

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Mestrado em Direito - Direitos Humanos, Processos de Integração e
Constitucionalização do Direito Internacional.

Anderson Marques Martins Gomes Pereira

**APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO: Influência do direito internacional na proteção dos
Direitos Fundamentais.**

Belo Horizonte

2021

Anderson Marques Martins Gomes Pereira

**APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO: Influência do direito internacional na proteção dos
Direitos Fundamentais.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Nemer Caldeira Brant

Área de Pesquisa: Direitos Humanos, Processos de Integração e Constitucionalização do Direito Internacional.

Belo Horizonte

2021

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

P436a Pereira, Anderson Marques Martins Gomes
Aplicação dos direitos fundamentais no direito penal brasileiro: influência do direito internacional na proteção dos direitos fundamentais / Anderson Marques Martins Gomes Pereira. Belo Horizonte, 2021.
118 f.

Orientador: Leonardo Nemer Caldeira Brant
Mestre (Dissertação) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Direitos fundamentais - Legislação - Brasil. 2. Direito internacional penal - Tratados. 3. Direitos e garantias individuais - Brasil. 4. Direito penal - Brasil. 5. Princípios gerais do direito. 6. Dignidade (Direito). I. Brant, Leonardo Nemer Caldeira. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 342.7

Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Paim Brito - CRB 6/2999

Anderson Marques Martins Gomes Pereira

**APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO: Influência do direito internacional na proteção dos
Direitos Fundamentais.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de Pesquisa: Direitos Humanos, Processos de Integração e Constitucionalização do Direito Internacional.

Prof. Dr. Leonardo Nemer Caldeira Brant – PUC Minas (Orientador).

Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares – PUC Minas (Banca Examinadora).

Prof. Dr. Alex Ian Psarski Cabral – Faculdades Kennedy (Banca Examinadora).

Belo Horizonte, 01 de Fevereiro de 2.021.

RESUMO

Esta dissertação tem o objetivo principal de abordar a aplicação dos Direitos Humanos na legislação brasileira passando por todo o histórico do processo de humanização do direito em todo o mundo, construindo-se os argumentos em duas etapas: A historicidade dos Direitos Humanos pelo mundo e a avaliação dos Direitos Humanos na sociedade brasileira. Na primeira parte foi abordado como os Direitos Humanos surgiram no mundo dando ênfase principal na Revolução Francesa e na promulgação da Declaração Francesa de Direitos Humanos, sobretudo, por que o foco central deste desiderato é uma abordagem como foco nos Direitos Individuais de primeira geração. Essa parte conta de forma sintetizada a linha do tempo dos Direitos Humanos começando pelo Cilindro de Ciro 329, a.C à Promulgação da Declaração Universal de Direitos Humanos, 1948, d.C. Já a segunda parte aborda os conceitos e institutos penais que mais sofrem com a banalização dos Direitos Humanos no Brasil: a produção de provas na fase inquisitorial e como a busca excessiva pela punição a qualquer custo gera uma verdadeira violência para com os Direitos e Garantias Fundamentais do Homem e do Cidadão. Por fim, ao chocar das duas partes desta tese há um entendimento de que a criação de um juízo de garantias no Direito Brasileiro é fundamental para se combater as violências sofridas pelos Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos Fundamentais – Direito Penal – Declarações de Direitos Humanos – Histórico de Direitos Humanos – Tratados Internacionais – Legislação Brasileira – Aplicação Jurisprudencial.

ABSTRACT

This dissertation has the main objective of addressing the application of Human Rights in Brazilian legislation, going through the entire history of the process of humanization of law throughout the world, building the arguments in two stages: The historicity of Human Rights around the world and the evaluation of human rights in Brazilian society. In the first part, it was discussed how Human Rights emerged in the world, with a main emphasis on the French Revolution and the promulgation of the French Declaration of Human Rights, above all, because the central focus of this aim is an approach as a focus on first generation Individual Rights. This part summarizes the Human Rights timeline starting with Cyrus Cylinder 329, BC to the promulgation of the Universal Declaration of Human Rights, 1948, A.D. The second part deals with the concepts and penal institutes that suffer most from the trivialization of Human Rights in Brazil: the production of evidence in the inquisitorial phase and how the excessive search for punishment at any cost generates real violence towards Fundamental Rights and Guarantees of man and citizen. Finally, when shocking the two parts of this thesis, there is an understanding that the creation of a guarantee court in Brazilian Law is fundamental to combat the violence suffered by Human Rights in the Brazilian Legal System.

KEYWORDS: Fundamental Rights - Criminal Law - Declarations of Human Rights - History of Human Rights - International Treaties - Brazilian Legislation - Jurisprudential Application.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
TÍTULO 1 – INFLUÊNCIA DIREITOS HUMANOS NO MUNDO.....	13
1 Histórico Dos Direitos Humanos.....	13
1.1 – <i>A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América.....</i>	<i>21</i>
1.2 <i>Revolução Francesa.....</i>	<i>25</i>
1.3 <i>Declaração Francesa dos direitos humanos</i>	<i>30</i>
2 – Tratados Internacionais De Direitos Humanos	43
2.1 <i>Declaração Universal dos Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão.....</i>	<i>47</i>
2.2 <i>Pacto São José da Costa Rica.....</i>	<i>48</i>
2.3 <i>Direitos Humanos Consagrados na Constituição Brasileira</i>	<i>49</i>
2.4 <i>Recepção das Normas de Tratado internacional pelo direito brasileiro.....</i>	<i>50</i>
TITULO II – INFLUÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	52
3 - As Garantias Fundamentais Consagradas Na Constituição E Princípios Aplicáveis Ao Processo Penal.....	52
3.1 <i>Princípio da igualdade.....</i>	<i>52</i>
3.2. <i>Princípio do devido processo legal.....</i>	<i>53</i>
3.3. <i>Princípio do contraditório e da ampla defesa</i>	<i>55</i>
3.4 <i>Princípio da presunção de inocência</i>	<i>57</i>
3.5. <i>Princípio do juiz natural.....</i>	<i>58</i>
3.6. <i>Princípio da publicidade.....</i>	<i>59</i>
3.7. <i>Princípio da imparcialidade do juiz.....</i>	<i>60</i>
3.8. <i>Princípio da verdade real.....</i>	<i>61</i>
4 - O Sistema Probatório No Processo Penal	62
4.1 <i>Conceito de prova e finalidade.....</i>	<i>62</i>

4.2 Objeto.....	62
4.3 Quanto aos fatos que dispensam provas.....	62
4.4 Quanto aos fatos que dependem de prova.....	63
4.5 Meios de prova.....	63
4.6 Meios de obtenção da prova.....	64
4.7 Sistemas de Valoração da prova.....	64
4.7.1 Sistema de Valoração/Apreciação de Provas.....	64
4.7.2 Sistema da certeza moral do juiz ou da íntima convicção.....	64
4.7.3 Sistema da certeza moral do legislador, das regras legais ou da prova tarifada.....	65
4.7.4 Sistema do Livre Convencimento Motivado.....	66
4.8 Procedimento probatório.....	67
4.9 Vedação da Prova.....	67
4.10 Ônus da prova.....	68
4.11 Previsão legal que confere ao magistrado iniciativa probatória.....	69
5 – Garantias Fundamentais Na Legislação Esparsa	78
5.1 – Lei de Interceptação telefônica.....	78
5.1.1 - Conceito de Interceptação Telefônica.....	81
5.1.2 Requisitos autorizadores da Interceptação Telefônica.....	85
5.1.3 Natureza Cautelar da Interceptação Telefônica.....	89
5.1.4 Duração das interceptações telefônicas.....	90
5.2- Das Prisões Cautelares.....	95
5.2.1 Dos Pressupostos da Prisão Cautelar.....	97
5.2.2 Da Prisão Temporária Lei 7960/89.....	100
<u>5.2.2.1 Do tempo da prisão temporária.....</u>	<u>104</u>
5.2.3 Da Prisão Preventiva.....	106
6 - A Legalidade E A Função Da Jurisprudência No Ordenamento Jurídico Pátrio	109

7- Conclusão.....114

8- Referências.....117

INTRODUÇÃO

O direito existe única e exclusivamente em função da sociedade, não há como, se falar em subsistência do direito sem a sociedade, nesse sentido o direito seria uma expressão dos interesses sociais e uma resposta às suas necessidades, logo, o ordenamento jurídico tem a função de servir a sociedade, garantindo os desejos emanados do senso coletivo.

Nos primórdios da civilização humana, quando o ser humano ainda possuía comportamentos semelhantes aos animais, os grupos sociais operavam ainda como bando e nesses bando já existiam regras de conduta entre seus componentes.

Além dessas regras grupais, existem ainda Direitos Naturais que prescindem a própria existência humana. Ocorre que, com a fase sedentarista do ser humano no período neolítico, o homem passou a se organizar em sociedade e esse convívio originou a necessidade de estabelecer regras de convívio de favorecesse não o indivíduo mas a coletividade, tendo assim, o Direito surgido no seio da sociedade.

Nesse sentido, o jurista Paulo Nader, considera em uma de suas obras:

‘A vida em sociedade pressupõe organização e implica a existência do Direito. A sociedade cria o Direito no propósito de formular as bases da justiça e segurança. Com este processo as ações sociais ganham estabilidade. A vida social tornar-se viável. O Direito, porém, não é uma força que gera, unilateralmente, o bem-estar social. Os valores espirituais que o Direito apresenta não são inventos do legislador. Por definição, o Direito deve ser uma expressão da vontade social e, assim, a Legislação deve apenas assimilar os valores positivos que a sociedade estima e vive. O Direito não é, portanto, uma fórmula mágica capaz de transformar a natureza humana. Se o homem em sociedade não está propenso a acatar os valores fundamentais do bem comum, de vivê-los em suas ações, o Direito será inócuo, impotente para realizar a sua missão.’ [NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 35ª Edição, São Paulo, 2013, pág 21].

O autor levanta pontos importantes no tocante a relação entre o direito e sociedade. Primeiramente, a sociedade deposita nas ciências jurídicas o dever de formular as bases de justiça e segurança em prol do bem-estar social, mas ao mesmo tempo, o Direito é visto apenas como uma exteriorização dos valores que a própria sociedade estabeleceu como regentes do convívio social.

Assim, seja qual for a sua forma de expressão, o direito está vinculado ao anseio social, aos interesses que emergem na sociedade como um todo, visando garantir que os acontecimentos fujam menos o possível da ordem natural das coisas e dos valores padrões adotados.

Todo agrupamento de pessoas pressupõe a existência de reunião física de seres e pensamentos que se justificam pela união de forças para se transformar o ambiente e promover a evolução humana. Assim, através da experiência de um convívio social aliada a experiência individual de cada um, formar-se-ão diversos pensamentos acerca da maneira ideal de se conviver.

Por muitas vezes esses pensamentos se conflitam, pois cada ser tem em sua experiência, um modo de enxergar a sua realidade. Não há como exigir, no convívio social a existência de uma única forma de se pensar e encarar a realidade, pois de acordo com cada experiência vivida, cada ser adotará para si princípios e valores que acreditam que vão trazer para si uma forma ideal de se viver.

Nesse sentido, surge na sociedade diversas ideologias que, ao mesmo tempo podem se completar ou conflitar. Ocorre que o próprio convívio fará uma seleção natural de quais ideologias a sociedade deseja absorver, a partir daí, a sociedade começa a impor valores e ideais que deverão ser adotados por todos os adeptos do convívio social, neste exato momento surge a necessidade de possuir um instrumento capaz de impor tais ideais às pessoas, ainda que elas sejam adeptos de correntes ideológicas diferentes, o ideal que sobressairá é a, denominada, vontade social.

Inobstante, o ser humano além de criar as regras e criar um instrumento capaz de impor tais regras à todos, houve ainda a criação de um poder que legitimasse o instrumento de controle criado, gerando assim as noções de Governo e Estado. Onde, seja por escolha divina, por linhagem genética, ou pelo próprio poder de conquista e demoniação, o Poder eram atribuídos a algumas pessoas ou uma única pessoa e essa se incumbia de defender da legitimidade deste poder.

Neste marco social inicia-se a atuação das ciências jurídicas. Quando Paulo Nader assegura que 'o direito não é uma formula capaz de modificar a natureza humana' compreende-se que o dever fundamental do direito é a garantia de aplicação

dos valores que já existem na sociedade, valores esses essenciais para que se possa conviver harmoniosamente, ou para se exercer o domínio, que podem ser compreendidos como os anseios por justiça e segurança como bem levantado pelo autor.

Por isso, em todas as suas formas de expressão, o direito deve preservar os valores soberanos, assim considerados por toda coletividade, valores que possuem o objetivo de garantir uma vivência social justa e segura, onde, de acordo com os fatores históricos e naturais que formaram aquela sociedade capacitará a vivência coletiva harmoniosa e pacífica.

Entretanto, da mesma forma que a sociedade motiva a criação e transformação do direito, as ciências jurídicas têm o dever de impulsionar a criação e evolução dos pensamentos e fatos sociais. Com isso, a modernização dos conceitos relativos ao bem-estar social pode ser inserido na sociedade pelo próprio direito, propiciando assim a evolução social, uma mutação constante nos anseios e necessidades sociais.

Com isso, o direito é a grande porta da evolução social, é na ciência jurídica que a sociedade encontrará apoio para conseguir acompanhar o tempo, as grandes descobertas, as novas ideologias e afins.

Ainda em sua obra Paulo Nader enaltece:

‘O Direito, na atualidade, é um fator decisivo para o avanço social. Além de garantir o homem, favorece o desenvolvimento da ciência, da tecnologia, da produção das riquezas, o progresso das comunicações, a elevação do nível cultural do povo, promovendo ainda a formação de uma consciência nacional.’ [NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 35ª Edição, São Paulo, 2013, pág 32].

A evolução dos fatos sociais é algo inevitável e valioso para a sociedade, somente a partir desse acontecimento a sociedade pode enxergar onde falhou e apresentar uma solução para que o convívio possa se embasar nos novos ditames de justiça.

Da mesma forma é ilógico não se conformar com a evolução do direito. Ao acompanhar as diversas práticas sociais inéditas que emergem na sociedade, o direito

precisa reformular seus conceitos a fim de se evitar opressões de pensamento, sobretudo, a fim de evitar que o interesse individual ou de determinadas minorias sobressaia à vontade social.

Nesse aspecto, o grande desafio enfrentado pelo direito é identificar a vontade social e impedir que esta se conflite com o valor da justiça, que é a grande base do direito na sociedade.

Alguns Direitos, contudo, prescindem a formação da sociedade, são direitos que delimitam a própria formação social e são elementares a qualquer convívio grupal e, por isso, são conhecidos como Direitos Naturais.

Neste desiderato, há uma predominância no estudo dos Direitos Humanos, também conhecidos como Direitos e Garantias Fundamentais do Homem e do Cidadão. O processo de reconhecimento e afirmação desses direitos se confundem com a própria história e evolução da humanidade e serão o grande objetivo de abordagem desta obra.

A formação, as grandes correntes filosóficas que impulsionaram a discussão e observação destes direitos e sua aplicação na sociedade atual, as grandes mudanças que tornaram evidentes esses direitos, os retrocessos sofridos, bem como os tratados que reafirmaram a universalidades desse direito serão objetos dos presentes estudos.

Em que pese virem sendo pensados desde a Roma antiga, foi na era do iluminismo que o pensamento filosófico acerca dos Direitos Humanos ganharam força e desencadeou na Revolução Francesa de 1789. A partir daí e com a independência das 13 colônias inglesas da América, os Direitos Humanos ganharam uma conotação mais significativa na estrutura da sociedade em geral e motivaram grandes nações a serem signatárias dos Tratados de Direitos Humanos ao longo dos anos.

No Brasil, o grande marco de implementação das normas de Direitos Humanos foi o fim do período conhecido como ditadura militar e a promulgação da CRFB/88. Embora alguns Direitos Humanos já tivessem se incorporado ao direito brasileiro no governo de Getúlio Vargas, por volta do ano de 1934. As diversas mudanças no cenário político brasileiro, não permitiram ao povo gozar dos Direitos Fundamentais de forma plena antes da Constituição de 1988.

Garantias como a igualdade de direitos entre todos; o direito a vida, a livre manifestação de pensamento; a dignidade da pessoa humana; a liberdade individual são valores marcantes da sociedade brasileira na atualidade, a ordem natural do convívio social predispõe a garantia desses direitos, tanto que todas estas garantias e mais algumas estão consagradas no texto dos artigos 4º e 5º da Constituição Federal de 1.988.

Todas consideradas pelo §4º do artigo 60, cláusulas imutáveis da nossa carta magna, essas garantias são indispensáveis para se alcançar a justiça e o bem estar social. E devem ser respeitados e observados em todas as áreas do Direito.

No presente desiderato, a recepeção das garantias fudamentias pelo Direito Brasileiro, por meio de tratados internacionais firmados terá um abordagem própria, mas, a grande ênfase é como tais garantias fundamentais vêm sendo suprimidas do cidadão brasileiro e como os Direitos Humanos ainda vêm sendo banalizados pela legislaçõa pátria.

No Brasil, a esfera jurídica que mais viola os Direitos e Garantias Fundamentais é o direito penal. Sobretudo, a fase pré-processual do Direito Penal conhecida como fase inquisitorial. O modelo de investigação existente no Brasil remete a todas as violaçõs de Direitos existentes na idade média.

A plena observância dos Direitos Humanos no Brasil ainda é bem recente, somente há 32 anos atrás uma Constituição tornou tais direitos base da formação social. Entretanto, em um país completamente desorganizado politicamente e com índices de criminalidade tão elevados, a supressão de direitos humanos sobretudo a indivíduos com conduta socialmentes rejeitdas, parece ser a grande solução para a pacificação social, pelo menos é o que defende grande parte da sociedade brasileira.

Aprofundando nas ciências penais, é de plena importância a compreensão da fase de investigação no Direito Penal. O inquérito policial é a fase processual que

mais se questiona a violação dos Direitos e Garantias fundamentais e a supressão dos valores estabelecidos pela sociedade.

Na militância cotidiana no Direito Penal, é comum deparar-se com situações em que a apuração de um delito, pelas suas próprias peculiaridades exige, uma desenvoltura na colheita dos chamados elementos de convicção, que são na verdade as provas que instruem o inquérito policial, só que não podem ser classificadas como prova por que não passam pelo contraditório judicial.

A colheita desses elementos é de suma importância a fim de se justificar a instauração da ação penal. Portanto, é na fase inquisitorial, assim chamada; onde percebida eventual ocorrência de uma ação, cometida por um potencial sujeito criminoso, que colhem-se elementos que servirão de base para instauração de uma apuração penal.

Assim, o código de processo penal brasileiro, em seu artigo 5º, estabelece as formas de se iniciar a apuração de um crime pela polícia judiciária. De ofício (inciso I, art. 5º CPP) onde a própria polícia suspeitando da ocorrência de uma ação criminosa, pode através de portaria iniciar uma ação criminal, ou ainda, quando presenciando o exato momento em que ocorreu o crime atuar o sujeito em flagrante. Nota-se que no caso do referido inciso a apuração penal se instaura por total iniciativa da polícia investigativa, podendo, ser auxiliada pelo policiamento repressivo.

Outra possibilidade de se instaurar uma investigação criminosa é através da requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público. Nos crimes de ação penal pública, condicionada ou incondicionada, o Ministério Público é o titular da ação, devendo este ser o grande provocador processual, ou seja, aquele que irá provocar o judiciário a fim de se garantir a efetividade da ação penal, por isso, estando de posse de informações acerca da ocorrência de um ato criminoso, conhecimento esse que,

em via de regra, antecipa o próprio conhecimento da polícia judiciária, é dever do Ministério Público como o grande zelador da ordem pública, requisitar junto a autoridade policial a instauração de inquérito a fim de se apurar o delito.

Ainda remetendo-se ao inciso II do artigo 5º do CPP, o referido preceito legal, confere, de igual modo, poder para a autoridade judiciária requerer a instauração de processo criminal. Nas teorias gerais de Direito, um dos princípios que norteia a ação das autoridades judiciárias é o princípio da Função do Juiz no Processo Penal.

Aury Lopes Jr. Em uma de suas obras, salienta o seguinte:

O fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do poder judiciário está no reconhecimento de sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal. [JR, Aury Lopes. Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional. Vol. I. Editora Lumen Juris, 7ª Edição. Rio de Janeiro, 2011. Pag. 114].

Nesse sentido, a função primordial do magistrado, como autoridade judiciária, é a garantia de aplicação dos Direitos Fundamentais do Homem e do cidadão. Por tais motivos é que, somente nos casos permitidos em lei, o magistrado pode de ofício determinar a abertura de inquérito policial para apuração de infração penal. O exemplo mais comum é quando testemunhas prestam falso depoimento em juízo, onde o magistrado, conforme a peculiaridade do processo e observados os requisitos legais pode determinar a abertura de inquérito policial.

Ocorre que em muitos casos, após aberto o inquérito e iniciadas as investigações referentes a determinado crime, não consegue-se colher um acervo probatório a respeito do fato criminoso. A partir de tal desafio, necessário de faz criar alternativas a fim de se apurar a existência do crime e dos indícios suficientes de autoria.

Tais alternativas, consistem na realização de diligências consideradas a *'ultima ratio'* probatória. Um dos exemplos clássicos de diligências do gênero são as interceptações telegráficas, disciplinadas no Brasil pela lei 9.296/96. Popularmente conhecido como 'grampo telefônico', tal diligência consiste em interceptar chamadas nos telefones de suspeitos de cometimento de crimes a fim de se constatar a ocorrência da ação delituosa e o seu *'modus operandi'*.

Na tentativa de se constitucionalizar a realização de tais diligências, o Poder Judiciário tem colocado em cheque a sobrevivência de diversas garantias fundamentais e rediscutido a aplicação dos Direitos Humanos na esfera penal, que aliadas as diversas lacunas existentes na lei regulamentadora, gera uma grande polêmica no direito brasileiro: Quais os limites legais impostos pela legislação penal devem ser objetos de interpretação jurisprudencial e quais devem ser sanados pela via legislativa? O que de fato deve ser autorizado ao operar as interceptações telefônicas?

O pensamento iluminista em sua essência, trazia como um dos elementos fundamentais a divisão de tarefas no Poder do Estado. Com isso a criação dos Três Poderes da República, é uma das grandes influências dos Direitos Humanos nas nações signatárias deste modelo social e, no Brasil, os grandes conflitos de competência entre os Poderes, geram a maioria as supressões dos Direitos Humanos.

Inobstante, os Direitos Humanos são violados em quase todos os ramos do Direito Brasileiro. Ocorre que, excetuado o Direito Penal, todas as outras ramificações das ciências jurídicas possuem leis atualizadas e em conformidade com a Ordem Constitucional Vigente.

