la aptitud del médio para alcanzar el fin pretendido cuando con su ayuda se facilita la consecución del resultado pretendido. No es apta cuando dificulta dicha consecución o desde el punto de vista del resultado correspondiente no

“(…)

a) Carecem de fim, já que a relação meio-fim pressupõe que toda ingerência nos direitos fundamentais há de ter uma finalidade. Em caso de tal ausência, não se pode confrontar o meio com o fim, tampouco justificá-lo.

b) Conforme doutrina constante do BVerfG, em quase todas as sentenças nas quais se referiu ao princípio de proporcionalidade, o Estado somente pode limitar os direitos fundamentais dos cidadãos em favor dos interesses da coletividade, quando se trata de interesses coletivos primordiais.

c) Além do mais, o Estado somente pode limitar os direitos fundamentais quando trata de conseguir determinados fins permitidos pela própria Constituição. Conforme afirmação de Gentz, toda ingerência nos direitos fundamentais deve ser constitucionalmente legítima, o que significa que não somente o fim proibido pela Constituição converte em ilícita a ingerência, mas também terá este caráter quando for utilizado um meio proibido para a consecução de um fim legítimo. A delimitação dos fins e os meios constitucionalmente legítimos somente podem ser realizados de forma negativa: estão permitidos todos aqueles fins e meios que não estejam proibidos expressa ou implicitamente pela Constituição.

d) Não basta que o meio e o fim sejam constitucionalmente legítimos, senão que ainda se faz depender a sua legitimidade da atitude do meio para alcançar o fim pretendido, quando com sua ajuda se facilita a consecução do resultado pretendido. Não é apta quando dificulta tal consecução ou, desde o ponto de vista do resultado correspondente, não produz efeito algum. Para declarar a amplitude do meio, o BVerfG conforma-se com uma aptidão parcial.

produce efecto alguno. Para declarar la amplitud del medio el BVerfG se conforma con una aptitud parcial. e) Además de apta, la medida há de ser necesaria para alcanzar el fin pretendido. No es necesaria cuando el mismo resultado o uno mejor puede conseguirse con una ingerencia más leve. f) Em último lugar, la injerencia en los derechos fundamentales tiene que ser proporcional en sentido estricto, lo cual quiere decir que debe haber una proporción entre el fin y el medio. Esta exigencia conlleva la prohibición de sobrecargar al afectado con una medida que para él represente una exigencia excesiva.”

e) Além de apta, a medida há de ser indispensável para alcançar o fim pretendido. Não é necessária quando o mesmo resultado ou um melhor pode ser conseguido com uma ingerência mais leve.

f) Em último caso, a ingerência nos direitos fundamentais tem de ser proporcional em sentido estrito, o que significa que deve haver uma proporção entre o fim e o meio. Esta exigência implica a proibição de sobrecarregar o afetado com uma medida que, para ele, represente uma exigência excessiva.” (Tradução nossa)

Em obra dedicada ao exame da busca da verdade no processo penal, Marco Antonio de Barros relata que

“(...) a tese de que a realização da justiça penal representa um valor nuclear do Estado de Direito, suscetível de ser levado à balança da ponderação com os direitos fundamentais, deve ser essencialmente atribuída ao pioneirismo da jurisprudência firmada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.”

Reiteradas decisões desse Tribunal ensejaram a criação do chamado princípio da proporcionalidade, também denominado “princípio da ponderação de interesses (verhältnismässigkeitsprinzip).”

No entanto, o mesmo autor, na linha de Gentz, embora admita a utilização do princípio da proporcionalidade em determinados casos, reserva a sua utilização a situações concretas excepcionais, referindo posições doutrinárias e jurisprudenciais que exigem a presença de três elementos básicos, os quais podem ser classificados como subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade da medida em sentido estrito.

Também, entre a doutrina, podem ser colhidas anotações de Grinover, Fernandes e Gomes Filho¹²⁴ acerca da excepcionalidade da adoção do

¹²⁴ GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 136.

princípio da proporcionalidade, o qual deverá salvaguardar a manutenção de valores conflitantes, desde que aplicado exclusivamente em casos extraordinários, onde a ausência do princípio poderia levar a resultados desproporcionais.