Já o Direito Penal, as principais normas regentes ainda trazem resquícios dos grandes períodos ditatoriais vividos pelo país, trazendo no seio da lei, costumes

e permissões conflitante com a Ordem Constitucional Garantista que são profundas máculas causadas nos Direitos Humanos e justificada pelo descontrole social que a criminalidade vem causando no País.

Tal problemática será abordada na presente dissertação, sob um olhar de adequação constitucional entre a lei penal e as garantias e direitos fundamentais do homem e do cidadão, bem como toda uma passagem pelo juízo das garantias no ordenamento jurídico brasileiro, verificando a observância de tais garantias no plano prático e adequação do Direito Brasileiro como um todo com as normas de Direito Fundamental recepcionadas ao celebrar os grandes tratados internacionais que versam sobre o tema.

TÍTULO 1 – INFLUÊNCIA DIREITOS HUMANOS NO MUNDO.

1 HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS.

Os Direitos Humanos, partindo da ótica de Direitos Naturais, nasceriam junto com o surgimento do próprio Homem e, ainda que não positivados tais direitos já teriam eficácia a partir da existência da vida humana. Como uma Construção Social, o surgimento em si dos Direitos Humanos teve raízes na Grécia-antiga e no Império Romano quando a sociedade começou a se organizar politicamente.

Os primeiros registros de Declaração de Direitos Humanos que se tem ciência só foram descobertos em 1879, quando foi encontrado um documento denominado o Cilindro de Ciro. O documento é um decreto esculpido no Barro pelo Rei da Pérsia, Ciro II, que quando invadiu a Babilônia emitiu um decreto que traziam importantes garantias, dentre elas permitiu que os povos que foram escravizados pelo antigo regime babilônico pudessem retornar às suas terras e ainda garantiu a liberdade religiosa daqueles que haviam sido obrigados a cultuar novos Deuses e por isso é considerado os primeiros documentos de Direitos Humanos da história datado de 539 a.C.

Na Bíblia Sagrada em um dos seus livros históricos do antigo testamento Esdras em seu capítulo 2, nos versos 1 ao 4 narra a ascensão do Rei Ciro na

Babilônica e a permissão dada por esse rei em que o povo voltasse as suas terras de origem e cultuassem o seu Deus.

Assim está escrito no texto sagrado:

No primeiro ano do reinado de Ciro, rei da Pérsia, Javé, cumprindo o que tinha dito pelo profeta Jeremias, despertou a consciência de Ciro, rei da Pérsia, que proclamou por todo o império, a viva voz e por escrito, o seguinte: Ciro, rei da Pérsia decreta: Javé, o Deus do céu, entregou-me todos os reinos do mundo. Ele me encarregou de construir para ele um templo em Jerusalém, na terra de Judá. Quem de vocês provém do povo dele? Que o seu Deus esteja com ele. Volte para Jerusalém, na Terra de Judá, para reconstruir o templo de Javé, o Deus de Israel. Ele é o Deus que reside em Jerusalém. Todos os Sobreviventes, de todo o lugar para onde tiverem imigrado, receberão da população local prata e ouro, bens e animais, além de ofertas para o templo de Deus que está em Jerusalém. [Bíblia Sagrada traduzida por: PRADO, José Luiz Gonzaga do. Edição Pastoral, Editora Paulus, Brasília, 1991, pág. 475].

Em 1.971 a ONU traduziu o documento original onde há os relatos do Próprio Rei Ciro II que determinava, conforme a passagem bíblica anteriormente citada, garantias para o povo escravizado na antiga Babilônia conferindo-lhes direitos como a Propriedade e a Liberdade religiosa, sendo, portanto, tal documento o primeiro registro de Direitos Individuais concedidos no tempo antigo.

Mas foi nos Séculos XVII e XVIII que os Direitos Humanos ganharam maior proporção com o advento do pensamento iluminista, construção filosófica que tinha como principal característica o racionalismo no período de transição entre a Idade Média e a Idade Moderna.

Antes, porém, é necessário de ressaltar que ainda na Idade Média já haviam documentos percussores que seria o início da positivação dos direitos humanos no mundo. Uma das características da era medieval era o Feudalismo¹ onde haviam senhores de terras conhecidos como senhores feudais que concedia regalias e benefícios aos seus trabalhadores que cuidavam da terra conhecidos como vassalos. Diversas das cartas destinadas a esses vassalos, algumas escritas pelo próprio Rei que garantia direitos básicos como a vida e a integridade física.

Mas o principal documento da era medieval ao qual pode ser atribuída a gênese dos direitos e garantias fundamentais é a Carta Magna escrita pelo Rei João

¹ O feudalismo foi um conjunto de práticas envolvendo questões de ordem econômica, social e política. Entre os séculos V e X, a Europa Ocidental sofreu uma série de transformações que possibilitou o surgimento dessas novas maneiras de se pensar, agir e relacionar. De modo geral, a configuração do mundo feudal vinculou-se a duas experiências históricas concomitantes: a crise do Império Romano e as Invasões Bárbaras. PINTO, Tales dos Santos. "O que é feudalismo?"; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/historia/o-que-e-feudalismo.htm>. Acesso em 25 de junho de 2020.

Sem Terra em 1.215 da Inglaterra, considerada também o primeiro protótipo de Constituição esse documento teve extrema relevância na positivação dos Direitos Fundamentais.

Sobre essa carta o Professor Mário Lúcio Quintão da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, assim asseverou:

A Magna Carta transcendeu o mundo feudal, ao assumir o caráter de documento exemplar, ao inserir, de forma primordial, de que há direitos fundamentais que nem mesmo o Estado pode infringir, i.e, afirma a existência de direitos em face do Poder constituído, ainda que em contextos de privilégios corporativistas. [SOARES, Mário Lúcio Quintão. Direitos Fundamentais e Direito da União Europeia em momento de Tensão. Editora Arraes, 1ª edição. Belo Horizonte, 2016. Pág. 12].

Como as tradições medievais apontam o Rei como o Representante único do Estado, a proclamação da Magna carta veio a ser, de fato, a primeira limitação dos Poderes Estatais ante a direitos individuais. Embora regulasse a relação entre o Rei e os grande Barões a carta Magna trazia consigo o zigoto da essência dos Direitos fundamentais, a liberdade.

Posteriormente, na própria Inglaterra, durante a revolução Inglesa seria proclamada a *Bill of Rights* que transcreveu as declarações positivadas na magna carta que regulamentava a liberdade como dever do Estado, não sendo vista até então como direitos individuais.

Os Direitos Humanos, hoje vistos como Direito indisponíveis e intransponíveis, vem sofrendo transformações desde quando passaram a ser entendido como Garantias Fundamentais no séc. XVIII até hoje. Já são 5 gerações de Direitos Humanos e cada vez que ocorre uma mudança social significativa ergue-se mais uma geração dos Direitos Humanos.

A definição de Direitos Humanos está intimamente ligada a tradução literal deste termo. Para as Ciências Jurídicas são Direitos inerentes a personalidade humana, irrenunciáveis, indisponíveis e intransponíveis que limitam as ações estatais conferindo ao homem garantias básicas de sobrevivência e limites a intervenção estatal na vida privada de cada indivíduo.

Ocorre que, embora sejam direitos tidos como inerentes à personalidade humana, o reconhecimento desses direitos se deu apenas após muita construção filosófica e verdadeiras batalhas que custaram o sangue de muitos, sobretudo durante a Idade Média com a inquisição e na Revolução Francesa de 1.789.

A jurista brasileira conceituada em Direitos Humanos Flávia Piovesan (PIOVESAN, 2.018), expõe de forma brilhante uma ótica de conceituação dos Direitos Humanos:

Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos são fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana, o que compõe um construído axiológico emancipatório. [PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional - 18ª edição de 2018 - Saraiva 18a Edição, pág. 187.]

Utilizando a conceituação apresentada pela autora, há que se observar que a Dignidade Humana, embora pareça ter nascido com o homem, nem sempre foi observada no convívio social. Nos primórdios da sociedade, esta dignidade estava ligada diretamente à questões religiosas e só eram dignos de Direitos àqueles que eram escolhidos por Deus.

Nas narrativas bíblicas mesmo havia a previsão da existência de um único povo eleito, por Deus, para ganharem a salvação e os benefícios sociais advindos da relação homem-Deus. Desta forma aqueles que não eram escolhidos eram marginalizados e totalmente esquecidos pela sociedade, eram considerados escravos e indignos de Direitos, ou seja, embora já previstos, os Direitos Humanos não se estendiam à todos, mas apenas àqueles escolhidos pela figura de Deus.

Direitos básicos como a vida e a liberdade não eram, de fato, protegidos pelo Estado à todos de forma igualitária. Por vezes, ficava à cargo do Rei, Imperador, Inquisidor ou ainda dos Sacerdotes delimitar tais direitos, de forma que a dita 'vontade divina' se escondia atrás de uma imposição de interesses humanos de uma classe específica que determinava a forma de pensar e da sociedade reagir perante cada indivíduo.

Aos poucos, a idéia de teocentrismo foi sendo substituído por uma idéia antropocentrista, sobretudo por volta do final do século XV, com o advento do pensamento iluminista que teve por base um questionamento dos pensamentos pré-estabelecidos e a incoerência da famigerada vontade divina com as próprias doutrinas da igreja.

Ocorre que antes mesmo do pensamento iluminista ganhar força, teve-se a reforma protestante e a contra-reforma como movimentos que já questionavam o autoritarismo eclesial e hegemonia dos governos absolutistas. Escondido atrás de ideais religiosos, os movimentos de reforma e contra-reforma buscou um

remanejamento do poder eclesial por uma ruptura da igreja católica que buscou, dentre outros objetivos, a integração e acesso das classes mais pobres e excluídas aos benefícios eclesiais.

Essas rupturas foram imprescindíveis para um futura condenação de governos abosutista e ascensão dos pensamentos iluministas. O primeiro poder hegemônico a se ruir por dentro era aquele que parecia-se mais consolidado e respeitado que era o Poder da Igreja Católica Apostólica Romana.

Tal ruptura foi tão significativa que foi o ponto determinante para que o mundo se de fato substituísse o teocentrismo pelo antropocentrismo.

Nesse ponto, ergue-se uma discussão temporal, visto que entre os processos de reforma e contra reforma e a consolidação do pensamento ilumista passaram-se mais de dois séculos. Entretanto, se imaginar o pensamento iluminista como um grande incêndio que tinha por objetivo devastar os governos absolutistas a faísca que deu origem a esta devastação foram os movimentos de Reforma e Contra Reforma.

Historiadores de todos os tempos, concordam que uma das razões da queda do Império Romano Ocidental viesse a ruir eram os impactos que a consolidação do Cristianismo causaram ao Império. Assim, mesmo após as insavasões dos povos germânicos a Roma Antiga o Cristianismo resistiu a mudança e se consolidou como a religião dominante no mundo medieval.

Assim o movimento da Reforma foi a primeira oportunidade de trazer à tona as mazelas desse poderio da Igreja, que se consolidara como um Poder hegemônico na idade Média.

Se na queda do Império Romano a igreja condenou as práticas escravistas por considerá-las práticas abusivas, em momento posterior, corrompida pelo Poder político que a igreja foi ganhando, esta passou a criticar as práticas econômicas aplicada pelos comerciantes e artesãos que constituíam a burguesia. Tal crítica, além de ser contraditório a propria filosofia cristão que contribuiu para queda do Império Romano Ocidental, tratava-se apenas de uma forma da igreja de frear o crescimento de uma classe que ameaçava o seu poderio.

Desse modo, ante a tantas incoerências, o Poder da Igreja começou-se a ruir a partir de seu interior e começou a ser contestado, primeiramente, por parte do próprio Clero criando diversos movimentos opositores a esse Poder e as diversas

práticas abusivas que vinham sendo aplicados dando origem ao movimento conhecido como Reforma Protestante.

Algumas hegemonias eclesiais foram criticados por parte do Clero, tais como o celibato dos sacerdotes e a venda de indulgências para construção da Basílica de São Pedro no Vaticano e a ostentação praticada pela própria igreja na construção dos templos e a exclusão das classes menos favorecidas dos benefícios divinos foram atacados pelos intensos processos ocorridos durante a reforma.

Ocorre que a reforma e a contrarreforma são movimentos que partem exclusivamente de uma classe social, ou um grupo social que buscou revoluções para o seu próprio convívio grupal, qual seja, o Clero. A disputa, como qualquer outra revolução no mundo era por Poder.

Assim, com o enfraquecimento da igreja, os Poderes do Rei foram vistos como o único poder indefectível, já que agora questionava-se até a igreja como a representante de Deus e como aquela legitimada a dizer a didnidade de cada um e viu-se que ela era falha.

A igreja que dizia a dignidade do Poder quem era digno e destinado por Deus a ocupar o Poder, agora já não era vista com tão legítima a dar esse veredicto e os Poderes da realeza passaram de fato a serem soberanos, absolutos e a igreja passou a se equiparar com a nobreza, desta vez abaixo da realeza, dando ainda mais suporte aos ideais abolutistas visto que agora nem a igreja era perfeita restando como Perfeito somente o Poder do Rei.

Ocorre que durante a idade Média, apesar das Monarquias absolutistas controlarem o Poder e determinarem a aplicação de todos os recursos produzidos no interior do seu Reino, quem de fato fazia a economia girar eram os grandes trabalhadores.

Durante o período absolutista, as grandes ações econômicas se operavam por meio de barganhas, acordos e trocas entre os reinos, o que deu início a gênese das relações internacionais como conceito de acordo entre nações, os reinos cooperavam entre si a fim de cederem produtos e serviços que faltava a um reino e que era de extrema importância para outro e a fim de evitar guerras durante o absolutismos os próprios reis propunham acordos com outros Reinos a fim de garantir o melhor para cada população.

Assim, a realeza tomou as rédias de todas as faces do Poder, Político, Econômico e Governamental, como se consagrou nas palavras do Rei Francês Luís

XIV, já não havia mais lei, a lei era o próprio Rei dando a realeza por total, ilimitado e insubordinável a qualquer outra guerra.

Contudo, mostra a história que o destino de qualquer Poder incotrolável é a sucumbência causada pela opressão do seu povo que desencadeia crises sociais, morais e econômicas dentro da própria nação, com diversos exageros, abusos praticados pelos Reis em todo mundo, a população que sempre produzia os bens e serviços eram os que menos gozavam daquilo que produziam, tendo novamente que sustentar as diversas ostentações dessa vez da família real, onde o pagamento de impostos e enriquecimento da realeza causariam uma tremenda insatisfação popular, sobretudo daqueles que detinham as operações da economia interna.

Como no mundo todo grande império se ruiu em razão de crises econômicas, na Europa no final do século XVIII não foi diferente. Devido a fatores climáticos e a busca por revoluções nas colônias situadas no novo continente, a Europa passou por uma grande crise ao final do século XVIII que ocasionou muita fome e miséria em toda a Europa, sobretudo na França que era a nação que menos possuía colônias produtivas no novo continente e, conseqüentemente, era a que mais sofrera os efeitos dessa crise que assombrou a Europa nesse período.

Inobstante, mesmo diante de uma crise tão intensa, a realeza francesa não poupava seus súditos do pagamento de impostos absurdos e a fome tomou conta da França em tal período enquanto a família real contiuava a ostentar e esbanjar riquezas diante dos olhos do povo.

O mesmo já havia ocorrido na Inglaterra uma século antes, quando em 1.660 havia estourado a Revolução Inglesa, o Rei Absolutista Carlos I retirou poderes do parlamento e provocou uma verdadeira guerra civil que culminou da destituição da Monarquia na Inglaterra durante alguns anos e provocou um grande crescimento econômico.

Ocorre que a revolução Inglesa apesar de ter sido uma das primeiras derrotas do absolutismo das monarquias na história do mundo, no fim dessa revolução os acordos políticos optaram por restituir a Monarquia limitando, entretanto, os seus poderes. Tais acordos não permitiram que a revolução inglesa fosse de fato um marco na luta contra o absolutismo, sobretudo, em razão do último Rei Carlos II ter simplesmente abdicado do trono para os representantes do Parlamento sem que houvesse qualquer Guerra.

Mas mesmo não sendo um marco na luta contra o absolutismo, a Revolução Inglesa veio dar força ao pensamento iluminista que iria se expandir pela Europa dali para frente e vinha dar força a introdução de novas classes na participação política de cada nação. A burguesia surgia como a nova classe social que reivindicaria participação política e se levantaria contra o absolutismo no mundo.

Com essa conjuntura, o estouro de uma nova revolução era inevitável ante aos diversos abusos de Poder que vinham acontecendo por parte da realeza que não hesitava em explorar seu povo ao lado da Nobreza e do Clero no restante do mundo. Na Inglaterra, ainda, por volta de 1760 estoura a revolução industrial, onde novamente as classes mais pobres levantavam-se contra classes que estavam acima e com certeza foi uma inspiração para que o mundo viesse a se levantar contra os seus tiranos.

Assim, desde o final do século XIV quando a Igreja passou a criticar e se opor as práticas da burguesia, a Igreja Católica já vinha descredibilizada e sofrido por um separatismo ocorrido no movimento da Reforma e a legitimidade do Poder Eclesial, bem como, a própria autoridade de Deus passou-se a ser questionada com o advento do Iluminismo no século XV.

Assim, a Burguesia que objetivava combater o poder hegemônico dos regimes absolutistas, proteger a propriedade privada, viu um enfraquecimento do último Poder soberano existente, O Rei e começou a entender e absorver a essência de todo domínio de forma a acreditar que o Poderio Econômico poderia e deveria ser ditado pelo próprio mercado.

Erguendo-se sob esta égide, o Pensamento iluminista buscou a substituição do Teocentrismo para o antropocentrismo, a razão passaria a ser determinante nas relações humanas e a idéia que as ações humanas seriam limitadas pela vontade de Deus, seria apenas uma forma da Igreja manter o seu Poder e explorar economicamente todas as classes conferindo retirando direitos a quem lhe convinha sob o argumento de ser essa concessão ou retiradas de direitos um ordem direta de Deus.

Desse modo o iluminismo começou a sugerir a existência de Direitos Inalienáveis e Indisponíveis em que nem o Estado e nem a Igreja poderiam suprimir, conforme pensava o pensador Inglês Jhon Locke².

² John Locke (1632-1704) foi filósofo inglês, um dos mais importantes filósofos do empirismo. Exerceu grande influência sobre vários filósofos de sua época, entre eles, George Berkeley e David Hume.

Assim, o que então sequer eram vistos como direitos para grande parte da população, passou a ser idealizado como Direito de Todos, ainda que posteriormente tais direitos teriam servido apenas em favor da burguesia, mas, a idealização do mesmo era destinada a todos sem distinção de qualquer gênero na essência do pensamento iluminista.

E o primeiro País a sofrer com a onda de pensamento iluminista foi a própria Inglaterra que veria algumas de suas colônias se levantar e reivindicar direitos essenciais pautados no iluminismo e viessem a buscar sua independência da Monarquia Inglesa.

1.1 – A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América.

Após a Revolução Gloriosa a Inglaterra passou a voltar os seus interesses para a expansão territorial e o domínio global das atividades mercantis e o principal alvo dos Ingleses era o novo Continente. Os ingleses buscaram a se consolidar como maior potência do mercado e possuía aliados como Portugal e a Prússia com quem mantinha estreitas relações comerciais e ainda visava dominar de vez as colônias da América do Norte.

Ocorre que a rivalidade histórica entre Inglaterra e França ganharia em breve dois novos capítulos. Embora o primeiro pensador iluminista tenha sido Locke, o ideal iluminista ganhou força mesmo na França nos séculos XVII e XVIII. A promulgação da Bill of Rights trouxe limitações ao poder do rei e dividia a organização do Estado com o Parlamento, vedava penas cruéis, fortalecia o Princípio da Legalidade ao impedir que o Rei pudesse suspender leis ou a sua execução sem autorização do parlamento criou imunidades parlamentares e etc.

Com a promulgação da Bill of Rights o pensamento iluminista ganhou ainda mais força e provocou uma rediscussão acerca da organização social se operava e como deveriam se reformular os governos na Europa até então, sendo que seus ideais chegaram até o novo continente.

Na luta pela conquista de terras no novo continente alianças lideradas por Inglaterra e França travaram uma guerra por disputa de terras na América do Norte, Índia África e no Caribe. A Guerra durou entre 1756 a 1763 ficou conhecida como a Guerra dos sete anos e teve o lado Inglês como o grande vencedor obrigando a França a ceder diversas terras para os ingleses no Tratado de Paris de 1763.

Ocorre que essa Guerra custou muito caro para Inglaterra que como, consequência enriqueceu as relações com as 13 colônias do novo continente, proibindo a expansão de terra por parte das colônias, impedindo as colônias de adentrarem nas terras conquistadas e cobrando impostos caros para que fossem compensados todos os gastos.

Em particular, a criação de vários impostos foi o que mais incomodou as 13 colônias inglesas na América do Norte, pois tinham lutado na guerra e conseguido vitórias expressivas para Inglaterra e agora era cobrado delas, as colônias os desfalques econômicos a guerra tinha ocasionado ao Parlamento Inglês.

Em 1.764 foi instituída a Lei do açúcar, onde a Inglaterra aumentou o imposto dos açúcar estrangeiro que entrava nas 13 colônias, de forma que elas eram obrigadas a consumir somente o açúcar inglês. Isso incomodou muito a burguesia das 13 colônias, visto que o açúcar Inglês já era mais caro e agora se tornara a única opção ou a opção mais barata o que prejudicou o comércio interno de tal produto dentro da colônia.

Já em 1.765 foi instituído um novo parâmetro tributário por meio da lei do selo. Essa lei regulamentava a circulação de materiais impressos dentro das colônias, de forma que toda carta, jornal, jogos ou qualquer outro material impresso dentro das colônias deveria receber um selo de autenticação do governos inglês e este selo era pago e o dinheiro iria direto para a metrópole Inglesa. Os valores dos selos eram caros e atacaram a principal forma de comunicação dos colonos na época que eram as cartas.

Com o estouro da revolução industrial que ocasionou a industrialização da Inglaterra faltava matéria prima para as indústrias locais e o governos inglês começou a retirar esses materiais de dentro da colônia, de modo que, além de ter que produzir para consumo próprio os colonos também deveriam produzir agora para a metrópole.

Nessa atual conjuntura, os pensamentos de Locke a respeito dos Direitos inalienáveis já tomavam conta dos pensamentos dos colonos, a vida, a liberdade e a propriedade já eram valores que os colonos haviam se identificados e diante das vitoriosas batalhas que as colônias ajudaram a vencer na Guerra dos sete anos, os colonos, apoiaram-se nos ideais iluministas do contrato social com o Estado que saleintava que havendo injusta exploração o povo deve se rebelar. Com ideais tão inseridos no âmago dos colonos qualquer ato a mais da metrópole inglesa seria o estopim para o estouro de uma nova revolução.

Já havia uma grande arrecadação Inglesa com as colônias com a lei do selo, algo que vinha enriquecendo o governos inglês e empobrecendo a colônia e já não havia mais motivos para surgir novas tributações. Ocorre que de forma competamente abusiva a Inglaterra em 1.773, oito anos após a instituição da lei do selo, institui mais um tributo por meio da Lei do Chá. Essa lei proibia o consumo de chá advindo de qualquer outro lugar que não fosse a Inglaterra. Como as colônias tinham hábitos culturais de consumir chás de todas as partes do mundo, ser tolhido desse direito, infringia muito os ideais de liberdade defendidos por Locke.

Assim, indignados com os abusos da metrópole Inglesa colonos se fantasiaram de nativos americanos, atacam os navios ingleses no porto de Boston que transportavam chá e jogam todas as caixas de chá ao mar num episódio que ficou conhecido como Boston Tea Party tendo esse sido o evento inaugural da guerra da independência Americana.

Tal ato recebeu uma contraagressiva inglesa que publicou em 1.774 as leis da intolerância ou leis intoleráveis que determinou o fechamento do porto de Boston, suspendeu diversos benefícios que as colônias recebiam da metrópole, transferiu a sede dos tribunais que julgavam os crimes da colônia para a metrópole, reforçou a ação policial nas colônias com o exército dos casacas vermelhas e obrigou os colonos a abrigarem os soldados desse exército em suas casas.

Assim em 1.774 os colonos convocaram um congresso para discutir os abusos do Governo Inglês para com as colônias. Conhecido como 1º Congresso da Philadelphia, essa assembléia não teve um consenso pois a elite branca e os sulistas ainda eram bem resistentes a ideia de separatismo mas foi reivindicado uma revogação das lei intoleráveis e um boicote aos produtos ingleses.

Após a realização do congresso o Governos Inglês reagiu enviando ainda mais tropas para as treze colônias e endurecendo o tratamento policial naquele local e, por tal motivo, as colônias convocam em 1.775 um novo congresso foi convocado, dessa vez houve participação de representante de todas as 13 colônias e todos foram a favor dos movimentos separatista, iniciando assim as batalhas pró-independência que seriam lideradas pelo Senhor de Terras que inflamou o povo americano com os ideais de liberdade e posteriormente se tornaria o primeiro presidente do Estados Unidos da América, George Washinton.

O grande trunfo de George Washinton foi seduzir pessoas para se alistarem em suas tropas, convencia o povo com seus discursos que a liberdade era o maior

bem que poderiam ter e de nada adiantava a vida se não houvesse liberdade para se gozar. Liderados por George Washinton os rebeldes americanos conseguem expulsar os ingleses da cidade de Boston.

Com isso em 4 de julho de 1.776 Thomas Jefferson, que viria a ser o terceiro presidente dos Estados Unidos, redige da declaração de independência das 13 colônias que é proclamada ao povo. Essa declaração foi, de fato o primeiro documento que positivou as ideias iluministas ao dizer: *‘Consideramos essas verdade como evidentes, que todos os homens foram criados iguais, dotados de certos direitos inalienáveis...’* Mas a Inglaterra não se conformou com a independência declarada e a partir daí começaram as batalhas mais intensas.

Em 1787 foi promulgada ainda a constituição dos Estados Unidos da América e em 1.791 foi promulgada a Declaração de Direitos Americana. A declaração de independência dos Estados Unidos, foi uma grande inspiração para um revolução ainda maior que estaria por vir. As batalhas pela independência duraram até 1.783.

Benjamin Frankin que era membro do Parlamento Inglês foi determinante ao conseguir apoio da França e da Espanha para lutar ao lado dos rebeldes americanos.

No ano de 1.783 foi assinado um novo tratado em Paris onde a Inglaterra reconhecia a dependência das 13 colônias, devolvia algumas terras pertencentes a França que haviam sido tomadas na guerra dos sete anos e repartidas as terras Norte Americanas em favor das 13 colônias.

Embora, consagrou os direitos individuais como direitos inalienáveis e consagrou diversos outros direitos do homem e do cidadão, a Europa ainda vivia sob os abusos do absolutismo e a vitória da 13 colônias foi uma grande inspiração para lutarem pelos direitos individuais e pela igualdade na Europa.

Ao longo do tempo essa isonomia passou a ser vista como algo utópico e que a libertação do absolutismo favoreceu mais o mercado e a livre concorrência, de fato, do que a todos de forma isonômica, pois a distinção de classes e desigualdade de direitos passou a ser oferecida a todos, mas gozada, de fato, para quem tivesse mais poder de mercado. Mas essa percepção pode até ter sido uma motivação a mais para que a burguesia que detinham riquezas mas não detinha o poder viesse a enxergar um novo mundo emergindo e, inspirada na Independência Americana, estoura na Europa uma nova Guerra Civil que mudaria para sempre o mundo: a Revolução Francesa.

1.2 Revolução Francesa

A revolução francesa provocou a maior mudança no cenário social da humanidade e ocorreu após uma revolta generalizada da burguesia francesa que teve como ponto crucial da Queda Da Bastilha³, prisão francesa que foi invadida por revolucionários em busca de armas e uma afronta a realeza que durante anos utilizou aquele monumento como forma de oprimir as classes inferiores.

A França do final do século XVIII estava dividida socialmente por estamentos, níveis sociais semelhante a uma pirâmide que separava as classes sociais dando mais poder as classes que estavam por cima. A divisão consistia na realeza no topo acima da Lei, clero e nobreza no nível inferior, que estava sujeita a lei, mas tinham direito de participação política e recebia benefícios da realeza tendo poder de voto nas decisões da nação; no último nível tinha o resto da população que consistia na Burguesia, camponeses, e demais trabalhadores.

Essa última era a grande maioria da população francesa e embora fossem os grandes motores e operadores da economia, não possuía quaisquer benefícios e foram os que, de fato, sofreram com a crise econômica que assombrou a Europa no final do século XVIII. Os grandes pensadores iluministas pertenciam, em sua grande maioria a essa classe e seus pensamentos foram determinantes para que esse povo se revoltasse.

A crise econômica veio evidenciar o grande despreparo do Rei Luís XVI em administrar uma nação, pequenas decisões tomadas diante da crise provocaram o aumento nos efeitos da crise no território francês cujo estopim da revolução foi uma tentativa desastrosa que impedir que a fome chegasse nas classes superiores (Clero, Nobreza e Realeza).

Alguns fatores foram responsáveis pela crise e geraram a descrença do povo na força do governo. A perda da Guerra dos Sete anos disputa com a Inglaterra que fez a França perder terras produtivas no continente americano, consumiu com os recursos da Coroa. Houve também fatores climáticos que causaram um grande débito

³ A queda da Bastilha foi considerada um grande marco na época, pois simbolizou o início da queda do Antigo Regime e contribuiu para difundir o sentimento revolucionário – naquele momento concentrado em Paris – para toda a França, tanto nas cidades menores como nos agrupamentos rurais. SILVA, Daniel Neves. "O que foi a queda da Bastilha?"; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/historia/o-que-foi-queda-bastilha.htm>. Acesso em 10 de junho de 2020.

na produção interna de bens e serviços e para piorar a coroa estava tendo grande dificuldade de arrecadação visto que o Clero e a nobreza não pagavam impostos a coroa.

Na tentativa de resolver o problema de arrecadação em 1787 o Rei Luís XVI convocou a assembléia de notáveis⁴ que reunia o Clero a Nobreza e o Rei numa tentativa frustrada de convencer o 1º e o 2º Estado (Clero e Nobreza respectivamente) a começarem a pagar impostos. Ocorre que a assembléia dos notáveis não obteve nenhuma acordo visto que nem o Clero e nem a Nobreza queriam perder suas prerrogativas e se recusaram a pagar impostos para ajudar a França a vencer a crise.

Além de não conseguir chegar em uma acordo que levasse o Clero e a Nobreza a pagar imposto, o Rei começaria a ganhar desconfiança das únicas classes que ainda o apoiava, visto que tanto o Clero, quanto a Nobreza passaram a discutir a legitimidade do poder real. Por mais que nessa atual conjuntura já se haviam rompido com os ideais da idade média, as críticas sofridas, sobretudo pelo Clero, levaram o terceiro estado a não enxergar mais o Rei como um enviado de Deus e, como a Igreja ainda se recusava a pagar impostos que ajudaria a vencer a crise as idéias iluministas ganharam ainda mais força no 3º Estado (povo) e a racionalização passou a se entranhar no coração da grande maioria da população francesa.

Insistindo na idéia do Clero e a Nobreza pagar impostos, o Rei convoca em 1788 a assembléia dos Estados Gerais⁵ onde cada estado teria direito a um voto, sendo que Clero e Nobreza se juntaram e votaram ambos pelo não pagamento de impostos nem pelo primeiro e nem pelo segundo estado, gerando a insatisfação e indignação da maioria da população francesa quanto ao descaso que as classes superiores demonstraram em relação a crise e, gerando também, uma insatisfação quanto ao poderio do Rei e forma como ele estaria administrando atuando frente a crise.

⁴ O ministro das finanças propõe a criação de novos impostos sobre a nobreza e o clero. A Assembleia dos Notáveis (que representava a nobreza e o clero) reage energeticamente, declarando que tal medida só poderia ser decretada pelos Estados Gerais (nobreza, clero e povo). SOUSA, Rainer Gonçalves. "Revolução Francesa - Os Estados Gerais"; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilestola.uol.com.br/historiag/revolucao-francesa-os-estados-gerais.htm>. Acesso em 24 de junho de 2020.

⁵ Na contagem dos representantes de cada estado, o primeiro estado contava com 291 membros, o segundo com 270 e o terceiro estado dispunha de 578 membros votantes. Apesar da maioria absoluta, a forma de voto da Assembléia Geral impedia a hegemonia dos interesses do terceiro estado. Conforme previsto, os votos eram dados por estados, com isso a aliança de interesses entre o clero e a nobreza impedia a aprovação de leis mais transformadoras. SOUSA, Rainer Gonçalves. "Revolução Francesa - Os Estados Gerais"; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilestola.uol.com.br/historiag/revolucao-francesa-os-estados-gerais.htm>. Acesso em 25 de junho de 2020.

Com a escassez de alimentos, o Rei determinou que o 1º e o 2º Estado tinha preferência nos alimentos produzidos nos territórios franceses e para impedir que os alimentos acabassem até para essas classes o rei determinou o aumento de preço de alguns alimentos básicos que inviabilizava o consumo por parte do 3º estado, sendo este fato de tirar comida da mesa da maioria da população foi estopim real para que se iniciasse a revolução.

Um dos alimentos que mais encareceram na época da crise foi a farinha de trigo e como o pão era o principal alimento dos Franceses na época, o aumento desse alimento causou imensa revolta na população, sobretudo ante ao fato que em um dia o Palácio consumia um quantidade de pão capaz de alimentar mil homens no 3º Estado.

Assim a população começou a se levantar contra o Rei. Maximilan Robbespierre o mais importante advogado francês da época, foi aclamado um dos líderes do povo do terceiro estado devido a sua impecável oratória e indefectível aparência e escreveu uma reclamação formal ao Rei reivindicando direitos ao povo do terceiro estado.

Como resposta criou-se a lenda da Rainha Maria Antonieta ter dito ao Rei “que comam brioche”, se referindo a reclamação acerca da falta de pães e de alimentos que vivenciava o terceiro estado. Tal resposta teria chegado ao ouvido do povo que criaram uma aversão imensa a Rainha e por ser a mesma austríaca levou o povo a ser menos tolerante com ela que advinha de uma outra nação e por isso acreditavam que ela não possuía interesses nos problemas da França.

Então, foi designada uma terceira assembléia no intuito de se resolver o problema da falta de arrecadação mas que ocorreu com portas fechadas com a presença somente de representantes do 1º e do 2º Estado. Então no dia 9 de julho de 1.789 representantes do terceiro estado se reuniram em uma quadra de tênis, a época conhecido como jogo da péla⁶ e ali fizeram o juramento da sala da péla e se uniram para criar uma assembléia constituinte que teria a missão de criar uma nova Constituição para a França, nesse momento a paciência do povo já havia se esgotado e a grande maioria da população já tinha se decidido se levantar em armas contra o Rei.

⁶Pela: Jogo antigo que usava-se raquetes, semelhante ao tênis.

O povo então reuniu todas as armas que possuíam, mas ainda faltava-lhes a pólvora que seria utilizada como munição para algumas dessas armas. Embora a maioria das armas que o povo possuía fossem armas cortantes, tais como facas, foices, lanças e machados, havia muitas armas de fogo nas mãos de pessoas do terceiro estado, mas pouca munição capaz de garantir o uso delas em uma revolução.

Assim, no centro de Paris havia uma prisão símbolo do absolutismo real que fora usada para torturar os inimigos do Rei, sobretudo no Reinado do Rei Luís XIV o conhecido Rei Sol. A prisão que recebeu o nome de Bastilha já estava desativada, após o palácio ter se transferido para a cidade de Versalhes, mas servia como depósito de pólvora naquela ocasião e possuía um pequeno número de soldados que a guardavam; já que a maioria dos soldados do exército se concentravam a 20 km de Paris na cidade de Versalhes onde ficava o palácio.

Logo, a Bastilha se tornou o grande alvo dos revolucionários do terceiro estado que no dia 14 de julho de 1789 marcharam em direção a esta prisão. Ao notar a marcha que vinha em sua direção o diretor da prisão ordenou que trancassem as portas e iniciou um ataque frustrado contra os revoltosos que conseguiram derrubar os portões, assassinar os guardas e o diretor que tentou escapar pelas ruas foi agredido e esfaqueado pelo povo até que clamou pela morte. Ali ocorria o evento marco de início da revolução francesa eu foi a tomada ou queda de Bastilha.

Com a tomada de Bastilha o povo passou a ter acesso à todas as armas de Paris, e o terceiro Estado passou a governar a cidade e tinham por objetivo criar um conjunto de normas cujo objetivo era acabar com a diferenciação entre as classes sociais e promover a igualdade entre todos, provocando assim um grande medo na Realeza, no Clero e na Nobreza que já percebiam o alcance que a revolução vinha tomando.

Assim, em 26 de agosto de 1789 foi intitulada e assinada pelos representantes do terceiro estado a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e Maximilian Robbespierre foi instituído como o grande líder da revolução e coordenou uma marcha em direção a Versalhes a fim de exigirem que o Rei assinasse a declaração.

No subúrbio de Paris haviam mulheres trabalhadoras que limpavam peixes, mulheres fortes, musculosas e que tinham uma incrível habilidade com facas e foices e que eram temidas por todos. Essas mulheres estavam furiosas com os abusos

cometidos pela Rainha Maria Antonieta e prometeram invadir o castelo e assassinar a Rainha.

Elas então coordenaram a invasão ao castelo em busca da Rainha que teve que se refugiar nos aposentos do Rei para não ser morta. Assim, os revoltosos tomaram o palácio exigiram a assinatura da Declaração e Direitos do Homem e do cidadão e o retorno da família real para Paris e a Assembléia Constituinte formada no juramento do jogo da Péla passou a funcionar como uma espécie de parlamento francês que obrigava ao Rei assinar diversas Leis que retirava seus próprios poderes e acabavam com as regalias do Clero e da Nobreza e a burguesia francesa assumia o poder.

A marcha de retorno a Paris foi marcada por uma marcha onde os revoltosos traziam consigo a cabeça dos soldados derrotados na ponta de suas lanças numa demonstração de força e poder e como uma forma de acuar todos aqueles que não apoiavam a revolução.

O Rei Luís XVI ficou preso em Paris até que planejou uma fuga para o Reino da Áustria a fim de conseguir o apoio do exército austríaco para reassumir o Poder, mas antes de chegar na fronteira com a Aústria, na cidade de Varrenes o Rei foi descoberto, capturado e levado a julgamento por crimes de traição que levaram a sua morte pela Guilhotina.

Com a morte do Rei, Maximilam Robbepierre assumiu o poder na França se tornou o líder do Parlamento e inicialmente era contra a Pena de morte, mas com a morte do Rei, mudara completamente sua concepção sobre pena de morte e passou a defender que a virtude sem o terror é ineficaz, dando início a um período sombrio conhecido como o Grande Terror onde milhares de pessoas foram mortas na Guilhotina, todos os que se opunha a revolução.

Alguns historiadores acreditam que tanta morte teria deixado Robberspierre louco e ele passou a querer matar todos a sua volta inclusive os membros do Parlamento que para por fim ao período do Grande Terror teriam o prendido e julgado a pena de morte. Antes porém de ser julgado e levado a guilhotina, Robbepierre quando percebeu que se voltavam contra ele tentou um suicídio frustrado com um tiro na própria mandíbula. Após ser guilhotinado um período de incerteza tomou conta da França.

Napoleão Bonaparte um general francês que tinha liderado os exércitos contra a Invasão inglesa na batalha de Toulon ao sul da França e as margens do

Mediterrâneo foi aclamado como novo líder francês dando início a uma nova fase da história da França.

Assim, historicamente ali se encerrava a revolução francesa que deixou como principal ensinamento a ascensão do povo ao Poder, e uma luta pela Liberdade, Igualdade e Fraternidade, a instituição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que, com certeza é uma das maiores, quiçá a maior, revolução das ciências jurídicas ocorridas na história do mundo.

Embora tal revolução tenha sido um Marco histórico de conquistas de direitos, a Revolução Francesa ergueu-se sob crises econômicas e tinha o objetivo claro de reestruturação político e econômica e não como uma defesa de Direitos Naturais do homem sob uma pseudoconscientização social.

A Luta primordial alicerçava-se por uma intensa necessidade de se garantir Direitos inalienáveis a própria Natureza Humana tais como, Liberdade, Igualdade e Dignidade, uma luta que beneficiou a todas as classes sociais, mas que ainda não vem se aplicando de forma isonômica, sobretudo por ter enfatizado a meritocracia e no pós-revolução desconsiderando as desigualdades de oportunidades existentes no mundo.

Ocorre que, com o sucesso das batalhas francesas culminou numa positividade dos direitos humanos que, numa reação em cadeia passou a serem observados, admirados, respeitados e recepcionados no mundo inteiro, gerando uma revolução da forma de se pensar e aplicar o direito.

1.3 Declaração Francesa dos direitos humanos

A maior conquista deixada pela Revolução francesa foi a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão. Ao se deparar com o teor positivado nessa declaração nota-se imensa semelhança com a carta Magna assinada pelo Rei João sem Terra na Inglaterra de 1215 e é inevitável tecer comparações entre os dois documentos.

A Carta Magna, tem natureza e objetivos diversos da Declaração Francesa. Enquanto uma aparenta ser um acordo de negócios a outra retrata a indignação e a luta travada por um povo para que lhes fossem garantidos direitos mínimos. A primeira estava enraizada em interesse mercantil e só foi pensada em razão de interesses comuns entre as partes envolvidas, a segunda, por sua vez, buscava abranger os

direitos declarados à todos sem qualquer distinção humana que pudesse colocar homens em desigualdade legal.

No século XVII a carta Magna recebeu uma interpretação de Coke que possibilitou a tradução de parte do conteúdo dessa carta que o Professor Mário Lúcio Quintão transcreveu em sua obra.

Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos, nem mandaremos proceder contra ele, se não em julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia contra eles a lei de seu país.

Nota-se na Carta Magna do Rei João sem Terra uma inédita predileção pela legalidade, uma vinculação das ações pertinentes ao próprio Poder de Rei a normas que justifiquem a utilização deste poder. Outro bem que se menciona em toda norma que garanta direitos individuais é a liberdade nesse momento entendido como a liberdade física e patrimonial e que na Declaração Francesa abrangiu para a liberdade intelectual, de expressão, liberdade religiosa e a liberdade política.

Ocorre que a Carta Magna embora traduza a essência dos Direitos Fundamentais transparece uma relação privada enraizada no seu âmago por não se destinar a todos sem fazer distinções, mas buscava conceder privilégios à apenas parte do povo a parte com as quais o Rei detinha seus interesses.

Por sua vez o maior objetivo intrínseco na Declaração Francesa de Direitos Humanos é a própria igualdade. Conforme contextualizado em tópico anterior, diversas lutas levaram as classe excluídas e suprimidas de Direito na França dos Séculos XVII e XVIII a reivindicarem na força direitos entendidos como direitos essenciais ao homem e ao cidadão, garantias que possibilita qualquer pessoa a viver em sociedade.

A positivação dos Direitos Fundamentais teve seu ápice na declaração elaborada em 26 de agosto de 1779 em Paris. Princípios e direitos basilares já enaltecidos na Carta Magna do Rei João sem Terra e que também justificaram a Revolução Inglesa, também já vinham sendo pensados e guerreados quando as 13 colônias do novo continente buscaram sua independência em 1776.

Os direitos expressos na declaração parisiense de 1779 são direitos tidos como direitos naturais que já nascem com o próprio homem que sequer precisaria ser declarado por que já existem, se materializam com a própria existência humana.

Ocorre que durante toda a história, desde o Código de Hamurabi⁷ esses direitos não eram observados, ou então destinava somente aqueles que se diziam dignos ou recebiam uma dignidade por meio razões genéticas de linhagem ou por fazer parte de uma classe que detinha as relações locais.

Nos primórdios do mundo, a religião sempre exerceu um papel de construção da sociedade. E toda a religião pautado no separatismo do bem e do mal, buscava eleger pessoas, ou classes para ilustrarem esses ideais, alguns representavam o bem, outros representavam o mal. Assim, desde o nascimento os indivíduos já eram marcados para ser um sujeito de direitos, caso tivesse nascido em uma linhagem boa, ou um sujeito que não gozaria de direitos, se tivesse nascido em uma linhagem ruim, como seria o caso dos escravos.

A declaração francesa de Direitos do homem e do cidadão, tinha os pilares da Revolução Francesa como seus principais fundamentos. A liberdade era o maior bem e a igualdade era o maior alcance dos direitos. A própria leitura da Declaração de Direitos Humanos atribui aos direitos ali declarados características que tais prerrogativas sempre possuíam mas que nunca haviam sido observadas de forma igualitária.

Nesse momento necessário de faz a leitura na íntegra dos direitos declarados em Paris no dia 26 de agosto de 1.779:

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.

Em razão disto, a Assembléia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão:

Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

⁷ Conjunto de Leis Babilônicas do século XVIII a.C. que tinha como principal característica a Lei de Taleão que visava uma aplicação de penas como caráter retributivo, aquilo que se fazia de mal para a sociedade se recebia na mesma proporção, consistia na famigerada ideia de: “Olho por Olho, dente por dente.

Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão.

Art. 3º. O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11º. A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

Art. 12º. A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública. Esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.

Art. 13º. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.

Art. 14º. Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la

livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

Art. 15.^o A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.

Art. 16.^o A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Art. 17.^o Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.⁸

Logo no preâmbulo a Declaração necessita esclarecer que os direitos ali declarados não se tratam de direitos novos que emergiam na sociedade, ao contrário, são direitos que sempre existiram, mas que haviam esquecidos e desprezados em razão da corrupção do homem.