Em sentido contrário, existem posições doutrinárias afastando a aplicação do princípio da proporcionalidade, podendo ser citado Guilherme de Souza Nucci,¹²⁵ cuja justificativa se baseia no garantismo explicitado no capítulo dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, nos contextos penal e processual penal, o que tem como fundamento o combate “(...) *a prepotência e abuso do Estado, mas não o contrário.*” Consoante o mesmo autor, não existem diversas normas propugnando a punição de criminosos a qualquer custo, tão somente um cenário, onde “(...) *todos tem direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (artigo 5º, caput, CF)*”.

Tais critérios, obviamente, não servem para o esgotamento do tema, prevalecendo, ainda, dúvidas acerca da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, pois, de um lado, a posição que privilegia a manutenção irrestrita dos direitos e garantias individuais, conforme Fauzi Hassan Choukr,¹²⁶ “(...) *tende a levar seus defensores à posição de construtores de um sistema fraco, inoperante face ao caos (...)*”, enquanto que, de outro, a posição que admite a violação destes direitos e garantias individuais em nome da segurança social tende a ser vista como legitimadora do autoritarismo judicial.

De todo o modo, certo é que não poderá ser admitido qualquer sistema jurídico, dentro de um Estado Democrático de Direito, onde não sejam respeitados os direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal.

Como ponderou Fabiana Lemes Zamalloa do Prado,¹²⁷

¹²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 326.

¹²⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan *apud* PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2006. p. 160.

¹²⁷ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *Op. cit.*, p. 160.

“(...) a idéia de segurança, no Estado democrático de direito, não é algo excludente do conceito de liberdade individual, mas complementar a este. Não há que se falar em segurança social divorciada do valor liberdade. A invocação da segurança social em contraposição à liberdade individual é ideológica e tem um objetivo evidente: dar uma resposta emergencial, simbólica, aos conflitos sociais pela neutralização de algumas pessoas.”

A mesma autora sustenta ser impossível uma concepção de um Estado Democrático de Direito com um sistema de justiça penal que esteja desvinculado ou, pior do que isso, contraposto aos direitos e garantias individuais.

Tal posição, afastando a possibilidade de um sistema jurídico divorciado dos direitos e garantias individuais, tem consonância com todos os princípios fundamentais extraídos da Constituição Federal em matéria processual penal, como os princípios da legalidade, da ampla defesa, do contraditório e da presunção da inocência, dentre outros.

Além disso, a aplicação simbólica do Direito Penal, formado a partir de um processo penal afastado das garantias essenciais aplicáveis ao acusado, afasta a sociedade do ideal de liberdade e dignidade humanas consagradas pela Constituição Federal, o que o torna autoritário e antidemocrático.

A este respeito, a doutrina faz referência à proeminência da dignidade humana, já mencionada neste estudo, como um supraprincípio que prevalece sobre os demais direitos previstos na Carta Magna.

Nesse sentido, Ana Paula Barcellos¹²⁸ reconhece a “(...) *superioridade axiológica de dignidade da pessoa humana no sistema constitucional brasileiro*”.

¹²⁸ BARCELLOS, Ana Paula. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006, p. 110.

Antonio Scarance Fernandes¹²⁹ relata a importância da preservação da dignidade humana, ponderando o que segue:

“Entre as concepções sobre a dignidade humana, a individualista, a transpersonalista e a personalista, é esta que melhor se ajusta à nossa idéia de eficiência e de efetividade do processo penal, como manifestações de equilíbrio entre interesses de persecução penal e de indivíduo. Segundo essa corrente, para que haja esse equilíbrio, deve ser respeitado o princípio em seu substrato essencial, por meio do qual ele preserva o indivíduo em seus aspectos fundamentais.

Assim, não se pode, no processo penal, tratar o acusado como simples objeto, mas como sujeito detentor de direitos, tanto na investigação, como no processo, ficando afastadas, ainda que não estivessem expressamente previstas na Constituição ou na legislação, medidas que o constrangessem, por meios físicos ou morais, a colaborar para a apuração dos fatos.