Ainda em seu preâmbulo a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão proclamada durante a revolução francesa ratifica a idéia da existência de direitos naturais e inalienáveis. Tal positivação se mostra extremamente importante. Fruto do pensamento iluministas a declaração rompe com o pensamento de que direitos básicos partia de uma escolha divina e não nasciam com o homem.

Nas filosofias anteriores a Grécia Antiga, a escolha ou a outorga de direitos ocorria por meio dos deuses (ou do Deus) cultuados em cada sociedade e somente se algum enviado desses deuses proclamasse aquele direito em favor de alguém ou de alguma classe ele passaria de fato a existir.

Nesse aspecto quando em primeiro plano, logo no preâmbulo a Declaração trata os direitos ali declarados como direitos naturais, ela difunde tais direitos e o vincula a própria natureza humana, associa tais direitos a própria função existencial do homem. De forma que permite a interpretação de que a partir do nascimento aqueles direitos já se materializam naquele ser. Inobstante, por fazer parte da natureza humana há que se compreender o dever de garantir esses direitos até mesmo antes do nascimento, ou seja desde a concepção, discussão esta que se estende até os dias atuais quando se aventa uma liberação ou proibição do aborto.

Desse modo, quando na Declaração pensava-se todos os direitos ali positivados como direitos naturais, atribuía-se ao homem a prerrogativa de gozar

⁸ In Textos Básicos sobre Derechos Humanos.

Madrid. Universidad Complutense, 1973, traduzido do espanhol por Marcus Cláudio Acqua Viva. APUD. FERREIRA Filho, Manoel G. et. all. Liberdades Públicas

São Paulo, Ed. Saraiva, 1978. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores.html>, acesso em 25/06/2019.

desses direitos e salvaguarda desses direitos por meio das lei. Assim, a revolução nesse ponto resgata os ideais de Thomas Hobbes em sua obra *O Leviatã* que contempla a natureza corrompível do homem e que somente por uma ação de governo forte este homem será capaz de observar a respeitar o direito alheio e que o homem deve se controlado por meio de leis severas que o eduquem.

O ilustre pensador assim invocou a natureza humana:

O valor de um homem, tal como o de todas as outras coisas, é seu preço; isto é, tanto quanto seria dado pelo uso de seu poder, Portanto não absoluto, mas algo que depende da necessidade e julgamento de outrem. Um hábil condutor de soldados é de alto preço em tempo de guerra presente ou iminente, mas não o é em tempo de paz. Um juiz douto e incorruptível é de grande valor em tempo de paz, mas não o é tanto em tempo de guerra., E tal como nas outras coisas, também no homem não é o vendedor, mas o comprador quem determina o preço. Porque mesmo que um homem (coro muitos fazem) atribua a si mesmo o mais alto valor possível, apesar disso seu verdadeiro valor não será superior ao que lhe for atribuído pelos outros. [MALMESBURY, Thomas Hobbes de. *Leviatã ou Matéria, forma ou poder de um Estado Eclesiástico Civil*. Traduzido por João Paulo Medeiros e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3ª Edição, São Paulo: Abril Cultural, 1983, Col. Os Pensadores).

Os elaboradores da Declaração Francesa de Direitos Humanos viveram na pele essa oscilação de valores humanos, e como em tempos diversos os valores humanos são facilmente corrompidos pelo dinheiro e pelo poder; se depararam ainda com a ausência de positivação, de registro dos direitos naturais era prejudicial a vida em sociedade, por isso embora naturias os direitos precisavam ser declarados naturais, para que todos assim entendessem e os praticassem.

Ainda no preâmbulo da declaração seus autores tratam os direitos ali positivados como direitos inalienáveis. Cohecedores da miséria humana era preciso deixar claro, para o sucesso da revolução que os direitos ora declarados não poderiam, em hipótese alguma serem barganhados, trocados em prol de dinheiro ou poder, uma vez que trairia a própria razão do homem de existir.

Novamente invoca-se a citação do pensador Thoma Hobbes que vislumbra que a virtude humana depende de uma avaliação ou julgamento de outrem para de fato ser valiosa. Conforme concebemos nos dias atuais, os valores sociais mudam conforme o tempo e uma sociedade que preserva o Direito à Vida, por exemplo, o faz por que outros povos já julgaram ser de extrema necessidade salvaguardar tal direito. Entretanto, se em algum tempo, essas virtudes forem alienadas o julgamento social pode diferir e tal direito não ser visto como um valor mas sim como uma corrupção,

assim, declarar o direito à vida como direito inalienável o coloca como um direito que está acima do julgamento social e impassível de transgressão.

A alienação de direitos não envolve apenas negociação de prerrogativas, mas também imposição de pensamento. Ao ato de alienar se atribui o significado de oferta de algo de valor menor em troca de algo que pode ilusóriamente lhe causar mais benefício. Ocorre que também está implícito no verbete alienar que a referida troca, a longo tempo, demonstra ser prejudicial ao indivíduo que a realizou. Assim, quando na Declaração de Direitos do Homem os franceses protegem as garantias ali positivadas da alienação, eles entendem que aquelas garantias são o que o homem pode ter mais de valioso.

Logo em seu artigo 1º a Declaração ressalta o homem como ser livre a partir do nascimento e que todos nascem em total igualdade de direitos e gozam reciprocamente desses direitos no meio comum, não havendo tratamento diferente nos termos legais. Tempos após, a igualdade foi substituída pela equidade e isonomia, onde apesar não devem serem tratados como desiguais há contextos sociais que desequiparam os cidadãos. Mas naquele momento, num mundo que ainda vivia sob a escravidão e tantos outros carmas sociais, a declaração dizer que o homem nasce livre e que essa liberdade deveria ser aplicada de forma igualitária era uma completa inovação que resgataria milhões de pessoas dos grilhões da desumanidade.

Entretanto, a segunda parte do artigo 1º da declaração, vem assegurar que ainda poderia ver distinções sociais que se justificaria pela utilidade comum. Essa definição de utilidade comum além de raza confere ao homem (lembrando que este homem é um ser corrompido), a faculdade de conferir prerrogativas a determinada classe social e tais prerrogativas se apoiarem no bem comum.

Infelizmente, os franceses não previram (ou previram e mesmo assim o fizeram) que a divisão de classes nas décadas subsequentes iria muito além da divisão entre 1º, 2º ou 3º estado. A época da declaração dentro do próprio terceiro estado já haviam divisões como, por exemplo, os jacobinos e os Girondinos, o que nos leva a ensaiar uma idéia de que, como de fato ocorreu, já havia uma intenção de se favorecer classes dentro da própria revolução.

Com essa segunda parte do artigo 1º seletivização de direitos se amplificou muito, não havia uma determinação clara, e até hoje não há, do que seria essa utilidade comum, de quem determinaria o que seria essa utilidade comum e a quem ela oprimiria e a quem ela favoreceria. Sabe-se que no prosseguimento da revolução

todos aqueles que se opunham sofreram as iras da supressão dos próprios direitos declarados.

Nos dias atuais, a sociedade está completamente escalonada e dividida por diversos seguimentos, raça, classe social, classe econômica, orientação sexual, gênero de forma que a delimitação do bem comum sempre pecou por dar vantagens a uns e tirar vantagens e oprimir outros. Lógico que ao longo da história, as gerações de Direitos Humanos foram corrigindo os erros que se emergiu na declaração francesa, aos passo que também criaram ou evidenciaram outros problemas advindos da vida social.

Certo é que por mais gloriosa que tenha sido a revolução, nitidamente ela não se divorciou daquilo que lhe deu causa: a distinção e pessoas que se encontram em posição social diversa. Como mencionado antes, anos após a declaração, tentou-se corrigir tais lacunas com a implementação do ideal da Isonomia, do tratamento dos desiguais na medida que se desigualava, mas chegar num coeficiente que de fato garanta a todos igualdade no exercícios dos seus Direitos Fundamentais é algo que nem a Declaração Francesa não conseguiu nem os melhores tratados de garantias fundamentais modernos conseguiram.

Assim, numa eterna troca de Poder e briga entre as diversas classes, ainda é comum se deparar com um mundo que tende a favorecer poucos e oprimir muitos numa mesmo ritmo e intensidade que se verificou nas revoluções dos séculos XVIII e XIX.

Já o artigo 2º da declaração francesa traz uma possibilidade que naquele período era visto com maus olhos, o poder de se associar politicamente no intuito de conservar a hegemonia dos direitos essenciais. Era comum naquele contexto social que todas as pessoas que se opusessem a forma de governo pré-estabelecida, sofreria retaliações, perseguições, opressões apenas pelo fato de opinar de forma diversa.

Tal garantia além de resgatar a essência do ideal democrático, sofreu influência direta do iluminista de Voltaire, quando este salientou: *“Posso não concordar com o que dizes, mas defenderei até a morte o teu o direito de dizê-lo”* (Hall, 1939). Na verdade tal pensamento apesar de ser atribuído a Voltaire nunca foi encontrado em nenhuma de suas obras, mas foi lhe creditado em biografias no século XIX, em razão de uma carta que o mesmo disse as seguintes palavras: “Senhor abade

eu detesto o que escreves, mas daria a minha vida para que pudesse continuar a escrever...” (Voltaire, 1770).

Mas a carta escrita por Voltaire aliada a diversos pensamentos do mesmo impulsionou ao lado de Rosseau e Montesquieu a luta pela liberdade de expressão e pensamento que foi consagrada no artigo 2º da Declaração Francesa de Direitos do Homem e do cidadão. A partir daquele momento, os homens poderiam se associar politicamente para concordar ou discordar da ordem estabelecida e tentar trazer melhorias para a sociedade onde vive. Tal garantia se traduziria, posteriormente em governos democráticos nas diferentes correntes políticas que constituiriam os regimes democráticos.

Inclusive as definições de políticas de esquerda e políticas de direita surgiu nesse período onde jacobinos e girondinos nas assembleias realizadas durante a revolução sentavam-se a esquerda e a direita respectivamente. E como Jacobinos e Girondinos tinham posições políticas diferentes e ambos construíram juntos a Declaração, certo é que garantir tal liberdade compreendia em guardar os pensamentos de cada um dos seus.

Já a segunda parte do artigo 2º da Declaração ainda trata de direitos políticos de participação ou de resistência. Ao se assegurar a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência a opressão a assembleia constituinte francesa além de incluir a propriedade e a inviolabilidade a incolumidade física no rol dos direitos essenciais ao homem, tal artigo buscou trazer aos homens da época a sensação de tranquilidade que já havia se divorciado a anos dos franceses. Agora, o homem poderia pensar, falar, se expressar da forma como quizesse que não seria agredido, torturado em virtude de tais posicionamentos.

O artigo 3º da Declaração começa a tecer ideais sobre a soberania das nações. Uma nação para garantir o bem estar de seu povo deve ser soberana e não sofrer com as influências externas, imposições de outras culturas, visto que a preservação da própria cultura naquele cenário era uma oposição clara a invasão de países para tomada de território e escravização social, política e cultural daquele povo. Parece contraditório e naquele momento utópico essa primeira parte do artigo 3º sobretudo se lembrar que o período político que sucedeu a Revolução Francesa foi a era de Napoleão, mas já se possuía ali os ideais de soberania de cada nação.

Nesse momento, é necessário uma reflexão acerca do termo Nação. Em sua obra *Etnicidade*, Esteve Fenton assim discorreu:

O principal significado atribuído particularmente a nação é a ideia de que nações e Estados estão interligados. O que pode estar contido na ideia de que as nações devem ser autogovernistas (isto é, ter seu próprio Estado). Ou na ideia de que a população de um estado é, ou forma necessariamente uma nação. Esta última ideia incorpora a noção de que a população de um Estado (os seus cidadãos) não é naturalmente ou sem esforço uma nação, mas pode tornar-se uma nação construindo-a. [FENTON, Steve. *Etnicidade. Coleção Epistemologia e Sociedade*. Instituto Piaget. Lisboa, 2003. Pág. 195].

Revestindo-se dos ideais de FENTON, quando se trata no artigo 3º de soberania da nação. Verifica-se que a nação em si, está inserida num conceito muito maior do que o próprio estado. Consiste no agrupamento de um povo que vive sob o mesmo território, mas que possui em comum uma cultura, uma economia um legado histórico que compartilham entre si e que os únem como povo.

A realidade da França durante a revolução era completamente propícia para que tal soberania da nação fosse violada. O povo não estava sendo ouvido, o Rei havia se casado com Maria Antonieta que era Austríaca e diante do levante do terceiro estado, era evidente que o Rei buscava apoio de outros povos para tentar reestabelecer o seu poder. Assim a garantia da soberania era uma estratégia de defesa para que não fosse imposto ao povo nova cultura e novos costumes senão aqueles escolhidos pelo próprio povo.

E por fim na segunda parte do artigo 3º da Declaração trata a concepção de legitimidade governamental, onde nenhuma pessoa poderia ascender ao poder sem que tal poder fosse emanado expressamente. A revolução traria a ascensão de muitas lideranças dentre o povo, cada um defendendo os seus interesses, mas para que tal poderios se consolidassem era necessário muito mais do que vontade, mas sim legitimidade.

A parte final do artigo 3º da Declaração Francesa de Direitos Humanos revelava que não havia mais poder cuja ascensão se desse pela força, ou pela opressão, mas que a ascensão ao Poder deveria ser algo deliberado, decidido e promulgado de forma a atender o desejo da maioria. Durante a revolução francesa todos os líderes que surgiram foram aclamados pelo povo e do próprio povo adveio a sua legitimidade para liderar.

Os próximos três artigos compreendem os atuais princípios da Legalidade e/ou da vontade legal. A partir daquele momento, somente lei escritas poderiam obrigar um cidadão a fazer algo ou deixar de fazer. O artigo 4º, por exemplo, trazia limites a liberdade individual em face do caráter coletivo, todos os homens teriam

direito a liberdade mas o limite da sua liberdade era a liberdade do próximo, ou seja, seria um sujeito livre aquele que não suprimisse o direito a liberdade alheio e quem determinaria os limites e os alcances dessa liberdade seria a própria Lei, nenhuma pessoa ou nenhum ato poderia então sobrepor a lei.

Já o artigo 5º da Declaração traz as diretrizes sob as quais a Lei deveria se erguer em sua primeira parte. A primeira proibição encontrada na declaração tem uma limitação dos poderes da própria Lei que não poderia instituir situações que seriam nocivas aquela coletividade e, por não ser nociva, somente a lei seria capaz de conferir direitos ou proibir cidadãos de exercer sua liberdade. A expressão do disposto no artigo 5º é a raiz do que se define, hoje, pelo Princípio da Reserva Legal.

E por fim, no que se refere a legalidade o artigo 6º da Declaração legitima as diversas pessoas, classes e seguimentos a participarem da formação das suas próprias leis. Essas, por sua vez não deveria atender interesses somente de parte da sociedade, mas deveria buscar a satisfação dos interesses de todos e deveria ter a mesma força tanto para proteger quanto para punir.

Do artigo 7º, 8º e 9º a Declaração tratava da relação da Lei com a espécie e forma de processamento e punição daqueles que a infringissem. Nesse momento, os direitos individuais entram na esfera de seu maior opressor do longo da história e que possui extrema relevância quando o assunto é direitos fundamentais do homem e do cidadão: O Direito Penal.

O primeiro artigo da trindade, é o precursor do Princípio da Legalidade no Direito Penal. Em seu artigo 7º a declaração estabelece que só poderá haver prisão e/ou punição por fatos disciplinados em lei e todo aquele que prendesse, punisse de qualquer forma, outras pessoas por fatos não expressos deveria ser punido por arbitrariedade. E a parte final do artigo determina ainda que aqueles que fossem punidos dentro dos parâmetros legais deveriam aceitar o cumprimento da lei sob o risco de aumentar a sua pena.

Conforme verificou-se no capítulo anterior um dos objetivos iniciais da Revolução era extinguir de vez a pena de morte, ideia inicialmente defendida por filósofos iluministas e que Robbespierre era adepto. Ocorre que após o ato do Rei de traição à nação, o novo líder francês teve que abrir mão dessa convicção e acabou tomando gosto pelo tipo de punição.

Um fato curioso a respeito da Revolução Francesa é que a guilhotina foi criada justamente para que as penas de mortes fossem mais humanizadas e sem

tortura, em um único ato de decepar a cabeça a rigor da lei era garantido sem precisar de expor o seu infrator a um sofrimento estendido pelo tempo. Tal fato foi uma tentativa de tornar eficaz o próximo artigo da trindade penal existente na Declaração.

O artigo 8º estabelecia penas estritas, delimitadas previamente e que só haveria punição por fatos abrangidos por lei promulgada que os antecedessem. Ou seja, não poderia se criar crimes ou penas no único intuito de realitação ou perseguição, mas deveria ser punidos fatos relevantes e previstos pela própria lei antes que estes acontecessem.

E o artigo 9º da Declaração revela o ideal de que até ser julgado pelos crimes que pode ter cometido, aquele indivíduo será considerado inocente, devendo receber os ônus da transgressão penal somente após o seu julgamento, esta é a gênese do Princípio da Presunção de Inocência do Direito Penal.

Em seguida os artigos 10º e 11º da Declaração trata da liberdade de pensamento, expressão e manifestação religiosa. Até aquele momento a religião era algo pré delimitado e havia muita opressão para aqueles que não praticassem a religião oficial do Estado. Assim, o artigo 10º da declaração veio positivizar o direito a opinar e se manifestar sobre aquilo que tivesse vontade. Agora o Estado seria Laico e qualquer um poderia exercer a religião que se sentisse mais confortável e ter opiniões políticas próprias que não necessariamente deveriam estar em diapásão das ideias do governo vigente.

Por sua vez o artigo 11º da Declaração tinha por objetivo claro a liberdade de imprensa e de cada um opinar sobre os interesses da nação. Até então a época, havia muita censura e retaliação a qualquer jornal que publicasse notícias que iam de encontro aos interesses do Rei. Com o advento do artigo 11 da Declaração a manifestação de opinião e a publicidade desses pensamentos era livre e deveria ser concedido o direito a todos de expor tais ideias e pensamentos.

Tal fato teria uma importância significativa nos caminhos tomados pela Revolução posteriormente, pois surgiria na França o Jornal Amigos do Povo, um importante formador de opinião a época que influenciou substancialmente na execução de pessoas contrárias a revolução durante o período do Grande Terror.

Os artigos subsequentes do 12º ao 16º tinham o objetivo claro de estabelecer o funcionamento do Governo, as repartições públicas que seriam criadas, o dever do Estado de prestar conta ao povo e instituir órgãos da administração pública, abrindo caminho assim para que fosse proclamada a República na França do século XVIII.

E, por último, mas não menos importante, o último artigo da Declaração trazia a garantia mais esperada pelo povo francês o Direito a Propriedade. Era comum durante o absolutismo os reis tomarem propriedades de seus súditos sem qualquer justificativa e motivação e sem dar qualquer retorno ao detentor daquele bem. Agora além de consagrar a propriedade como direito inviolável e sagrado, a Declaração determinava que o Estado só poderia adjudicar de imóvel do seu cidadão mediante justificativa e motivação prévia e recompensando-o com uma justa indenização.

Com isso, estavam consagrados os direitos individuais na França e rompidas todas as arestas com os governos absolutistas, o homem não importando a posição social que ocupava passou a ter direitos, garantias que limitassem a ação de qualquer governo em sua vida particular, o povo tinha onde se apoiar, em um conjunto de leis que lhes garantiriam o mínimo, mas o mínimo que lhe daria tranquilidade para viver.

Em sua maioria, os líderes da Assembléia Constituinte Francesa eram advogados, pessoas instruídas e conhecedoras das ciências jurídicas que se apoiaram nos ideais iluministas para elaborar esta declaração que seria um marco histórico para o desenvolvimento das ciências jurídicas e sociais em todo o mundo.

Como consequência da Revolução Francesa, os governos democráticos, já pensados e executados desde a Grécia Antiga, passaram a se consolidar e se tornaram o modelo político que dominaria o mundo nos próximos séculos, dando origem assim início a um período de diplomacia entre os povos.

Esta diplomacia, embora pareça estar intrínseco no próprio significado a presunção de uma pacificação, foi marcada por diversos conflitos que deixaram de ser locais e passaram a se estruturarem conflitos a nível global, cuja consequência foi a delimitação de normas que ultrapassassem os limites territoriais das nações e instituissem normas compartilhadas.

O grande desafio dessas normas era absorver a cultura de nações e etnias distintas a fim de se estabelecer acordos e regras de convívio que não impunha os costumes de uma nação para outra e por meio da Revolução Francesa e da ascensão do capitalismo, as nações começaram a estabelecer relações contratos, tratados de cooperação que deram início ao direito internacional. Assim tem-se que a junção da Revolução Francesa, Revolução Inglesa e Revolução Industrial foram a abertura de fronteiras das ciências jurídicas no mundo.

2 – Tratados Internacionais De Direitos Humanos

Após o período das revoluções, uma nova era de Guerras se instaurava no mundo, a era Napoleônica mudou completamente a Geografia Europeia, constituiu um Império Francês quase indestrutível e que causou muita destruição em todo o velho continente.

A França que havia sido o berço do pensamento iluminista, após a revolução que passara, se divorciava de todos os conceitos iluministas para causar medo e opressão no mundo e as guerras que vieram, depois disso, foram as piores já vistas no mundo a 1ª e 2ª Guerra Mundial.

Como foi um tempo de Guerras, após o fim de cada Guerra era comum os países envolvidos assinarem tratados que visassem um acordo com mútuo entre si a fim de se findar os conflitos. E nesse período que compreende a era Napoleônica na França e as primeira e segunda Guerra mundial diversos tratados foram assinados, alguns cumpridos outros não (como é o caso do tratado de Versalhes assinado após a 1ª Guerra Mundial).

Mas foi após a 2ª Guerra Mundial que importantes tratados foram assinados no intuito de se consolidar os Direitos Humanos no mundo. Mais de 150 importantes documentos terem sido elaborados em todo o mundo, conforme visto no capítulo anterior, os Direitos Fundamentais ainda não eram observados e praticados no mundo inteiro. Estados Unidos e França foram os únicos países que de fato permitia ao seu povo gozar dos direitos e garantias fundamentais; os americanos desde a sua independência e os franceses após a queda do Império de Napoleão.

Em um século XX marcado pelos maiores conflitos armados já tentemunhados na história, a única certeza que se tinha em 1.945 com o fim a última e pior das batalhas, é que deveria se estabelecer uma ordem que favorecesse e expandisse os ideais de garantias dos direitos do homem e do cidadão.

Um novo cenário emergia no mundo a Era das conferências internacionais. Em 1945 com o fim da Guerra foram realizadas várias conferências, entre os dias 04 e 11 de fevereiro, foi realizada a Conferência de Yalta que teve como principal objetivo selar a paz após a Segunda Guerra Mundial. Nessa conferência foi delimitado o território as potencias do eixo. A Alemanha teve seu território dividido em 4 partes uma sob a Responsabilidade de cada um dos Países vencedores, EUA, URSS, Inglaterra e França.

Nas datas de 17 de julho e 02 de agosto do mesmo ano realizou-se a Conferência de Potsdam que tinha como principal objetivo ratificar a divisão territorial da Alemanha e arbitrar a indenização que o país pagaria aos vencedores. Foi estabelecido a quantia de 20 bilhões de dólares que seria dividido em 50% para a União Soviética, 14% para a Inglaterra, 12,5% para os Estados Unidos e 10% para a França.

E entre os dias 25 de Abril e 26 de junho de 1945 aconteceu na cidade de São Francisco a Conferência das Nações Unidas que teve por principal objetivo de criar uma instituição que dirimisse as relações internacionais e responsável por manter o equilíbrio e a paz em todo mundo, sendo criada portanto, a Organização das Nações Unidas.

A criação da ONU foi um marco histórico para a internacionalização dos Direitos Humanos. Só após a Primeira Guerra Mundial a preocupação era a garantia dos Direitos Sociais e do trabalho, as imposições do Tratado de Versalhes com a consequente criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) condicionaram a vontade de cada Estado em cumprir as regras ali impostas sem qualquer vinculação internacional dos mesmos.

Assim, ao fim da Segunda Guerra Mundial, a preocupação era a criação de órgãos que vinculassem e fiscalizassem a aplicação dos Direitos Humanos agora com força coercitiva internacional. Por tal motivo a Carta de São Francisco foi o instrumento que oportunizou ao mundo a adesão internacional dos Direitos Humanos.

Nas palavras do professor Mário Lúcio Quintão:

A Carta das Nações Unidas entronizou o movimento de internacionalização dos Direitos Humanos em patamar assente no consenso de Estados, ao erigir a promoção desses direitos como propósito e finalidade da ONU. [SOARES, Mario Lúcio Quintão. Direitos Fundamentais e Direito da União Européia em Momentos de Tensão. Editora Arraes. Belo Horizonte, 2016, pag. 212].

Na assinatura da Carta de São Francisco 51 países do mundo inteiro assinaram seu teor e assumiram para si a insitucionalização do Direito Internacional que seria um conjunto de normas que se equipararia com a Lei Suprema de seus Estados.

No Brasil a Carta da ONU foi implementada em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 19.841 de 22 de outubro de 1945 do qual passou a ter força equiparada as das Leis Ordinárias Nacionais, embora haja discussão acerca do valor supra-legal

que os tratados possuam e que após 2004 com o advento da Emenda Constitucional 4 que atribuiu aos Tratados de Direitos Humanos força de Emenda Constitucional (art. 5, §3º CRFB/88).

O Decreto 19.841/1945 trouxe em seu corpo os valores e missão da ONU, e também trouxe os objetivos da Organização, quais sejam:

Artigo 1. Os propósitos das Nações unidas são:

1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz;
2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;
3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e
4. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns.

Nitidamente, o propósito da organização era garantir de fato a manutenção da paz acima dos interesses sociais, político e econômico de cada nação estabelecendo uma comunidade internacional forte e capaz de dirimir conflitos políticos e sociais por meio da equidade e autodeterminação entre os povos.

Mas a instituição da ONU era uma preparação para a criação de uma normatização pacificadora de Direitos Internacionais, cujo o ápice seria universalizar a aplicação dos Direitos Humanos por meio de uma declaração universal.

Antes, porém, os vitoriosos da Guerra tiveram uma nova missão. Outro fato que não pode ser esquecido foi o julgamento dos crimes oriundos da Guerra no Tribunal de Nuremberg que julgaram diversos líderes ligados ao Facismo e ao Nazismo pelos crimes cometidos durante a Guerra.

O tribunal ocorreu entre 20 de novembro de 1.945 e 01 de outubro de 1.946 foram um pouco mais de 10 meses de julgamento que julgou 22 criminosos de Guerra todos pertencentes as nações que sucumbiram na Guerra. O Tribunal de Nuremberg foi proclamado na Carta de Londres em 08 de agosto de 1.945, dentre os crimes julgados pelos tribunais estariam os Crimes de Guerra, Crimes de extermínio de povos e raças (que, posteriormente, seria definido como Genocídio), Crimes Contra a Paz e Crimes de Coluio (esse, por sua vez, só possuía fundamentação legal na legislação Americana.

Os Juízes, titulares e suplentes, pertenciam essencialmente às quatro nações que pertenciam aos Aliados (Estados Unidos, Inglaterra, França e União Soviética). Dos 22 Criminosos, 20 foram julgados, tendo sido 13 deles condenados a morte, 03 foram condenados à prisão perpétua, 04 foram condenados a penas entre 10 e 20 anos e 02 foram absolvidos. A convocação ao tribunal se deu para concluir o tratado estabelecidos entre os Países aliados denominado Declaração de Moscou, documento esultante da conferência de Teerã realizado no Irã em 1.943, que além de determinar o julgamento dos crimes cometidos pelos Nazistas, estabeleceu as estratégias finais de ataque dos aliados e estabeleceram diretrizes para o pós Guerra.

Na Declaração de Moscou, havia um acordo de criação de um Tribunal com representantes dos Países aliados para julgar os crimes cometido pelos Nazistas e Facistas da Segunda Guerra mundial. Ao fim da Guerra os países aliados hesitam em cumprir o deternimado nessa declaração. Porém, alguns países do Leste Europeu, sobretudo, a Polônia e a Tchecoslováquia apresentaram diversas denúncias às nações aliadas relatando o Holocausto e mortes de cunho religioso e exigiram os julgamentos dos responsáveis.

Assim as nações aliadas convocaram diversas reuniões que discutiam o destino que seria dado aos prisioneiros de Guerra e haviam representantes da corte americana que defendiam a instituição de um tribunal próprio para o julgamento desses crimes, tese que restou vitoriosa, sendo que os julgamentos ocorreram na cidade de Nuremberg na Alemanha e por isso o Tribunal recebeu esse nome.

Entretanto o principal nome do Nazismo, Adolf Hitler escapou dos julgamentos do Tribunal de Nuremberg. Há duas versões para esta fuga, a primeira relata que o estadista teria se suicidado antes dos soldados inimigos terem invadido o seu esconderijo secreto. A segunda versão relata que Adolf Hitler teria empreendido fuga para a Argentina não se sabendo ou certo quando teria ocorrido sua morte.

Após a intuição da ONU e dos julgamentos perante o Tribunal Internacional em Nuremberg o mundo estava se preparando para recebimento daquela que seria a mais importante carta de Direitos Humanos de todos os tempos: a Declaração Universal de Direitos Humanos DUDH.

2.1 Declaração Universal dos Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão.

A Declaração Universal de Direitos Humanos foi promulgada na assembléia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1.948 e contou com a consagração de 48 países na sua origem, dentre esses o Brasil e, atualmente conta com mais de 193 países signatários.

Após todos os caminhos percorridos desde o Cilindro de Ciro, os Direitos Humanos finalmente haviam se universalizado depois de duas grandes Guerras que dizimou metade da população mundial.

É a primeira vez, na experiência da humanidade que ocorre o fenômeno da aceitação universal, da necessidade de um mínimo de normas, no que se refere aos direitos individuais, como uma Declaração Universal, para a comunidade global. [BARACHO, 1996/1997:15].

Nas palavras do professor, Mário Lúcio Quintão:

A DUDH sempre pretendeu identificar valores comuns a todos os indivíduos e edificar ordem internacional alicerçada na proteção das liberdades e direitos fundamentais do indivíduo em especial contra atos abusivos do Estado. [SOARES, Mario Lúcio Quintão. Direitos Fundamentais e Direito da União Européia em Momentos de Tensão. Editora Arraes. Belo Horizonte, 2016, pag. 213].

Assim, a DUDH proclamada em 1948 conta com 30 artigos que trazem além dos ideais estabelecidos na Declaração Francesa dos Direitos Humanos de 1.789, ideais da segunda geração de Direitos Humanos que são os Direitos Sociais, como o trabalho, Saúde, Educação e Segurança.

Com isso, uma onda de humanização de direitos tomou conta do mundo gerando uma onda de democratização de diversas nações, sobretudo no mundo ocidental. Diversos países a partir de 1.948 passaram a consagrar os direitos estabelecidos na DUDH em suas Constituições, tendo agora um Órgão Internacional que auxiliasse e fiscalizasse o cumprimento de tais garantias.

O artigo 1º da DUDH é um verdadeiro resumo de como a onda de ideais de direitos humanos invadiram a sociedade:

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. [Disponível em: www.historiadomundo.com.br/idadecontemporanea/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 24 de junho de 2.020].

Mas a consolidação de tais direitos, passou a ocorrer em 1.989 com o fim da Guerra Fria, a queda do muro de Berlim e a dissolução da União Soviética. Pois ainda que houvesse um projeto de humanização Global com a implementação da DUDH, a tensão existente no período da Guerra Fria impedia que tais projetos andassem para frente e a ONU precisou ter muita cautela a fim de que a Guerra ideológica não se transformasse em um novo conflito armado.

Após 1.989 além de surgir uma nova fase dos direitos humanos, que era a fase dos Direitos Ambientais, o processo de humanização global deu um salto, sobretudo na América com a realização da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e a promulgação do Pacto de São José da Costa Rica, que foi o grande marco da instituição dos Direitos Humanos na maioria dos países do Continente Americano.

2.2 Pacto São José da Costa Rica

O Pacto de São José da Costa Rica entrou em vigor em 18 de julho de 1.978 e tem por principal objetivo instituir os Direitos Humanos no Ordenamento jurídico de países americanos.

Após a Instituição a ONU ao fim da segunda guerra mundial novas organizações foram se organizando através dos continentes por meio de alianças políticas ou econômicas de país unidos por um mesmo território continental por ideologias econômicas afins.

Uma dessas organizações foi a Organização dos Estados Americanos foi criada justamente para ratificar os interesses dos países membro em aderir aos Princípios e Regras na DUDH que já havia sido ratificada pela OEA em Bogotá em 1.948.

Com isso a OEA convocou uma corte interamericana para formular um Tratado Internacional que consagrassem os Direitos Humanos nos territórios dos Países Membros. A conferência sobre Direitos Humanos ocorreu em novembro de 1.969 na cidade de San José na Costa Rica onde foi redigido o Tratado e contou com a assinatura de 25 países (Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Chile, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela). Entre 1.969 e 1.978 foi institucionalizada a Corte de Direitos Humanos dos países americanos, havendo instituição de Cargos, comissões e convocações de reuniões a fim de que o Pacto se adequasse aos costumes dos países que o ratificaram, até o mesmo ser assinados em 18 de julho de 1.978.

O Pacto apresenta regras estruturais de Direitos Humanos em relação à Direito Penal (constituição de crimes, formalidade das prisões, obediência aos princípios da legalidade e do devido Processo Legal, preservação da liberdade e da propriedade, igualdade e isonomia na aplicação das normas e direitos sociais, Trabalho, Moradia, Educação, Segurança, livre associação, livre formação sindical) e algumas regras específicas em cada um desses âmbitos.

Como o Brasil passava por um momento social e político delicado desde 1.964 com início da era conhecida como ditadura militar o Pacto de San José da Costa Rica só foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro em 6 de novembro de 1992 com a promulgação do Decreto 678.

2.3 Direitos Humanos Consagrados na Constituição Brasileira

Os Direitos Humanos no Brasil foi uma progressão muito custosa que teve diversas nuances ao longo dos tempos. As principais constituições que trouxeram ideais de Direitos Humanos antes da Constituição atual, foi a Constituição de 1.934 do Governo Getúlio Vargas que instituiu diversos direitos sociais trabalhistas e algumas garantias individuais; e a constituição de 1946 do Governo de Jânio Quadros que resgatou alguns dos Direitos Sociais da Constituição de 1.934 e foram tolhidos pelo golpe do Estado Novo em 1.937.

Ocorre que no Governo de João Goulart que apoiado na Constituição de 1.946 defendia diversas reformas estruturais no Brasil, tais como, Reforma Agrária,

Eleitoral, Tributária, Bancária, Urbana e da educação, houve uma grande revolta por conta de uma possível aprovação de tais reformas e mediante a várias manifestações o Regime Militar subiu ao poder dando início ao período da Ditadura Militar.

Com isso, a real implementação dos Direitos Humanos se deu por meio da Constituição Promulgada em 1.988 que ocorreu com o fim do Regime da Ditadura Militar em 1.988. Do artigo 5º ao artigo 11 a Constituição traz um enorme rol de Direitos e Garantias Fundamentais consideradas como cláusulas pétreas da Constituição e nunca serão passíveis de mudança nos termos do artigo 60, §4º da própria CRFB/88.

Princípios Básicos dos Direitos Humanos tais como Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade, Isonomia, Legalidade, Devido Processo Legal, Presunção de Inocência, Inviolabilidade das Comunicações telegráficas, Livre associação, Livre formação sindical, Livre expressão são direitos consagrados, sobretudo no artigo 5º da Constituição Federal, que introduzem de vez e de forma completa os Direitos Humanos na legislação brasileira.

O Pacto de San José de Costa Rica aprovado e consignado pelo Brasil em 1.978 teve grande influência e inspiração na Assembleia Constituinte Originária que promulgou a CRFB/88, como o Brasil já era um adepto dos Direitos Humanos, faltava-lhe uma norma basilar que positivasse tais Direitos e assim se operou em 1.988 com a promulgação da Constituição cidadã.

2.4 Recepção das Normas de Tratado internacional pelo direito brasileiro

Conforme relatado anteriormente, o Pacto de San José da Costa Rica é uma transposição da DUDH feita de forma mais completa e adequada aos países americanos. Recepcionado pela legislação brasileira em 1.992, o pacto passou a integrar o ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto 678 aprovado durante a vigência do Governo de Itamar Franco.

Entre 1.992 e 2004 os tratados internacionais ingressavam no ordenamento jurídico pátrio com força de Lei ordinária. Após 2004 com a aprovação da Emenda Constitucional, Nº: 45 todos os tratados que versam sobre direitos humanos passaram a possuir força de Emenda Constitucional, conforme depura-se do texto do §3º, art. 5º da CRFB/88.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por

três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Assim, após 2004, o Pacto de San José da Costa Rica que versa essencialmente sobre a introdução dos Direitos Humanos nos países Americanos, não só passou a integrar parte da Constituição Brasileira, como passou a ser cláusula imutável da Constituição nos termos do seu artigo 60, §4º, IV que assim prevê:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Por meio da redação desse artigo, todas as normas pertencentes a Constituição que versam sobre os Direitos e Garantias Individuais do Homem e do Cidadão são cláusulas imutáveis da Constituição, dentre elas as normas recepcionadas pelo decreto 678 que torna o Pacto de San José da Costa Rica, no que concerne aos direitos e garantias fundamentais como cláusula imutável da Constituição Brasileira.

Nesse momento, cabe fazer uma crítica ao legislador. Como observamos nos capítulos anteriores, os direitos e garantias fundamentais reproduzem apenas um estágio dos direitos humanos, havendo ainda mais fases como os direitos sociais, ambientais, tecnológicos como direitos que complementam os Direitos humanos e que não são protegidos pela norma do art. 60, §4º, inciso IV da CRFB/88.

Assim, durante esta primeira parte dessa tese, compreendeu-se o percurso dos Direitos e Garantias Fundamentais até se chegar ao Brasil nos tempos atuais. No próximo título compreender-se-á como desses direitos são garantidos e aplicados sobretudo na esfera criminal, que, atualmente é a área do Direito que mais gera polêmica quanto a sistematização e aplicação dos Direitos Humanos no Brasil.

TITULO II – INFLUÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

3 - As Garantias Fundamentais Consagradas Na Constituição E Princípios Aplicáveis Ao Processo Penal

Com o advento da Constituição de 1988 foram consagradas em nossa Magna Carta várias garantias fundamentais, dessa forma estabeleceram-se princípios norteadores aplicáveis ao nosso ordenamento jurídico processual. Entre eles estão: a igualdade processual, o devido processo legal, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, garantia do juiz natural, imparcialidade do juiz e o princípio da publicidade.

Abordar-se-á de forma sucinta cada dos referidos princípios.

3.1 Princípio da igualdade

Primeiramente abordaremos o princípio da igualdade, princípio esse de extrema importância e relevância aplicável em nosso ordenamento jurídico processual, que proporciona às partes a igualdade na lei e perante a lei, oferecendo a todos que participam do processo os mesmos direitos, obrigações, este princípio está previsto no artigo 5º caput, da Constituição Federal.

Art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.”

A igualdade processual ou isonomia processual é um princípio decorrente do próprio caput da Constituição visa proporcionar às partes as mesmas oportunidades.

Importante ressaltar que o princípio da igualdade tem que ser observado em todas as áreas do direito, seja ele cível, administrativo, penal, mas destaca-se que esse princípio no processo penal é fundamental por se tratar da liberdade do acusado, portanto é necessário que o juiz ofereça às partes o conhecimento de tudo que se passa no processo, proporcionando tanto a defesa quanto a acusação tratamento

isonômico, bem como, possam manifestar sobre todos os atos decorrentes do processo, produzir provas, impugnar, interpor recurso quando houver indignação com a sentença proferida, dessa forma o juiz proferirá um julgamento justo, que só se efetivará com a observância de todas as etapas processuais e conseqüentemente proporcionará às partes uma maior confiança das decisões proferidas pelo juiz.

Conforme conceitua Aroldo Plínio Gonçalves, acerca da igualdade:

Simétrica paridade de armas, no sentido de justiça interna no processo, de justiça no processo, quando as mesmas oportunidades são distribuídas com igualdades às partes. (GONÇALVES,1992,p.120)

Ou nas palavras de Rui Barbosa:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade... Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.⁹

Diante de tantas desigualdades sociais presente em nosso cotidiano é necessário tratar com igualdade aqueles que se encontra em situações equivalentes. Ao juiz como condutor do processo cabe proporcionar às partes a igualdade na lei e perante a lei, bem como a igualdade processual, proporcionando às partes o mesmo tratamento, os mesmos direitos processuais e constitucionais.

3.2. Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal é considerado o princípio processual mais importante, pois dele nasce todos os outros princípios processuais.

A Constituição Federal de 1988 incorporou o princípio do devido processo legal, que remonta à Magna Charta Libertatum de 1215, de vital importância no direito anglo-saxão.(DE MORAES, Alexandre, 2012, p.111).

Igualmente, o art. XI, nº1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, garante que:

⁹ Disponível em: Disponível em <http://pensador.uol.com.br/frase/MTIwMzQ3/>, acesso em 16 de junho de 2014.

Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. (DE MORAES, 2012,p.111).

Infere-se que qualquer pessoa que esteja sendo acusada de ter cometido um ilícito penal tem assegurado o devido processo legal, direito ao contraditório e a ampla defesa, prevalece ainda o princípio da presunção de inocência, ou seja, presume-se que o acusado é inocente até o trânsito em julgado da sentença penal, a qual absolve ou condena o acusado se ficou provada sua culpabilidade.

Conforme ensinamentos do autor Alexandre de Moraes:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado – persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal. (DE MORAES, 2012, p.111)

O acusado tem que ser processado legalmente por um juiz competente e imparcial, tem assegurado todos os recursos lícitos para se defender, tem direito a um advogado que fará sua defesa e que fará cumprir a lei prezando para que as garantias asseguradas ao acusado sejam observadas.

Ainda sobre o princípio do devido processo legal explica Denilson Feitoza Pacheco:

Consiste na garantia de alguém somente poder ser privado de sua liberdade ou de seus bens, por meio de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei. É conhecido com o princípio do due process of Law.(PACHECO,Denilson Feitoza,2005.p.171).

O acusado só terá sua liberdade privada se ao final do processo houver uma sentença penal condenatória.

O devido processo legal – due process of law – traz consigo “todas as garantias processuais” (TOURINHO FILHO, 2000. p. 49). Está insculpido em nossa Constituição explicitamente no artigo 5º, inciso LIV:

Art. 5º LIV “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

É considerado o princípio fundante ou mater de onde derivam todos os demais princípios processuais. (Cf. MACHADO, Antônio Alberto., 2009. p. 159.)

O devido processo legal garante que “os direitos fundamentais da pessoa serão efetivamente respeitados e garantidos pelo Estado no processo” (MACHADO, Antônio Alberto, 2009. p. 147-159). E que “o devido processo representa as garantias processuais de que o processo penal observará as formas previamente estabelecidas para a sua tramitação”.(MACHADO, Antônio Alberto, 2009. p. 147-158.)

O devido processo legal é considerado o princípio fundante de todos os outros princípios processuais, pois dele derivam os demais, garante a todos o direito a um processo com todas as etapas previstas em lei, respeitando todas as garantias; tem como corolários o contraditório e a ampla defesa, a qual será abordada no próximo tópico. Para que haja o devido processo legal é necessário que seja observado todas as etapas previstas em lei, sob pena do processo se tornar nulo.

3.3. Princípio do contraditório e da ampla defesa.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa estão previstos no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal. O princípio do contraditório estabelece que seja dado às partes o conhecimento de todos os atos que ocorre no processo, bem como manifestar/contradizer esses atos. O princípio da ampla defesa significa proporcionar às partes todos os meios e recursos lícitos para que possam se defender.

O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo. (GONÇALVES,1992, p.127)

O juiz tem o dever de informar e de garantir que a informação seja dada, para que a parte, querendo, possa intervir. (GONÇALVES, 1992,p.126)

Conforme Aroldo Plínio Gonçalves o contraditório é a garantia que haverá igualdade no processo.

Veja no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal expressos as referidas garantias:

LV – “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”.

Por contraditório entende-se o direito que tem o indivíduo de tomar conhecimento e contraditar tudo o que é levado pela parte adversa ao processo. É o princípio constitucional do contraditório que impõe a condução dialética do processo (par conditio), significando que, a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se, de apresentar suas contrarrazões, de levar ao juiz do feito uma versão ou uma interpretação diversa daquela apontada inicialmente pelo autor. O contraditório assegura também, a igualdade das partes no processo, pois equipara, no feito, o direito da acusação com o direito da defesa.(PAULO, & ALEXANDRINO 2012, p.187)

Ainda sobre o referido princípio Antônio Alberto Machado citando Cândido Rangel Dinamarco,

O princípio do contraditório é indispensável à própria ideia de processo e se estrutura pelo mecanismo da “informação e reação”, mecanismo esse que garante ao réu o direito de ser informado de todos os atos do processo, bem como a possibilidade de reagir a eles, utilizando todos os meios legais necessários à defesa de seus interesses.(MACHADO, Antônio Alberto, 2009. p. 160.)

O princípio do contraditório assegura às partes a informação de todos os atos produzidos no processo, dando às mesmas oportunidades para participar e manifestar sobre esses atos. Percebe-se que o contraditório é uma consequência clara do sistema acusatório em que a gestão das provas está nas mãos das partes.