Também não se pode, durante a execução da pena, restringir-lhe direitos essenciais não decorrentes da perda de liberdade e que denigram a sua condição humana.”

Por fim, inobstante as questões já discutidas, a doutrina dedicada ao tema ressalva a possibilidade de utilização de determinada prova obtida com violação de direitos e garantias fundamentais na sua formação, quando a sua existência beneficiar o réu.

Inúmeros doutrinadores já se manifestaram favoráveis à utilização da prova *favor rei*, com fundamento na garantia da liberdade prevista na Constituição Federal, que autoriza a supressão de outro direito constitucionalmente garantido, já que em benefício do *status libertatis* do acusado.

¹²⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. In: MARQUES DA SILVA, Marco Antonio e MIRANDA, Jorge (coordenadores). **Tratado luso-brasileiro da dignidade da pessoa humana**. 7. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 540.

Neste contexto, Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha¹³⁰ registra que o entendimento doutrinário é no sentido do acolhimento da prova ilícita ou ilegal quando vier em favor do réu, em decorrência do princípio do *favor rei*.

Ao defender a aplicação do princípio da proporcionalidade em favor do acusado, encontram-se na doutrina anotações de Guilherme de Souza Nucci,¹³¹ que entende como permitido o uso da proporcionalidade quando prevalecer o interesse do réu. Como justificativa, sentencia o autor que existem diversos dispositivos de índole constitucional “(...) a evidenciar a intensa preocupação com as garantias individuais (...)”, inclusive, com previsão acerca de indenização em caso de erro do Poder Judiciário (artigo 5, inciso LXXV, da Constituição Federal).

Pode ser colhida a anotação de Grinover, Fernandes e Gomes Filho,¹³² que relatam posição quase unânime sobre a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova obtida com infringência dos direitos e garantias fundamentais, quando esta for favorável ao acusado.

O princípio da proporcionalidade, criado a partir de decisão prolatada pelo Tribunal Constitucional Alemão, cujo fundamento se baseia na ponderação de valores, em caso de conflito de interesses constitucionais, tem aceitação entre parte da doutrina somente em situações excepcionais.

Este princípio, segundo o entendimento e a justificação adotados ao longo do presente estudo, não pode ser aplicável quando violar direitos e garantias fundamentais que tenham como efeito o ferimento da dignidade humana, sendo este o limite de sua aplicação.

É inegável a proeminência da dignidade humana no sistema constitucional, o que determina sua prevalência em face de demais interesses em conflito.

¹³⁰ ARANHA, José Q.T. de Camargo. *Op. cit.*, p. 67.

¹³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 327.

¹³² GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 136.

Não existem regras sistemáticas para a adoção do princípio da proporcionalidade, em face da necessidade de ponderação de interesses constitucionais, ficando sua adoção reservada aos membros do Poder Judiciário, levando-se em consideração, sempre, o caso concreto e a excepcionalidade da medida.

A adoção do princípio da proporcionalidade para a utilização de provas obtidas em desconformidade com os direitos e garantias fundamentais é admitida em favor do acusado, quando a prova viabilizar a manutenção do *status libertatis* do réu.

7 TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA **(FRUITS OF THE POISONOUS TREE)**

É objeto de relevantes discussões jurídicas a chamada prova ilícita por derivação, assim entendida aquela obtida em decorrência de outra prova, cuja origem é considerada ilícita.

A controvérsia acerca do tema surge na medida em que fica reservado aos estudiosos do assunto determinar quais são as provas que podem ser consideradas ilícitas, por derivarem de outras originariamente ilícitas.

Nesta seara, a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), criada a partir da jurisprudência da Suprema Corte Americana, tem como pressuposto a invalidação da prova obtida originariamente de maneira ilícita e, em consequência disto, a anulação das demais provas, cujo conhecimento se deu, apenas, em virtude daquela primeira prova originariamente ilícita.

Esta teoria consagra a anulação das provas ilícitas por derivação, cujos fundamentos passaram a ser adotados na redação do artigo 157 do Código de Processo Penal Brasileiro, com as alterações trazidas pela Lei n.º 11.690/2008; possui sutilezas que serão examinadas ao longo do presente tópico, para que seja possível precisar em quais situações concretas será aplicável esta teoria, podendo ser anulada a prova obtida por derivação de outra originariamente ilícita.