Vejam agora o princípio da ampla defesa,

Por ampla defesa entende-se o direito que é dado ao indivíduo de trazer ao processo, administrativo ou judicial, todos os elementos de prova lícitamente obtidos para provar a verdade, ou até mesmo de omitir-se ou calar-se, se assim entender, para evitar sua autoincriminação. (PAULO, Vicente & ALEXANDRINO, Marcelo, 2012, p.187)

O indivíduo tem o direito de trazer ao processo todos os meios lícitos que possam ser convenientes para se defender, assim como manter-se calado diante qualquer situação.

Significa que o Estado tem o dever de proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal, seja técnica, bem como o de prestar assistência jurídica integral aos necessitados.” (PACHECO, Denilson Feitoza,2005.p.173).

O Estado tem a obrigação de oferecer a acusado assistência jurídica gratuita, para proporcionar ao mesmo a defesa técnica (feita por advogado). O indivíduo pode se valer também da autodefesa.

A defesa pode ser subdividida em defesa técnica (efetuada por profissional habilitado) e autodefesa (realizada pelo próprio imputado).A primeira é sempre obrigatória. A segunda está no âmbito de conveniência do réu , que pode optar por permanecer inerte, invocando inclusive o silêncio.(TÁVORA e ALENCAR, 2012.p.60)

Desse modo, a ampla defesa visa assegurar às partes diversas possibilidades de se defender, é inerente ao contraditório, o qual é marcado pela bilateralidade de manifestações das partes no processo e decorre do princípio da igualdade das partes. Assim, sem a observância do devido processo legal, e seus princípios dele decorrente, a saber, ampla defesa, contraditório, com a finalidade de proporcionar às partes igualdade de tratamento, não há que se falar em existência processual, sendo o processo nulo ou inexistente.

3.4 Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, encontra-se previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Estabelece que até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória todos são considerados inocentes.

Reza o mencionado artigo:

LVII – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

De acordo com Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

Essa garantia processual tem por fim tutelar a liberdade do indivíduo, que é presumido inocente, cabendo ao Estado comprovar a sua culpabilidade. Dela decorre, também, o princípio de interpretação das leis penais conhecido como in

dúbio pro reo, segundo o qual, existindo dúvida na interpretação da lei ou na capitulação do fato, adota-se aquela favorável ao réu. (PAULO, Vicente & ALEXANDRINO, Marcelo, 2012, p.193)

Percebe-se que até o trânsito em julgado da sentença condenatória os acusados são considerados presumidamente inocentes. Cabe ao estado provar a culpabilidade do acusado.

Neste sentido leciona Eugênio Pacelli de Oliveira:

O risco de condenação de um inocente há de merecer muitos e maiores cuidados que o risco da absolvição de um culpado. (OLIVEIRA, 2012 .p.34)

Infere-se que se o magistrado tiver dúvida sobre a autoria do crime, não encontrando indícios de culpabilidade e materialidade delitiva, aplica-se o princípio in dúbio pro reo, absolvendo o acusado.

3.5. Princípio do juiz natural

O princípio do juiz natural assegura que os órgãos judiciais têm que serem criados previamente ao cometimento de determinada infração, não se pode criar um órgão para julgar determinado caso concreto, o indivíduo tem que ser julgado por um juiz competente. Este princípio encontra-se expresso no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII da Constituição Federal, veja a sua redação:

Art. 5º, XXXVII “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e art. 5º, LIII. “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.”.

Para os autores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

Esse princípio assegura ao indivíduo a atuação imparcial do Poder Judiciário na apreciação das questões postas em juízo. obsta que, por arbitrariedade ou casuismo, seja estabelecido tribunal ou juízo excepcional (tribunais instituídos ad hoc, ou seja, para o julgamento de um caso específico, e ex post facto, isto é, criados depois do caso que será julgado) ou que seja conferida competência não prevista constitucionalmente a quaisquer órgãos julgadores.(PAULO, Vicente & ALEXANDRINO, Marcelo,2012,p.167)

O Estado tem o dever de atuar de forma imparcial, livre de qualquer arbitrariedade, proporcionando segurança jurídica às partes. Impede que seja criado um tribunal para julgar determinado caso específico.

Ainda no mesmo sentido ensina Alexandre de Moraes:

A imparcialidade do Judiciário e a segurança do povo contra o arbítrio estatal encontram no princípio do juiz natural uma de suas garantias indispensáveis (...). O referido princípio deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a proibir-se, não só a criação de tribunais ou juízos de exceção, mas também de respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e a imparcialidade do órgão julgador. (DE MORAES, Alexandre, 2012, p.91)

Pode-se observar que o princípio do juiz natural visa impedir a arbitrariedade do estado, assegurando que as partes sejam julgadas por um juiz imparcial e conseqüentemente tenham uma boa prestação jurisdicional. Estabelece ainda, que a competência do juiz para julgar determinado caso, tem que está prevista em lei anteriormente ao cometimento do delito penal.

3.6. Princípio da publicidade

O princípio da publicidade está inserto no artigo 5º, inciso LX da Constituição Federal. Convém dizer que todos os atos produzidos no processo têm que serem públicos, ressalvando algumas exceções.

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Vige em nosso sistema processual o princípio da publicidade, segundo o qual todos os atos processuais são públicos. (...)Tal regra obviamente comporta exceções . Quando a publicidade resultar inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem pública, poderá o ato processual ser realizado a portas fechadas, com número limitado de pessoas.(DEMERCIAN, Pedro Henrique & MALUY, Jorge Assaf,2005. p.3)

Em regra, os atos processuais são públicos. Quando essa publicidade resultar prejuízo, constrangimento à vítima ou perigo de perturbação da ordem pública a publicidade poderá ser restringida.

As audiências e demais atos processuais são públicos e qualquer pessoa pode examinar os autos, o que significa que a administração da justiça pelo Estado está sujeita à fiscalização popular e que ninguém será julgado por um juiz ou tribunal secreto, evitando, com isso, alguns excessos.” (MANZANO, Luís Fernando de Moraes, 2012, p.25).

Por meio da leitura do referido artigo e os comentários dos autores acima se pode entender que em regra, os atos processuais são públicos, podendo ser examinados por quaisquer pessoas, entretanto a lei restringe essa publicidade quando se tratar de intimidade do indivíduo ou interesse social, nesses casos somente as partes e seus procuradores terão acesso aos atos processuais.

3.7. Princípio da imparcialidade do juiz

Este princípio está correlacionado com o princípio do juiz natural, estão expressos nos mesmos dispositivos: artigo 5º, incisos XXXVII e LIII da Constituição Federal.

XXXVII – “não haverá juízo ou tribunal de exceção”

LIII – “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”

A imparcialidade – denominada por alguns de “alheabilidade” - é entendida como característica essencial do perfil do juiz consistente em não poder ter vínculos subjetivos com o processo de modo a lhe tirar o afastamento necessário para conduzi-lo com isenção. Trata-se de decorrência imediata da CF/88, que veda o juízo ou tribunal de exceção (art.5º,XXXVII) e garante que o processo e a sentença sejam conduzidos pela autoridade competente(art.5º,LIII), representando exigência indeclinável no Estado Democrático de Direito.(TÁVORA, Nestor& ALENCAR, Rosmar Rodrigues,2012.p57)

Para que o indivíduo seja processado e julgado tem que ser por um juiz competente e imparcial.

“É da própria essência do processo de estrutura acusatória a existência de um órgão julgante equidistante e que assegure a presença das partes numa situação de efetiva igualdade e reciprocidade.”(DEMERCIAN, Pedro Henrique & MALUY, Jorge Assaf, 2005, p.19)

Em uma relação processual é necessário que o processo seja presidido por um juiz imparcial, em que o condutor do processo não tende nem para o lado da defesa, nem para o lado da acusação, ou seja, fique equidistante das partes,

proporcionando às mesmas uma maior confiabilidade nas decisões proferidas pelo juiz e maior segurança jurídica.

3.8. Princípio da verdade real

O princípio da verdade real tem como objetivo alcançar a verdade dos fatos, por meio de uma reconstrução histórica, para que o juiz possa julgar os fatos.

Veja o ensinamento de Aury Lopes Jr:

“O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca da “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator(inquisidor)(...) Em suma, a verdade real é impossível de ser obtida. Não só porque a verdade é excessiva, (...) senão porque constitui um gravíssimo erro falar em “real” quando estamos diante de um fato passado, histórico. É o absurdo de equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente. O crime é um fato passado, reconstruído no presente, logo, no campo da memória, do imaginário. A única coisa que ele não possui é um dado de realidade.” (LOPES Jr. 2013, p. 566-568)

Conforme ensinamentos de Aury Lopes Jr a verdade real não existe, ele é resultante do sistema inquisidor, em que a gestão das provas está nas mãos do julgador. Não se pode alcançar a verdade real porque ela se exaure no momento do acontecimento do crime e conseqüentemente as provas apresentadas e colhidas pode não ser como realmente se passou o fato, o que se pode é fazer uma reconstrução histórica dos fatos, mas real não vai ser, pois o crime é um fato passado.

Por meio do estudo realizado, importante salientar que foram abordados neste capítulo de forma sucinta alguns princípios considerados relevantes e aplicáveis em nosso ordenamento jurídico processual brasileiro, pode-se observar ainda que os princípios são interligados.

Em suma, foi possível observar que a nossa Constituição ao estabelecer em seu artigo 5º, um rol de direitos e garantias relativos ao processo teve como escopo delinear e traçar as principais características do devido processo legal. Além disso, ela fixou parâmetros para a condução do processo pelo juiz.

No próximo capítulo será estudado sobre a questão da prova no processo penal, elemento determinante para o convencimento do juiz.

4 - O Sistema Probatório No processo Penal

4.1 Conceito de prova e finalidade

A prova é o meio utilizado para fazer a reconstrução histórica de determinado fato/crime ocorrido, tem como finalidade o convencimento do magistrado.

“As provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime).” (JR, Aury Lopes, 2013, p.535)

A prova é de extrema importância para o deslinde de uma causa, busca-se por meio dela constituir elementos que contribuam para o convencimento do juiz sobre os fatos, para que o julgador possa proferir sua sentença.

4.2 Objeto

Objeto da prova são os fatos, circunstâncias relevantes que necessitam de serem provadas, para a solução do processo.

“É o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver a demanda. É o que de fundamental deve estar conhecido e demonstrado para viabilizar o julgamento.” (TÁVORA & ALENCAR, 2012, p.377)

Devido aos princípios da economia e celeridade processual o que deve ser objeto de atividade probatória são os fatos considerados relevantes que necessitam de serem provados para a solução do litígio.

4.3. Quanto aos fatos que dispensam provas:

Fatos notórios são aqueles de conhecimento da maioria das pessoas. Ex: No dia 25 de dezembro comemora-se o Natal.

Fatos axiomáticos ou intuitivos: São aqueles fatos considerados evidentes e que demonstram certeza. Ex: parágrafo único do artigo 162, do CPP (dispensa exame cadavérico quando evidente a causa da morte externa).

Fatos inúteis: São aqueles irrelevantes para a solução da causa.

Presunções legais: São as conclusões decorrentes da própria lei que não precisam ser provados por se tratar de presunção absoluta ou que invertem o ônus da prova, em se tratando de presunção relativa.

O direito, em regra, não precisa ser provado, pois decorre da própria lei.

4.4. Quanto aos fatos que dependem de prova:

- Direito estrangeiro, estadual e municipal. Em se tratando de direito estrangeiro, estadual e municipal tem que ser provado, pois ao magistrado não é obrigado ter conhecimento desses direitos, a não ser que seja direito municipal da comarca onde ele exerce jurisdição.

- Direito consuetudinário. Os costumes tem que serem provados.

Por exclusão todos os outros fatos necessitam serem provados. Diferentemente do processo civil, até os fatos incontroversos no processo penal tem que se provar.

4.5 Meios de prova

São os instrumentos utilizados para carrear as provas para o processo e para convencer o magistrado sobre aquilo que se alega nos autos. Essa atividade probatória é realizada com a participação das partes e na presença do juiz, observa-se o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Os meios de prova são os recursos de percepção da verdade e formação do convencimento. É tudo aquilo que pode ser utilizado, direta ou indiretamente, para demonstrar o que se alega no processo. (TÁVORA & ALENCAR, 2012.p.379)

O Código Processo Penal estabelece em seus artigos 158 a 250 espécies de provas admissíveis, classificadas como nominadas, tal rol não é taxativo por vigor o princípio da liberdade das provas, ou seja, além das provas previstas em lei podem-se utilizar também as provas inominadas (aquelas que ainda não tem previsão na legislação), desde que as provas sejam lícitas e moralmente legítimas.

Conforme ensina Aury Lopes Jr, as provas podem ser nominadas (aquelas que encontram previstas no Código de processo Penal ou em outra legislação específica, a saber, prova documental, testemunhal), e inominadas

(aquelas que não estão previstas em lei), como por exemplo, inspeção judicial . (Conf. JR, Aury Lopes,2013,p.581-582)

Ressalta-se que há algumas exceções aplicáveis ao princípio da liberdade probatória, como por exemplo, o artigo 207 do CPP que estabelece que “são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.”, ou seja, nesse dispositivo verifica-se que algumas pessoas são proibidas de depor, é o caso do advogado que funcionou ou devia funcionar no processo, ele não poderá em regra testemunhar sobre fatos decorrentes de sua profissão.

4.6 Meios de obtenção da prova

Os meios de obtenção de prova referem-se às atividades extraprocessuais que tem como finalidade a busca de provas. Esse procedimento não tem que ser feito necessariamente sob o crivo do contraditório.

4.7 Sistemas de Valoração da prova

4.7.1 Sistema de Valoração/Apreciação de Provas

É mister falar sobre o sistema de valoração das provas, pois é fator preponderante para determinar a gestão das provas, a qual deve ser analisada de acordo com o sistema adotado. Abordar-se-á sobre os sistemas de avaliação de provas existentes ao longo do tempo e qual está em vigor atualmente. São eles: Sistema da íntima convicção, sistema legal de provas e livre convencimento motivado ou persuasão racional.

4.7.2 Sistema da certeza moral do juiz ou da íntima convicção

No sistema da íntima convicção o magistrado tem ampla liberdade e discricionariedade para proferir seu julgamento.

O juiz está absolutamente livre para decidir, despidido de quaisquer amarras, estando dispensado de motivar a decisão. Pode utilizar o que não está nos autos, trazendo ao processo os seus pré-conceitos e crenças pessoais. A lei não atribui valor às provas, cabendo ao magistrado total liberdade. É o sistema que preside, de certa forma, os julgamentos pelo Tribunal do Júri em sua segunda fase, na atuação dos jurados, pois estes votam os quesitos sigilosamente, sem fundamentar. (TÁVORA, & ALENCAR, 2012.p.398)

Percebe-se que o juiz como diretor do processo tem o poder de decidir ao seu livre arbítrio, de acordo com sua convicção, com seus valores, ele não precisa seguir uma tabela para avaliar a prova e nem mesmo motivar sua decisão. Esse sistema vigora como exceção nos julgamentos do Tribunal do Júri, pois os jurados decidem de acordo com a sua convicção.

4.7.3 Sistema da certeza moral do legislador, das regras legais ou da prova tarifada

No sistema da certeza moral do legislador o magistrado tinha que seguir uma regra para avaliar as provas, pois cada prova tinha um valor preestabelecido.

“Surgiu como reação ao sistema da íntima convicção, onde o processo se tornou sinônimo de arbítrio.” (PACHECO, 2005, p.844)

No Sistema anterior o da “íntima convicção” o juiz decidia de acordo com a sua concepção, seus princípios e valores, possuía ampla liberdade para analisar o fato, não estava vinculado a nenhum fator para proferir seu julgamento. O processo se tornou livre arbítrio do juiz, ou seja, decidia de acordo com a sua íntima convicção. Posteriormente criou-se o sistema legal que limitou os poderes do julgador.

No Sistema legal de provas o legislador previa a priori, a partir da experiência coletiva acumulada, um sistema de valoração hierarquizada da prova (estabelecendo uma tarifa probatória ou tabela de valoração das provas). Era chamado de sistema legal de provas, exatamente porque o valor vinha previamente definido em lei, sem atentar para as especificidades de cada caso. A confissão era considerada uma prova absoluta, uma só testemunha não tinha valor etc. (JR, Aury Lopes, 2013, p.561)

Observa-se que no sistema legal de provas, o legislador previamente cria uma tabela estabelecendo uma hierarquia para cada espécie de prova, atribuindo

um “peso”, um valor, para cada prova admitida no processo. O julgador para analisar os fatos ficava vinculado à tabela.

No Código de Processo Penal ainda encontra-se resquícios desse sistema, é o que se extrai, por exemplo, do artigo 158 que prevê que “quando a infração deixar vestígios será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”. Nessa hipótese tem que necessariamente ser realizado perícia.

4.7.4 Sistema da Persuasão Racional do Juiz ou Sistema do Livre Convencimento Motivado

O sistema do livre convencimento motivado determina que o juiz tem que julgar os fatos e fundamentar suas decisões.

Como sistema intermediário em relação ao radicalismo dos dois anteriores, o livre convencimento motivado ou persuasão racional é um importante princípio a sustentar a garantia da fundamentação das decisões judiciais, estando previsto no art.157 do CPP. (JR, Aury Lopes, 2013, p.562)

O sistema do livre convencimento motivado garante que as decisões proferidas pelo magistrado sejam fundamentadas, não estando estas decisões vinculadas simplesmente à íntima convicção do magistrado, como era no sistema da íntima convicção ou adotando uma tabela tarifada de provas como era no sistema legal de provas.

Apesar de o juiz estar limitado às provas dos autos, é livre para estabelecer o valor de cada uma, no contexto probatório global, pois não há uma predeterminação legal do valor de cada prova, devendo, contudo, fundamentar, motivar, sua decisão, revelando em que se base ou sua valoração probatória (art.157 do CPP). Todas as provas têm, portanto, geralmente, o mesmo valor. Foi o sistema adotado no processo penal moderno. (PACHECO, Denilson Feitoza, 2005, p.845)

O sistema do livre convencimento motivado é o que vigora no Brasil. Nesse sistema o magistrado avalia as provas de acordo com o seu livre convencimento, não há um valor preestabelecido para cada prova, mas a decisão proferida tem que ser motivada, respeitando o princípio da motivação das decisões judiciais, prevista no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal.

4.8 Procedimento probatório

A atividade probatória possui quatro momentos distintos, são eles:

O primeiro é a fase da proposição da prova, refere-se ao momento de requerer a produção de prova ou inserir nos autos as provas já obtidas.

O segundo é a fase da admissão, cabe ao magistrado analisar se as provas requeridas são admissíveis no ordenamento jurídico e autorizar que elas sejam inseridas nos autos.

O terceiro é a fase da produção, é o momento de produzir a prova que foi requerida.

O quarto é a fase da valoração, é o momento que o magistrado avalia as provas produzidas para formar o seu convencimento.

4.9 Vedação probatória

Vigora em nosso ordenamento jurídico o princípio da liberdade probatória, entretanto, esse princípio sofre algumas restrições. A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVI, prevê essa limitação ao estabelecer que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A prova é taxada de proibida ou vedada toda vez que sua produção implique violação da lei ou de princípios de direito material ou processual. Por afrontar a disciplina normativa, não seria admitida ao processo. (TÁVORA, &ALENCAR, 2012, p.380)

Conforme ensina Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar as provas chamadas de proibida ou vedada são geralmente classificadas pela doutrina em provas ilícitas e ilegítimas. São ilícitas as provas que foram produzidas violando normas de direito material, referem-se ao momento em que a prova foi colhida, ocorrem fora do processo, como por exemplo, a confissão obtida mediante tortura. São ilegítimas as provas que violam normas de direito processual, ou seja, a ilegalidade ocorre dentro do processo, como por exemplo, artigo 479 do CPP que veda a leitura de documento ou a exibição de objeto no plenário do júri sem prévia juntada com três dias úteis de antecedência, para que a parte contrária tenha ciência e não seja surpreendida.

O artigo 157 do Código de Processo Penal disciplina a inadmissibilidade de provas ilegais.

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das 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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Observa-se pela leitura do artigo 157 caput que o legislador com a reforma processual penal não distinguiu prova ilícita de ilegítima e estabeleceu que devesse ser desentranhadas do processo as provas obtidas por meios ilegais.

A questão da ilicitude da prova é bastante discutida pela doutrina e pela jurisprudência.

4.10 Ônus da prova

O ônus da prova é o encargo que recai sobre as partes para provar suas alegações feitas no processo. Ônus significa uma faculdade e não constitui uma obrigação, portanto, nenhuma parte tem obrigação de produzir provas, mas a inércia conseqüentemente trará algum prejuízo para a mesma e influenciará na decisão do magistrado.

Távora menciona Badaró a respeito do assunto:

O importante é definir o ônus como uma posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável. Em outros termos, para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico.” Assim, a “não realização da conduta implica a exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar um ato ilícito. (TÁVORA & ALENCAR, 2012, p.394)

Segundo o entendimento desta corrente doutrinária o ônus da prova no processo penal é exclusivo da acusação, a defesa não tem que produzir provas. A lei penal obriga ao réu se defender, mas não produzir provas. O réu tem direito ao silêncio. Se restar dúvida no magistrado sobre a culpabilidade do acusado, o ônus da prova tem que interpretado à luz do princípio da presunção de inocência e, portanto, o acusado será absolvido. Esse entendimento é minoritário.

A corrente majoritária distribui o ônus da prova no processo penal entre a acusação e a defesa, adota-se a teoria seguida pelo Código Processo Civil em seu artigo 333 que prevê que “o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. À acusação cabe provar o fato típico, a culpabilidade. À defesa cabe provar as excludentes de ilicitude e culpabilidade.

O ônus da prova no Código Processo Penal está previsto no art.156.

Veja o que reza o referido artigo:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Com a reforma ocorrida em 2008 o referido dispositivo teve uma nova redação dada pela lei nº 11.690, de 2008 acrescentando o inciso I, que atribui ao juiz iniciativa probatória, esse dispositivo provoca muitos questionamentos, como por exemplo, se fere a imparcialidade do magistrado, bem como se estaria adotando o sistema processual penal inquisitivo, essa discussão será abordado em outro momento oportuno.

4.11 Previsão legal que confere ao magistrado iniciativa probatória

A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal é uma forma de interpretação utilizada pela doutrina para interpretar o Código de Processo Penal. Ele preceitua que com a nova sistemática das regras do processo penal concedeu-se ao

magistrado a faculdade de iniciativa probatória com a finalidade de alcançar a verdade real. É o que se observa ao ler sobre o tema das provas.

Pode-se observar que na nova sistemática estabelecida pelo Código de Processo Penal o magistrado deixou de ser um espectador inerte no processo, passou a ser ator no processo, ou seja, o juiz na ausência de provas produzidas pelas partes (acusação e defesa) será o gestor das provas.