Como relatado por Grinover, Fernandes e Gomes Filho,¹³³ a teoria norte-americana excepciona a invalidação probatória por derivação quando a conexão entre uma e outra prova for tênue, de modo que não seja possível colocar as primeiras e as segundas em relação de causa e efeito (*independent*

¹³³ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Idem*, p. 138.

source), ou quando as provas que derivaram da originariamente ilícita, poderiam, de qualquer modo, ser descobertas (*inevitable discovery*).

Antes mesmo de ser iniciada a discussão acerca do tema, ainda que de forma superficial, vale retratar o tratamento dado às provas ilícitas no nosso sistema jurídico.

A Constituição Federal de 1988 impede a utilização das provas obtidas ilicitamente, como dispõe o artigo 5º, inciso LVI, da Carta Magna.

Esta situação, retratada pelo legislador constituinte, entre a nossa doutrina tem sido excepcionada, como já explorado em tópico anterior, naquelas situações em que a prova obtida por meios ilícitos possibilita o favorecimento do acusado no processo penal.

O problema surge quando a prova em si não foi obtida por meios ilícitos, mas tem sua origem vinculada a outras provas, cuja obtenção se deu por meios ilícitos.

O Supremo Tribunal Federal, em caso célebre julgado no ano de 1995,¹³⁴ tratou da teoria dos frutos da árvore envenenada, oportunidade em que ficou consignado no voto exarado pelo ministro Celso de Mello a impossibilidade jurídica de validação das provas ilícitas por derivação, tendo em vista que a origem delas decorreu de outras, obtidas ilicitamente.

A doutrina tem se ocupado do tema, conforme depreende Manuel Miranda Estrampes,¹³⁵ no sentido de que

“(...) o significado da proibição da prova ilícita surge imediatamente à questão relativa à extensão e/ou limites dessa proibição. Portanto, estimamos que a proibição de valorização

¹³⁴ AP 307-3, relator o min. Ilmar Galvão. D.J. 13.10.1995. <www.stf.jus.br>.

¹³⁵ ESTRAMPES, Manuel Miranda. **El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999. p. 107. “(...) el significado de la prohibición de la prueba ilícita surge inmediatamente la cuestión relativa a la extensión y/o los límites de dicha prohibición. A tal efecto, estimamos la prohibición de valoración debe alcanzar no solo a la prueba obtenida ilícitamente sino también a todas aquellas pruebas que aun obtenidas o practicadas de forma lícita tengan su origen en la primera.”

deve alcançar não apenas a prova obtida ilicitamente, mas também todas aquelas que, embora lícitamente obtidas ou praticadas de forma lícita, tenham a sua origem na primeira.”

No mesmo sentido, afirma Guilherme de Souza Nucci¹³⁶ que são igualmente ilícitas as provas obtidas de outras originariamente ilícitas, formando-se uma corrente, cujos elos são interligados de modo invariável.

O atual Código de Processo Penal tratou das provas ilícitas por derivação no artigo 157, §1º, afastando a admissibilidade das demais derivadas de ilícitas,

“(...) salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.”

Como se vê, a norma processual penal brasileira previu o afastamento das provas ilícitas por derivação, mas ressalvou a ilicitude da prova derivada em determinadas situações especificadas na lei.

As situações que foram objeto de ressalva, como se vê, tratam de hipóteses em que *i)* a prova obtida posteriormente não tem nexo de causalidade com a prova ilícita originariamente; *ii)* a prova derivada puder ser obtida por uma fonte independente.

Claramente, da interpretação do texto legal, denota-se que o legislador quis adotar as ressalvas extraídas do entendimento da Suprema Corte Americana, cujo entendimento exclui a ilicitude das provas decorrentes de fontes independentes (*independent source*), bem como a ilicitude das provas que, de qualquer modo, poderiam ser descobertas (*inevitable discovery*).

Diversos escritos fazem referência às ressalvadas aqui explicitadas, podendo ser encontrado na doutrina o apontamento de Marco Antonio de Barros,¹³⁷ que

¹³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 327.

¹³⁷ BARROS, Marco Antonio. *Op. cit.*, p. 177.

relata a existência de limitação quanto ao reconhecimento na prova ilícita por derivação, quando observadas a fonte independente (*independent source*) e a descoberta inevitável (*inevitable source*).

Ao comentar os limites da invalidação da prova ilícita por derivação, Manuel Miranda Estrampes¹³⁸ relata a necessidade de identificação de relação de causalidade entre a prova ilicitamente obtida e a prova lícita, que deriva da anterior. Para tanto, citando López Barja de Quiroga, defende a demonstração de uma relação de causa e efeito entre a primeira e a segunda prova.

A vinculação da prova derivada com a aquela obtida originariamente ficará adstrita ao caso concreto, onde deverá ser considerado o liame existente entre ambas, bem como a relação de causalidade entre uma e outra (*independent source*), sem prejuízo de específica análise sobre a possibilidade de a prova ser obtida mediante fonte independente (*inevitable discovery*).

¹³⁸ ESTRAMPES, Manuel Miranda. *Op. cit.*, p.110.

8 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, como verificado ao longo do presente estudo, traz em seu texto a proteção da vida e dos ideais de igualdade, liberdade e justiça, tendo como princípio fundamental a dignidade humana.

O legislador constituinte redigiu um texto essencialmente garantista, abundante em direitos e garantias individuais, todos expressos no seu artigo 5º, cuja existência e validade são marcas do Estado Democrático de Direito.

Segundo o texto constitucional, determinada conduta só será considerada crime se existir lei anterior que preveja esta situação, considerados os princípios da anterioridade e legalidade.

O legislador constituinte também garante aos acusados o devido processo legal, o exercício do contraditório e da ampla defesa, incluindo todos os meios e recursos inerentes, devendo o acusado ser presumido inocente até que sobrevenha sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

No âmbito das liberdades públicas, previstas no texto da Constituição Federal de 1988, estão incluídas a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem dos indivíduos, sendo invioláveis tais direitos. Também o são o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, quando concedida ordem judicial, fundada em lei, para realização de prova em investigação criminal ou instrução processual penal, nos termos do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal.

De acordo com a Lei n.º 9.296/96, fundada no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, é permitida a interceptação telefônica para prova em investigação criminal ou instrução processual penal, por ordem de juiz competente, caso existam indícios razoáveis de autoria e participação em infração penal, devendo ser observados os requisitos da necessidade, imprescindibilidade e utilidade da prova.

Conforme a lei em vigor, não será admitida a interceptação telefônica para investigação de crime punido com detenção e a medida terá prazo máximo de 15 dias, podendo ser prorrogada.

As interceptações telefônicas não autorizadas, nos termos da legislação em vigor, são consideradas crime, punido com pena de dois a quatro anos de reclusão e multa.

Existe iniciativa legislativa em trâmite no Congresso Nacional pretendendo alterar o texto legal em vigor, cujo conteúdo, segundo nosso entendimento, emprega maior rigidez aos dispositivos atuais relacionados com o tema, procurando dar maior efetividade ao texto legal, bem como buscando maior eficiência do processo penal e da justiça criminal em geral.

A interceptação telefônica, considerada medida invasiva e, indiscutivelmente, violadora da intimidade e vida privada dos indivíduos – valores constitucionalmente garantidos – deve ser empregada somente em situações excepcionais, observados o sistema jurídico de garantias trazido pela Constituição Federal de 1988 e as regras legais vigentes.

O princípio da proporcionalidade, criado a partir da jurisprudência extraída do Tribunal Constitucional da Alemanha, que fornece critérios para ponderação de valores em conflito, relativizando um dos valores em detrimento do outro, poderá ser aplicado segundo o nosso sistema jurídico vigente, sempre tendo como limite a intransponível dignidade humana.