Dessa forma, se não houver provas que comprovem a culpabilidade do réu e ao juiz restar dúvidas sobre sua inocência, ordenará de ofício a produção de provas supletivas e complementares. Após essa nova produção de provas, se não for encontrado nenhum indício de culpabilidade e materialidade delitiva, só então o magistrado aplicará o princípio do *in dubio pro reo* e absolverá o acusado.

Ao fazer uma interpretação da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal pode-se observar que ao conferir ao magistrado iniciativa probatória se pretendeu esclarecer a verdade dos fatos e alcançar o princípio da verdade real. Entretanto, esses poderes instrutórios se limitam às provas complementares ou supletivas, ou seja, em regra, a gestão probatória cabe às partes, somente por exemplo, diante da inércia das partes por meio de seus advogados, o magistrado pode complementar determinada prova. Um bom exemplo que o magistrado pode interferir no processo é quando ele considerar que o réu não está sendo defendido de forma correta, dessa forma ele nomeará um novo defensor para que o acusado tenha seus direitos resguardados.

Infere-se que quando a gestão das provas se encontra nas mãos do juiz há uma aglutinação de funções, ou seja, o magistrado passa a investigar, colher provas, exercer a função que cabe à acusação e continua também a exercer sua função precípua que é julgar os fatos que se apresentam nos autos.

Conforme visto acima, com a reforma do CPP dada pela lei 11.690 de 9 de junho de 2008 foi inseridos alguns dispositivos no Código Processo Penal- Decreto – Lei nº 3.689, de 3-10-1941 no que concerne à prova, é o que prevê entre outros, o artigo 156 do CPP, no qual foi acrescentado o inciso I .

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar afirmam que:

O dispositivo mencionado é de duvidosa constitucionalidade, consoante vem se manifestando parcela considerável da doutrina, mormente porque não passa pelo filtro norteado pelo modelo constitucional de processo traçado pela Constituição de 1988. Assentadas as ideias do sistema inquisitivo e verificada sua presença na sistemática do Código de Processo Penal, cabe o exame do sistema oposto, o acusatório, com o fito de adequar a interpretação do seu texto com a Lei Maior. (TÁVORA, & ALENCAR, 2012,p.41)

Diante deste dispositivo surge um questionamento: Os poderes instrutórios do juiz é uma violação ao sistema acusatório estabelecido implicitamente em nossa Constituição Federal?

Conforme verificamos que o sistema processual penal adotado pela doutrina majoritária é o acusatório. Entretanto, o Código Processo Penal por ser datado de 1941, traz em seu texto resquícios do sistema inquisitivo ao atribuir ao magistrado a gestão probatória. Porém, como a Constituição Federal se encontra em posição hierárquica superior ao Código Processo Penal, esse deve ser interpretado conforme os ditames estabelecidos pela Carta Magna.

Conforme ensinamento de Távora e Alencar,

O Código de Processo Penal brasileiro, de 1941(...) inspirado que foi, em sua maior parte, no Código Rocco, da Itália, de inspiração fascista. Preponderava a ideia que deveria estar o juiz em situação de superioridade hierárquica às partes (acusação e defesa), como uma espécie de super parte, sem cautelas para preservar eficazmente sua imparcialidade. (TÁVORA & ALENCAR, 2012,p.40)

O Código Processo Penal datado de 1941 é inspirado em ideais fascistas, ao conceder ao magistrado poderes instrutórios está colocando o juiz em hierarquia superior às partes, advogado, Ministério Público, infringindo o princípio da igualdade (estabelecido no art.5º caput da Constituição Federal) entre todos que participam do processo e, conseqüentemente, há uma quebra da imparcialidade do julgador, requisito esse de extrema importância para que seja proferido um julgamento justo.

Como se depreende, embora o Código de Processo Penal brasileiro seja inspirado preponderantemente em princípios inquisitivos – conquanto existam dispositivos inseridos pelas sucessivas reformas que prestigiam o

sistema acusatório -, a sua leitura deve ser feita á luz da Constituição, pelo que seu modelo de processo deve se adequar ao constitucional acusatório, corrigindo os excessos inquisitivos (interpretação conforme à constituição). (TÁVORA &ALENCAR ,2012,p.42)

Conforme mencionado, a Constituição por se encontrar em hierarquia superior, todas as demais leis devem ser interpretadas à sua luz, ou seja, o Código de Processo Penal deve seguir os ditames estabelecidos pela Carta Magna.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 se estabeleceu uma nova sistemática processual com a inserção de princípios aplicáveis ao processo penal bem como no ordenamento jurídico, como o da igualdade processual, contraditório, ampla defesa, garantia do juiz natural, imparcialidade do juiz, presunção de inocência, motivação das decisões judiciais, publicidade. Percebe-se claramente que a Constituição adota o sistema acusatório, mesmo que implicitamente.

Vejamos.

A Magna Carta em seu artigo 2º menciona que:

“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Estabeleceu-se então a tripartição dos poderes, bem como a nítida separação das funções precípua de cada poder. Ao legislativo compete legislar, ao Executivo administrar e ao Judiciário julgar conferindo independência a cada um deles.

No artigo 129, inciso I da Magna Carta estabelece que:

“ São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

Estabelece ainda o artigo 133 da Constituição Federal

“O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

Por meio da leitura dos referidos dispositivos observa-se que há nítida separação entre as funções de acusar, defender e julgar. No processo penal a Constituição atribui ao Ministério Público a função de acusar, ao advogado fazer a defesa técnica do acusado e ao magistrado julgar os fatos.

Ao fazer uma análise desses dispositivos fica claro que quando o juiz determina a produção de provas está ferindo o sistema acusatório, pois passa a exercer a função que cabe ao Ministério Público.

Alguns doutrinadores na contramão do que estabelece a Constituição defendem que o Código de Processo no Penal em seu artigo 156 ao conferir ao magistrado poderes instrutórios para dirimir dúvida sobre ponto considerado relevante tem como escopo alcançar a verdade real dos fatos.

Nucci ensina que “o princípio da verdade real significa, pois que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente.” (NUCCI, 2012.p.107).

Para Nucci a gestão probatória deve está também nas mãos do julgador.

No mesmo sentido leciona Távora e Alencar,

O processo penal não se conforma com ilações fictícias ou afastadas da realidade. O magistrado pauta seu trabalho na reconstrução da verdade dos fatos, superando eventual desídia das partes na colheita probatória, como forma de exarar um provimento jurisdicional mais próximo possível do ideal de justiça. (TÁVORA &ALENCAR, 2012,p. 61)

Para Távora se houver inércia das partes na produção de provas o juiz tem que ir a busca de provas para alcançar à verdade dos fatos e consequente a justiça.

Para Capez, “No processo penal, o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante dos autos”. (CAPEZ, 2012, p.75.)

Capez afirma ainda que no Processo Penal o juiz tem que colher provas, diferente do Processo Civil em que o juiz se conforma com as provas que se apresentam nos autos.

De fato, no Processo Penal vigora o princípio da verdade real que objetiva fazer uma reconstrução dos fatos da forma como eles realmente aconteceram. No entanto, essa verdade real não é possível de ser alcançada, pois ela se exaure no momento exato do acontecimento do fato, e não é possível o magistrado estar no local, no momento que ocorreu a infração penal, como também não é possível ao magistrado saber o que se passou no psicológico, elementos subjetivos internos que só os sujeitos envolvidos no delito sabem o que realmente aconteceu.

Diante dessas circunstâncias percebe-se que há uma imposição do sistema inquisitivo no processo penal brasileiro ao atribuir ao magistrado gestão probatória bem como, uma aglutinação de funções, já que o juiz que produz as provas é o mesmo que julga o fato, logo se vê que há uma quebra de sua imparcialidade. O juiz na pessoa humana que é, tem suas próprias crenças, convicções, então a partir do momento que ele determina provas de ofício se envolve com o fato

emocionalmente e conseqüentemente não ficará equidistante das partes e comprometerá seu julgamento, pois, “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador.” (PRADO, 2006, p.137)

Prevê o caput art. 156 do Código de Processo Penal que a prova da alegação incumbi a quem a fizer. Em processo penal o ônus da prova cabe à acusação, representado pelo Ministério Público em se tratando de ação penal pública e à vítima em se tratando de ação penal privada, é o que defende Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar ao afirmarem que:

É necessário que enxerguemos o ônus da prova em matéria penal à luz do princípio da presunção de inocência, e também do favor réu. Se a defesa quedar-se inerte durante todo o processo, tendo pífia atividade probatória, ao final do feito, estando o magistrado em dúvida, ele deve absolver o infrator. A responsabilidade probatória é integralmente conferida à acusação, já que a dúvida milita em favor do demandado. (TÁVORA & ALENCAR, 2012,p.394)

Portanto, mesmo em se tratando de doutrina minoritária acreditamos cabe à acusação provar todos fatos que justificam a condenação.

Em virtude do princípio da presunção de inocência defendido pela Constituição cabe à acusação provar a ocorrência do delito. “Por isso, é perfeitamente aceitável a disposição do art.156 do CPP, segundo a qual ‘a prova da alegação incumbirá a quem a fizer’.” (OLIVEIRA, 2012, p.326).

Frisa-se que o caput está em consonância com a distribuição do ônus processual penal, não significando dizer que a defesa não pode produzir prova.

Ao estabelecer na segunda parte do caput do mesmo artigo e inciso I que é “facultado ao juiz de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”. Para Eugênio Pacelli de Oliveira “o retrocesso, quase inacreditável, é também inaceitável. A inconstitucionalidade da novidade é patente.” (OLIVEIRA, 2012, p.326)

Observa-se que ao se permitir a iniciativa probatória pelo juiz há uma nítida violação à imparcialidade do magistrado, bem como ao sistema acusatório; se faz presente um juiz inquisidor, pois a gestão das provas se encontra nas mãos do magistrado. Nota-se, entretanto, que se o juiz ordena provas mesmo antes de iniciada a ação penal está ele conseqüentemente sendo o titular da ação penal. Ainda mais,

se o juiz investiga perde claramente sua imparcialidade para apreciar a causa, pois se encontra comprometido também emocionalmente.

Na segunda parte do caput do artigo 156, inciso II que “é facultado ao juiz de ofício determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. É possível inferir a intenção do legislador ao permitir que o juiz determine diligências para sanar dúvida sobre ponto relevante. Esta determinação prevista na lei está se referindo às provas já colhidas para esclarecer o fato, não se tratando de produção de novas provas. “Assim, é de se admitir a dúvida do juiz apenas sobre prova produzida, e não sobre insuficiência ou a ausência da atividade persecutória.” (OLIVEIRA, 2012, p.329)

Para Aury Lopes Jr.

Nesse contexto, dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como fígurado art.156, incisos I e II, do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo.(LOPES, Jr.2013.p125)

Assim, “Compreendida a questão e respeitada a opção “acusatória” feita pela Constituição, são substancialmente inconstitucionais todos os artigos do CPP que atribuam poderes instrutórios e / ou investigatórios ao juiz. (LOPES Jr.2013.128)

Ressalta-se a presença do sistema inquisitivo ao atribuir ao magistrado poderes instrutórios e violar o sistema acusatório adotado pela nossa Constituição, bem como desrespeitar a igualdade processual e o contraditório.

Em entendimento diverso preceitua Nucci:

A atuação de ofício do juiz, na colheita da prova, é uma decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem à verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não se deve ter a preocupação de beneficiar com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão somente atingir a verdade. O impulso oficial também é princípio presente no processo, fazendo com que o juiz provoque o andamento do feito, até final decisão, queiram as partes ou não. (NUCCI,2012,p.394-395)

Com todo respeito ao entendimento de Nucci, tal acertiva não deve prosperar. Embora rege no processo penal o princípio da verdade real, essa verdade é um mito pois como já foi dito anteriormente a verdade se exaure no momento exato do acontecimento do delito. Dessa forma no momento que o juiz determina a realização de provas já consumou o fato. No que tange ao impulso oficial o processo se desenvolve com a provocação das partes e não do juiz, por isso entende-se que a gestão probatória tem que está nas mãos das partes e não do magistrado. Não restam

dúvidas que quando está presente no processo um juiz instrutor, haverá consequentemente um juiz parcial e não haverá um juiz equidistante das partes, pelo fato que quando o magistrado ordena a produção de provas é porque ele está em busca de novas provas, não se contentando com as provas que se encontrem nos autos.

No que tange às provas há também outro dispositivo do Código Processo Penal que também autoriza o juiz, caso ele considere necessário a oitiva de outras testemunhas além das indicadas pelas partes. Veja o referido artigo:

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

§ 2º Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa.

Percebe-se que o referido dispositivo também é fruto do sistema inquisitivo por reunir na mesma pessoa as funções de persecução penal, produção de provas e julgar os fatos, pois se o juiz não formar seu convencimento com o depoimento das testemunhas que as partes arrolaram, poderá pedir oitiva de outras testemunhas para a elucidação dos fatos.

Outro fator também que afeta a imparcialidade do julgador é quando as partes não pedem a realização de uma perícia e o juiz ordena que a perícia se realize, demonstrando que não se convenceu com as provas que as partes produziram e, portanto produzirá nova prova.

Nota-se que o legislador conferiu ao magistrado poderes concernentes às provas, como se vê nos artigos 156 e 209 do Código de Processo Penal. Salienta-se, entretanto que o legislador preza também por um juiz imparcial e quer evitar qualquer arbitrariedade que contamine o processo, bem como excessos no que tange à elementos subjetivos que influem pessoalmente na decisão do juiz. Portanto, o legislador inseriu no ordenamento jurídico processual, dispositivos que coíbem a atuação do magistrado, bem como se aplica a todos aqueles que participam do processo, sejam eles, Ministério Público, serventuários da justiça, peritos, entre outros. É o que prevê as hipóteses elencadas no artigo 252 e 254 ambos do CPP que tratam do impedimento e suspeição respectivamente.

Veja o que preceitua os referidos artigos:

Art. 252." O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito."

Art. 254." O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consangüíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo."

É notório que o legislador previu que o juiz por ser uma pessoa humana, tem suas próprias crenças, convicções e pode se envolver emocionalmente em um determinado processo. Dessa forma foi estabelecido como se verificam nos artigos acima as hipóteses de impedimento e suspeição que limitam a atuação jurisdicional do magistrado, percebe-se, no entanto que o mesmo legislador que confere poderes instrutórios ao magistrado quer um juiz que atue de forma desinteressada e solucione os conflitos de forma imparcial, assegure às partes todos os seus direitos e que seus interesses subjetivos não prejudique o interesse das partes.

Portanto, cabe ao próprio magistrado quando estiver diante um processo em que tenha interesse no feito declarar impedido ou suspeito naquele processo, caso esse magistrado não declare de ofício poderá as partes arguir exceção de incompetência e recusar aquele magistrado.

Salienta-se que a intenção do legislador ao limitar a atuação jurisdicional do magistrado é assegurar às partes um juiz efetivamente imparcial e garantidor no processo penal, para proporcionar às partes segurança jurídica.

No que tange a imparcialidade do magistrado, veja a acertada decisão da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Ementa: PROCESSO PENAL - PRELIMINAR - PARCIALIDADE DO JUIZ - PODERES INSTRUTÓRIOS - PROVA TESTEMUNHAL PRODUZIDA DE OFÍCIO EM PREJUÍZO DO RÉU - OFENSA AO SISTEMA ACUSATÓRIO - NULIDADE DO PROCESSO - PRELIMINAR ACOLHIDA. AFASTAMENTO DO JUIZ - NECESSIDADE - SUSPEIÇÃO - RECONHECIMENTO. - É possível a realização de atividade probatória pelo Juiz, em caráter excepcional, ao se vislumbrar, no caso concreto, solução mais benéfica para o réu e que não poderia ser alcançada sem a obtenção de outras provas. - A produção de prova testemunhal pelo Juiz em prejuízo do réu constitui ofensa às garantias constitucionais do sistema acusatório e da imparcialidade do julgador. - Preliminar acolhida para anular o processo. - Admite-se o afastamento do Juiz, por suspeição, em caso de violação à garantia da imparcialidade, por aplicação do art. 254, do CPP, cujo rol não é taxativo. (5ª Câmara do TJMG, Apelação Criminal N° 1.0672.07.261207-6/001 Rel. Des. Hélcio Valentim)

Destarte, percebe-se claramente que a iniciativa probatória cabe em regra às partes, ao juiz cabe à atividade supletiva, ou seja, quando o magistrado verificar que a defesa não produziu provas suficientes e perceber existir provas que beneficie o réu, o magistrado poderá de ofício ordenar a produção de provas em favor do réu. Na decisão em comento o magistrado foi afastado por suspeição por ter produzido provas testemunhal de ofício em desfavor do réu e conseqüentemente feriu as garantias constitucionais do sistema acusatório e a imparcialidade do julgador.

5 – GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA LEGISLAÇÃO ESPARSA.

5.1 Lei Das Interceptações Telefônicas.

Consolidado os conceitos de Direitos Humanos e de prova ungue agora demonstrar a ilicitude das diversas espécies de provas e como a legislação brasileira busca a aplicação dos Direitos Humanos em seu acervo legal, como, cita-se a partir deste capítulo as interceptações telefônicas que no processo penal refletem bem a forma como os Direitos Humanos deveriam ser aplicados na teoria e como eles são violados na prática.

Na legislação penal vigente a lei 9.296/96 foi promulgada a fim de se garantir certa legalidade desse meio de prova, visto que em diversos casos é a única forma de se comprovar a materialidade delitativa de um crime, mas esbarra na proteção ao sigilo das comunicações telegráficas que é considerada uma garantira fundamental do Homem e do Cidadão.

Nesse sentido, a referida lei estabelece ser as interceptações telefônicas a *ultima ratio* probatória aceita pelo direito penal, se apresenta como uma exceção na proteção às garantias fundamentais. Isso ocorre, pois, ao interceptar um meio de comunicação privado de outrem, há uma nítida violação do Direito à Intimidade (art. 5º, X, e XII da CF/88).

Entretanto como salientou-se ao decorrer desta obra, o direito está a serviço da sociedade e tem como função primordial o estabelecimento da paz social. Assim, a serviço da sociedade, as próprias ciências jurídicas relativizam de uma forma natural alguns Direitos Fundamentais de Caráter individual em oposição à Direitos Fundamentais de caráter Coletivo.

O direito a intimidade certamente deve ser protegido como forma de se garantir a Liberdade e a Dignidade do Homem. Contudo, o indivíduo quanto conquistador de direitos também se torna um cumpridor de deveres; e o maior dever de um cidadão é zelar pela paz social. Assim, nessa correlação de direitos e deveres, ante ao descumprimento de deveres, como forma de equilibrar a balança da justiça, o Direito impõe ao indivíduo infrator a perda de certos Direitos, como por exemplo a intimidade.

Vê-se nessa relativização de Direitos um choque entre a primeira geração de Direitos Humanos (Direitos Individuais) e a segunda geração de Direitos Humanos (Direitos Sociais e coletivos), onde cabe ao Poder Legislativo instituir normas que regulamentem esses conflitos de Direitos Humanos.

Imperioso ponderar que qualquer limitação a ser imposta aos Direitos fundamentais deve ser feita com observância de todos os Princípios já descritos nessa obra, sobretudo os princípios da Legalidade, Devido Processo Legal, Contraditório, Ampla Defesa e Presunção de Inocência.

Buscando maior proximidade dessa observância, a Lei 9.296/96 traz como finalidade social a limitação de um Direito Individual, qual seja, a intimidade, a indivíduos que possam estar prejudicando a paz social ao praticar as condutas coibidas pelo Direito Penal pátrio.

Logo em seu artigo 1º, a Lei Ordinária Federal, que pelas regras de hierarquia das leis está submetida, tão somente, às Leis Complementares e a

Constituição Federal; estabelece os primeiros requisitos necessários para que possa haver a violação do Direito à intimidade quando da realização de interceptações telefônicas. São eles: Autorização por autoridade judiciária competente e a tramitação sobre segredo de justiça.

Tais requisitos estão sob influência de dois dos princípios fundamentais já explanados nessa obra: o do Devido Processo Legal e o da legalidade. Ao exigir que antes de se proceder o grampo telefônico haja uma prévia autorização por autoridade judiciária competente, tal diploma legal induz que, haja uma análise prévia do poder judiciário da pertinência em realização de tal interceptação telefônica de forma que o Juiz investido por toda formalidade jurídica e competente para apreciação e apuração de delitos deve verificar se o referido grampo é pertinente ou não, se é viável a violação de uma garantia fundamental em detrimento de uma Garantia fundamental de caráter coletivo.

Da mesma forma, quando em seu artigo 1º a lei 9.296/96 exige a tramitação de tal interceptação telefônica em caráter sigiloso, tal disposição está inferindo-se em favor da manutenção parcial da intimidade do investigado. Refere-se a uma manutenção parcial, pois, a intimidade inegavelmente será violada a partir do momento em que se inicia o grampo telefônico. Entretanto, o acesso aos referidos grampos é limitado as entidades e pessoas envolvidas na apuração delituosa, tais como, polícia judiciária, Ministério Público nos crimes de ação penal pública, o juiz competente para apurar tal fato, o indivíduo que teve a intimidade violada, bem como aos seus defensores em respeito ao princípio da Ampla Defesa. Portanto, apesar do Direito a intimidade ser violado, há critérios específicos para tal violação, e uma exposição da intimidade do indivíduo investigado a pessoas alheias as acima descritas configura nulidade na produção da prova.

No Brasil, já houve diversos casos em que conteúdos de interceptações telefônicas foram veiculados na mídia.¹⁰ Tais casos, geram a ilicitude da prova, mas em contrapartida inflamam a opinião pública. Nesse sentido, apesar do juiz julgador não poder usar tal prova como fundamentação ao proferir suas decisões, há que se

¹⁰ <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/03/pf-libera-documento-que-mostra-ligacao-entre-lula-e-dilma.html>.

reconhecer que a veiculação midiática e o inflamar a opinião pública viola ilegalmente o direito à intimidade e fere os Direitos Humanos.

Assim, deve-se sempre questionar, em casos em que há a ruptura do segredo de justiça ao se veicular as interceptações em meios de comunicação que atingem toda a sociedade e influencia a opinião pública, dentro do local de alcance desses meios de comunicação que veicularam de forma irregular tais interceptações, haveriam magistrados livres de suspeição? É óbvio se chegar a conclusão de que não haveriam dentro dos limites de alcance do meio de comunicação que foi veiculado de forma irregular as interceptações telefônicas magistrados capazes de não ter seu livre convencimento influenciado por tal ilicitude.

Desse modo, os desfechos desses inúmeros casos citados não se deram da forma como exigida pelo ordenamento jurídico, até mesmo por que estaria a todo o Poder Judiciário impedido de apurar tais fatos. Nesse caso, tem optado o direito brasileiro por ignorar a influência da opinião pública no livre convencimento do juiz e apenas excluir do acervo probatório tais provas ilícitas, colocando em discussão o fato de qual a finalidade do direito: promover a justiça ou garantir parcialmente a paz social a qualquer custo? Usa-se o termo parcialmente por que a própria violação de Direitos Fundamentais é geradora de conflitos sociais, portanto, por mais que invoque-se o argumento de que a paz social deve ser garantida a qualquer custo, tal garantia, não se dá de forma plena, a partir do momento em que para se sanar um conflito social o Poder Judiciário acaba iniciando um outro conflito que, ainda que seja em menores proporções não perde caráter conflituoso.