Este princípio não poderá ser aplicado para a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, salvo quando estas servirem de base para a absolvição do acusado no processo penal, considerando as restrições inseridas no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

As provas obtidas por meios ilícitos serão consideradas inadmissíveis no processo, sem prejuízo das sanções previstas na legislação em vigor, como a decorrente do artigo 10º, da Lei n.º 9.296/96, que considera crime a interceptação telefônica sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Conclui-se que o artigo 157, §1º, do atual Código de Processo Penal, acolheu a teoria originada na Suprema Corte Americana, intitulada teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree*), segundo a qual as provas obtidas em virtude de outras originariamente ilícitas serão igualmente consideradas ilícitas por derivação.

A aplicação desta teoria, de acordo com a lei processual penal, tem como ressalva as hipóteses em que: *i)* a prova derivada não tem nexo de causalidade com a prova ilícita originariamente (*independent source*); ou *ii)* a prova derivada puder ser obtida de qualquer maneira (*inevitable discovery*), ficando a análise de tais requisitos reservada ao caso concreto pelo juiz.

A partir do estudo desenvolvido, conclui-se que o desenvolvimento da sociedade e o crescente aumento da criminalidade trouxeram a necessidade de maior especialização dos órgãos de repressão estatais, voltados para a defesa social e proteção dos bens jurídicos tutelados pela norma penal.

Esta maior especialização tem em seu bojo um aperfeiçoamento das técnicas de investigação, que devem acompanhar as evoluções social e tecnológica, com vistas a uma efetividade maior da justiça penal.

A busca da eficiência na realização da justiça pelo Estado, por meio do processo penal, jamais poderá aniquilar os direitos e garantias individuais ou vulnerar a dignidade humana, cuja efetivação em nossa sociedade é traço marcante e indissociável do Estado Democrático de Direito.

9 BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ALMEIDA, J. Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALVES, José Carlos Barbosa Moreira. Processo civil e direito à preservação da intimidade. *In: Temas de direito processual*: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

ARANHA, José Q.T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas, interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula. *In: BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Renovar.

BARROS, Marco Antonio. **A busca da verdade no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória. *In: Garantias constitucionais do processo civil*. José Rogério Cruz e Tucci (coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo bancário**: análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993

_____. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova ilícita**. São Paulo: Saraiva, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORREA, Tereza Aguado. **El principio de proporcionalidad en derecho penal**. Madrid: Edersa, 1999.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. [Tradução MELVILLE, Jean]. São Paulo: Martins Claret, 2004.

CUNHA, Rogério Sanchez. **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DOTTI, Rene Ariel. **Declaração universal dos direitos do homem**. 3. ed. São Paulo: Lex Editora, 2006.

ESTRAMPES, Manuel Miranda. **El concepto de prueba ilícita y su tratamiento em el proceso penal**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 2000.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal**. Coimbra: Edições Almedina, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo bancário. Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem, n.º 14. São Paulo, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva. 1995.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pelegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Liberdades públicas e processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

HAGSTRON, Carlos Alberto Hagstrom. **Sigilo bancário**: novas questões. *In*: Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro, n.º 105. 1997.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Interceptação de comunicações telefônicas – notas à lei 9.296 de 24.07.1996**. 735. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 459.

MARQUES DA SILVA, Marco Antonio e MIRANDA, Jorge. **Tratado luso-brasileiro da dignidade da pessoa humana**. 7. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. **Tratado temático de processo penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Companhia Editora Forense, 1961.

MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado da prova em matéria criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1879.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais processuais e enfoques penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito constitucional penal**. Coimbra: Edições Almedina, 2006.

PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Princípios constitucionais no inquérito e no processo penal**. Bauru: Livraria e Editora Themis, 2001.

PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Proteção jurídico-penal e direitos universais**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

QUADROS DE MAGALHÃES, José Luiz. **Comentários à constituição federal de 1988**. São Paulo: Forense, 2009.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. Federação e república. *In: Tratado de direito constitucional*. [Coordenadores: Ivens Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento]. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Benjamim Silva. **Das escutas telefônicas**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo grau de jurisdição – conteúdo e alcance constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SALDANHA, Nelson. **O estado moderno e a separação de poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SANCHEZ, Jesus Maria Silva. **La expansion del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2008.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Fortaleza: Celso Bastos Editor, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

_____. **Comentário contextual à constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.

SUZANO, Helena. **Escutas telefônicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TUCCI, R. L. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.