Antes, porém, de adentrar no problema é preciso conceituar os termos aqui delineados de forma a entender as origens e causa de existir de toda interceptação telefônica.

5.1.1 – Conceito de Interceptação Telefônica.

Já estando consolidado que ao se referir ao termo interceptação telefônica, a referência que se faz é a uma das diversas espécies de possibilidade probatória que tal tese já elencou. Neste íterim, é necessário tecer considerações acerca do procedimento referente a interceptação telefônica.

Nesse sentido, o jurista Renato Brasileiro de Lima assim discorre em sua obra:

De acordo com o dicionário Houaiss da língua portuguesa, interceptar significa interromper o curso de, fazer parar, deter, captar ou apreender aquilo que é dirigido a outrem. Sob o ponto de vista da Lei nº 9.296/96, todavia, interceptar uma comunicação não quer dizer interrompê-la, impedi-la, detê-la ou cortá-la. A expressão deve ser compreendida como o ato de captar a comunicação alheia, tomando conhecimento de seu conteúdo. É da essência da interceptação a participação de um terceiro, que passa a ter ciência do conteúdo de uma comunicação alheia.

A partir de tal conceituação literal entende a correlação existente entre as interceptações e a temática ora proposta. Ao se definir que a interceptação é o ato de obter um diálogo realizado por telefone identifica três características essenciais: a) A existência de uma conversa realizada por telefone; b) Existência de, no mínimo, dois indivíduos dialogando; c) Existência de uma terceira pessoa que intercepta que intercepta tal ligação.

Essa terceira pessoa é o ponto crucial que envolve as discussões sugeridas. Como mencionado anteriormente, toda interceptação telefônica ocorre em caráter sigiloso, portanto, o acesso ao conteúdo interceptado é inteiramente restrito. Ocorre que, ao magistrado não é possível a realização de tal interceptação, tanto pelo fato de não possuir capacidade técnico-científica, quanto pelo fato do mesmo não ter o seu livre convencimento prejudicado e ser declarado como suspeito.

Assim, tem-se por prática a realização da interceptação telefônica pela polícia investigativa competente, a polícia estadual na apuração de crimes comuns e a polícia federal quando os crimes são de interesse da União (art. 109 CF/88).

Tendo o acesso as interceptações telefônica esse caráter restrito em face da violação do Direito a intimidade. Há correntes que defendem que na decisão que autoriza-se as interceptações telefônicas o magistrado deve deixar claro as pessoas que poderão ter acesso ao conteúdo interceptado.

Ocorre que essa não é a regra no cotidiano de autorizações de interceptação telefônicas. O magistrado em suas decisões limita-se a autorizar as interceptações segundo os termos em quais foram solicitadas, sem, contudo, indicar quem são as pessoas que poderiam ter acesso a tais dados.

Com isso, sem a existência de qualquer limitação e fiscalização toda a equipe envolvida nas investigações têm acesso aos conteúdos interceptados, desde o escrivão até o perito que fará a degravação das interceptações telefônicas. Se por um lado tal procedimento agiliza o ato de interceptar ligações, por outro, gera uma insegurança jurídica acerca do caráter sigiloso das interceptações.

Como citado, anteriormente, não é estranho no Brasil ocorrer vazamento dos conteúdos interceptados para veículos de grande promoção midiática. Tal fato se torna corriqueiro exatamente pelo grande número de pessoas, dentro da investigação, que tem acesso ao conteúdo interceptado e, na maioria dos casos, devido a essa acessibilidade tornar-se impossível identificar quem seria o responsável pelo referido vazamento.

Em casos incansavelmente explorados pelas mídias de grande circulação nacional, tal vazamento rendeu grandes prejuízos à prova no Processo Penal. Assim, o ideal de limitação de acesso ao conteúdo interceptado é algo que vem ganhando força no cenário jurídico brasileiro.

Não deixa de ser ilegal uma prova considerada sigilosa, em que a intimidade de outrem é exposta à pessoas que em nada se relacionam com o processo, ou ainda a policias que tenham outros papéis dentro da investigação que não seja o de realizar as interceptações.

Tal restrição deve se aplicar a todas as subespécies de interceptação de forma a delinear as ações da polícia investigativa e conciliar o ato de interceptar as ligações aos Princípios: do Devido Processo Legal e da Legalidade, de forma que o policial que realize as interceptações seja o mesmo que realize as escutas e que faça o relatório a fim de evitar máculas na prova a ser produzida caracterizada pelo acesso de várias pessoas ao processo de interceptação.

Nesse sentido, é ponderável tomar-se conhecimento das subespécies de interceptações telefônicas existentes. O autor Renato Brasileiro de Lima assim considerou em sua obra:

a) Interceptação telefônica (ou interceptação em sentido estrito): consiste na captação da comunicação telefônica alheia por um terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos comunicadores. Essa é a interceptação em sentido escrito (ou seja: um terceiro intervém na comunicação alheia, sem o conhecimento dos comunicadores);

b) Escuta telefônica: é a captação da comunicação telefônica por terceiro, com o conhecimento de um dos comunicadores e desconhecimento do outro. Na escuta, como se vê, um dos comunicadores tem ciência da intromissão alheia na comunicação. É o que ocorre, por exemplo, na hipótese em que familiares da pessoa sequestrada, ou a vítima de estelionato, ou ainda aquele que sofre intromissões ilícitas e anônimas, através do telefone, em sua vida privada, autoriza que um terceiro leve adiante a interceptação telefônica;

c) Gravação telefônica ou gravação clandestina: é a gravação da comunicação telefônica por um dos comunicadores, ou seja, trata-se de uma autogravação (ou gravação da própria comunicação). Normalmente é feita sem o conhecimento do outro comunicador, daí falar-se em gravação clandestina;

d) Comunicação ambiental: refere-se às comunicações realizadas diretamente no meio ambiente, sem transmissão e recepção por meios físicos, artificiais, como fios elétricos, cabos óticos etc .. Enfim, trata-se de conversa mantida entre duas ou mais pessoas sem a utilização do telefone, em qualquer recinto, privado ou público;

e) Interceptação ambiental: é a captação sub-reptícia de uma comunicação no próprio ambiente dela, por um terceiro, sem conhecimento dos comunicadores. Não difere, substancialmente, da interceptação em sentido estrito, pois, em ambas as hipóteses, ocorre violação do direito à intimidade, porém, no caso da interceptação ambiental, a comunicação não é telefônica. A título de exemplo, suponha-se que, no curso de investigação relativa ao crime de tráfico de drogas, a autoridade policial realize a filmagem de indivíduos comercializando drogas em uma determinada praça, sem que os traficantes tenham ciência de que esse registro está sendo efetuado;

f) Escuta ambiental: é a captação de uma comunicação, no ambiente dela, feita por terceiro, com o consentimento de um dos comunicadores. Por exemplo, imagine-se a hipótese de cidadão vítima de concussão que, com o auxílio da autoridade policial, efetue o registro audiovisual do exato momento em que funcionário público exige vantagem indevida para si em razão de sua função;

g) Gravação ambiental: é a captação no ambiente da comunicação feita por um dos comunicadores (ex. gravador, câmeras ocultas etc.). Parte da doutrina considera que o art. 1º da Lei nº 9.296/96 abrange tanto a interceptação telefônica em sentido estrito quanto a escuta telefônica. Isso porque ambas consistem em processos de captação da comunicação alheia. Não estão abrangidas pelo regime jurídico da Lei nº 9.296/96, por consequência, a gravação telefônica, a interceptação ambiental, a escuta ambiental e a gravação ambiental[LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. Editora Jus Podivm, 4ª Edição, vol. Único. Salvador 2.016, pag. 141].

Na didática compreensão do termo interceptação telefônica há que se compreender as diversas variáveis existentes no tocante a interceptação de ligações telefônicas. Há diversas interceptações ou gravações que não são proibidas por lei e cuja limitação da violação do Direito a intimidade são objetos de discussão.

O ato da gravação ambiental, que consiste no fato de um dos interlocutores envolvidos em um diálogo gravar uma conversa sem a ciência dos demais

interlocutores envolvidos não é considerado ilícito no direito brasileiro, visto que a gravação partiu de alguém que tivesse envolvido em tal conversa. A não caracterização da ilicitude consiste no fato de que não há violação da intimidade, se a iniciativa de gravação da conversa partiu de um indivíduo envolvido ou convidado a participar do diálogo, pois, com isso, haveria uma aceitação tácita de todos os envolvidos de quebra da intimidade àquele envolvido que interage em tal diálogo.

Entretanto, há que se ponderar ser o Direito da intimidade revestido tanto do caráter objetivo quanto subjetivo. Objetivamente, não há que se falar em violação da intimidade se a gravação partiu de alguém envolvido na conversa, visto que o simples fato da mesma participar compreende uma quebra da suposta intimidade.

Doutro modo, quando verifica-se o caráter subjetivo da conversa, há que se questionar a destinação de tal gravação. Os indivíduos envolvidos no diálogo tinham por vontade que o conteúdo do diálogo saísse daquele círculo de confiança estabelecido? Nesse caso a acessibilidade de outras pessoas, estranhas ao diálogo originário, poderia configurar violação da intimidade, não sendo dessa forma o entendimento jurídico majoritário firmado no ordenamento jurídico pátrio.

5.1.2 Requisitos autorizadores da Interceptação Telefônica:

No que se refere as interceptações abarcadas pela lei 9.296, certo é que a invasão de privacidade só pode ocorrer mediante a análise criteriosa dos requisitos estabelecidos em lei.

Nesse sentido, extremamente necessário se faz citar o autor que protagoniza esse capítulo ao relatar em obra a observância intrínseca de tais requisitos:

De acordo com a Constituição Federal (art. 5º, XII), a interceptação telefônica está condicionada à prévia autorização judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Por força da Carta Magna, portanto, são pressupostos da interceptação telefônica: a) ordem judicial devidamente fundamentada; b) nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer; c) para fins de investigação criminal (medida cautelar preparatória) ou instrução processual penal (medida cautelar incidental) [LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. Editora Jus Podivm, 4ª Edição, vol. Único. Salvador 2.016, pag. 151].

A lei 9.296/96 tem por objetivo complementar a Norma Constitucional estabelecida, nesse viés, extremamente válido enfatizar que a promulgação dessa lei específica só foi motivada pela existência de um parâmetro constitucional estabelecido, qual seja a inviolabilidade e sigilo das comunicações telegráficas.

O artigo 5º, XII da Constituição Federal assim dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

Precocemente a Carta Magna brasileira estabelece em seu artigo 5º, XII os primeiros requisitos a fim de se autorizar a interceptação telefônica. A existência de decisão devidamente fundamentada é uma garantia existente com a precípua finalidade de possibilitar a pessoa em que a intimidade será violada um conhecimento dos motivos pelo qual tal interceptação ocorreu.

Tal requisito busca evitar a existência de arbitrariedade por parte dos magistrados e do órgão acusador. Toda decisão que autorizar eventual interceptação telefônica não pode se esquivar de estar bem fundamentada e justificada a fim de que ocorra uma explicitação plena da necessidade de tal medida como *ultima ratio* probatória.

Além da precessão de uma decisão devidamente fundamentada, a Constituição Federal, fez questão de limitar a atuação do juiz às hipóteses em que a lei permitir, fazendo do magistrado um fiel escravo da lei. Portanto, se não for claro, na lei, a possibilidade de interceptação, é dever de o magistrado rejeitá-la, nesse sentido a lei só poderá ser aplicada mediante a imposição de uma hermenêutica restritiva, ou seja, a lei deverá ser interpretada da forma mais restrita o possível, observando literalmente suas disposições, de forma que as hipóteses ali estabelecidas serão taxativas e não admitirão quaisquer acréscimos.

Nesse sentido, o artigo 2º da lei 9.296 estabelece as seguintes hipóteses:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Nesta seara, adentra-se nas definições de direito penal referentes a apuração de fatos tidos como uma ação típica ilícita e culpável. O magistrado que autorizar uma interceptação telefônica deve averiguar se há elementos mínimos capazes de assegurar que determinado sujeito tenha cometido ou participado de uma infração penal. Assim, não pode o magistrado se conduzir por relatos fantasiosos contidos no relatório circunstanciado, deve haver elementos concretos de que o indivíduo alvo das interceptações telefônicas tenha praticado um ato delituoso ou possa estar colaborando outras pessoas pra realização de infrações criminais.

Sob este prisma convém questionar se o simples relato da autoridade policial, por possuir fé pública caracterizam-se esses elementos concretos. Toda alegação processual, sejam por quem for feita, deve ser comprovada por aquele que a alegou, salvo as hipóteses de inversão do ônus da prova.

Assim, ainda que inegável a fé pública das alegações da polícia investigativa, a simples conclusão desses que o indivíduo tenha cometido ou não um delito sem qualquer amparo externo, possibilitado por eventos, acontecimentos, fatos, documentos, ou qualquer externalização física dos argumentos apresentados; não são capazes de justificar a quebra de sigilo telefônico por ausência de indícios mínimos de autoria ou participação.

Inobstante, o magistrado ao autorizar uma interceptação telefônica deve enxergar tal possibilidade probatória como a única forma de se provar a ocorrência do fato criminoso, por isso a interceptação é considerada a *ultima ratio* probatória. Nesse sentido, verifica-se que a interceptação não tem o condão de sanar dúvidas quanto a forma como o crime foi cometida, mas se apresenta como a única forma de se comprovar a existência do referido crime.

Tal requisito parecem se contrapor com o primeiro, mas observando sob uma ótica bem aprofundada verifica-se que a relação desses dois primeiros requisitos é de complementação. Quando se exige existência prévia de indícios mínimos de autoria, trata-se da existência de uma possibilidade não comprovada de ocorrência de um crime, um rastro deixado que pode levar a comprovação de ocorrência de um crime cuja a única forma de se ter certeza de ocorrência ou não de tal ato delituoso seja por meio da interceptação telefônica.

Entretanto, uma consideração deve ser feita quanto a interceptação telefônica como *ultima ratio* probatória. Só é possível se constatar ser a interceptação telefônica a única forma de se comprovar a existência de um crime, se comprovado de forma antecipada, que foram empreendidos todos os outros meios possíveis e eles falharam. Não pode ser considerado como única forma de se comprovar a existência de um crime, sem haver vencido as outras possibilidades de produção probatória por parte da investigação ou do Titular da ação penal. O simples desinteresse nos outros meios não serve para justificar a interceptação como prova unigênita.

Estabelece ainda o artigo 2º da lei 9.296/96 que não poderão ser objeto de interceptações telefônicas os crimes punidos, com pena máxima de detenção. Ou seja, aqueles crimes a pena estabelecida for de detenção, pena restritiva de direitos ou multa não poderão ser objetos de interceptação telefônica, somente aqueles puníveis com pena de reclusão e/ou considerados hediondos (Lei 8072/90).

Portanto, não existindo os requisitos tipificados em Lei, a Carta Magna brasileira proíbe, categoricamente, a autorização judicial das interceptações telefônicas, tornando a ação do judiciário, uma ação restrita as hipóteses legais, sob pena de ser considerada: constrangimento ilegal e/ou violação de preceito fundamental.

Por fim estabelece a Constituição Federal ainda que as interceptações telefônicas só serão justificadas se atenderem os interesses de uma investigação ou apuração criminal. Com isso compreende-se o fato de que não há possibilidade de se permitir se não em virtude de uma apuração criminal.

5.1.3 Natureza Cautelar da Interceptação Telefônica:

Há que se observar ainda ser a interceptação telefônica uma medida cautelar que visa assegurar a aplicação da lei penal. Nesse sentido Renato Brasileiro Lima Considera:

Cuidando-se de medida de natureza cautelar, deverão estar presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum in mora*. De modo semelhante ao que se dá com uma busca domiciliar, a determinação de uma interceptação telefônica está condicionada à existência de elementos seguros da existência de um crime, que justifique o sacrifício do direito à intimidade (*fumus comissi delicti*). Em relação ao *periculum in mora*, há de ser levado em consideração o risco ou prejuízo que a não realização imediata da diligência poderá acarretar para a investigação criminal ou para a instrução processual[LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Editora Jus Podivm, 4ª Edição, vol. Único. Salvador 2016, pag. 151].

Além de todos os requisitos elencados pela lei e pela Constituição Federal, tem-se que a autorização de qualquer interceptação telefônica é uma medida urgente e extrema. Para tanto, como qualquer medida urgente o Direito brasileiro exige a existência dos requisitos essenciais à concessão de medidas cautelares: a existência prévia de condições capazes de justificar a medida, bem como, o risco desta não ser feita em caráter urgente resultar em dano irreparável ou de difícil reparação.

No que se refere, propriamente a interceptação telefônica, é necessário comprovar, antes desta ser requerida a provável existência de um crime punível com pena de reclusão, e que eventual recusa em se autorizar a interceptação telefônica gere dano quanto a aplicação da lei.

Quanto ao primeiro requisito este já foi delineado no tópico anterior. No que concerne ao dano que se pode causar quanto a aplicação da lei, esta se caracteriza pelo caráter temporário da atividade criminosa.

Numa investigação, a surpresa é o maior trunfo dos investigadores para se constatar a realização de determinada atividade criminosa. Tal surpresa pede a eficácia com o decorrer do tempo, seja pelo fato da ação criminosa ser de natureza temporária, ou seja, existir dentro de uma esfera de tempo, seja pelo fato de que com o passar do tempo dos indivíduos infratores poderem ter conhecimento do fato apurado.

Assim, na apuração de um crime de mando de homicídio, por exemplo, as comunicações entre mandante e executor perdurarão por um tempo muito próximo a execução, seja de forma antecessora ou sucessora. Desta forma, a demora em se autorizar as interceptações pode caracterizar um dano a aplicação da lei, sobretudo ante ao fato de ser tal prova a única possibilidade de se comprovar o crime.

Já em casos de crimes considerados de natureza permanente e que não têm o fator tempo como forma de término de execução do crime, com o andar as investigações, e ao perceberem estar sendo investigados, os possíveis autores, podem criar mecanismos a fim de prejudicar a investigação, dificultando a apuração delituosa, dessa forma justificar-se-ia a autorização das interceptações telefônicas pela existência do *periculum in mora*.

Por tais motivos a urgência da autorização das interceptações telefônicas deve ser comprovada como requisito essencial a sua autorização de como toda medida cautelar essa autorização precisa possuir prazo de início e término, não podendo a mesma subsistir de forma eterna, pois, tal permanência contraria a natureza cautelar de tal medida.

Entretanto a lei 9.296/96 apresenta sua maior falha quanto ao período de subsistência das autorizações de interceptação telefônica que desvirtuam o seu caráter cautelar e a transformam numa prova perene sem limitação temporal.

5.1.4 - Duração das interceptações telefônicas.

Tendo a lei o objetivo de regulamentar toda matéria pertinente às interceptações telefônicas, cabe a própria lei estabelecer o prazo de vigência dessa medida. O artigo 5º da Lei regulamentadora das interceptações telefônicas dispõe o seguinte:

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

A lei de interceptação telefônica não é omissa quanto ao prazo de duração das interceptações telefônicas. Segundo o seu artigo quinto cada interceptação realizada deverá durar no máximo 15 dias.

Renato Brasileiro de Lima em sua obra assim considera acerca do marco inicial para início da contagem do prazo estipulado no artigo 5º:

Diz o art. 5º da Lei no 9.296/96 que a interceptação telefônica não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova. Como se vê, a execução da diligência não pode ultrapassar o limite de 15 (quinze) dias. Evidentemente, esse prazo de 15 (quinze) dias não se inicia da decisão judicial que autoriza a interceptação telefônica, mas sim do dia em que a medida é efetivada [LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. Editora Jus Podivm, 4ª Edição, vol. Único. Salvador 2.016, pag. 163].

Segundo o autor o marco inicial para se começar a contar o prazo dos quinze dias estipulados na lei, não começa no dia subsequente a publicação da decisão, mas sim, a partir do início das investigações. Nesse ponto é imperioso discordar do autor, visto que para o direito os acontecimentos jurídicos têm nascimento e morte.

Se por meio de uma decisão foi deferida uma interceptação telefônica, medida cautelar tida como urgente e indispensável, o início da interceptação deve se dar logo após, ao deferimento do pedido de interceptação. Ou seja, autorizada a interceptação pelo magistrado competente, é dever do Poder Judiciário informar imediatamente a autoridade policial para que se inicie a diligência, sendo a autoridade policial de igual modo, obrigada a iniciar de forma imediata as interceptações.

Se por insuficiência do Estado tais interceptações tiverem seu início adiado, não pode o indivíduo que teve a comunicação interceptada ser prejudicado em razão do tempo. Ou seja, se o Estado seja pelo Poder Judiciário, seja pela polícia investigativa, não consegue promover de imediato as interceptações autorizadas pelo juiz, deverá o próprio estado arcar com tais consequências e não as transmitir ao indivíduo que vai ter a intimidade cerceada, até mesmo por que tal indivíduo já tem o duro ônus de arcar com a exposição de sua vida privada a pessoas estranhas ao seu convívio habitual. Assim sendo a violação da intimidade uma rara exceção a se aplicar no ordenamento jurídico pátrio, ela não deve sucumbir ao tempo, mas sim, ao contrário, o tempo deve se sucumbir a ela.

Assim de acordo com as normas de contagem de prazo no direito processual brasileiro, há que se defender o argumento de que o prazo das

interceptações telefônicas deveria ter como marco inicial a decisão que as autorizou, sendo os quinze dias contados a partir de tal data.

Assim, se após a autorização da interceptação a autoridade policial demorar cinco dias para iniciar as mesmas, logo ela terá apenas dez dias de efetiva interceptação, visto que o prazo perdido se deu exclusivamente por negligência desta autoridade.

Entretanto conforme evidenciou-se no enunciado retirado da obra de Renato Brasileiro de Lima, o entendimento do autor é outro ao entender que o marco inicial é a efetivação da interceptação, logo se a interceptação é autorizada numa data 'X' e é iniciada numa data 'Y', segundo o autor após a data 'Y' as interceptações teriam vida durante 15 (quinze) dias.

Ao entender da presente obra, a corrente defendida pro autor se mostra uma violação aguda do Direito à Intimidade, pois a vida da excetuada violação da intimidade tem como marco inicial a medida que a autorizou, ou seja a decisão do magistrado competente, a partir deste marco cota-se os quinze dias estipulados por lei.

Entretanto, ao se omitir quanto a tais fatos, a lei de interceptações trouxe polêmica ainda maior quanto as renovações das interceptações. Por quantas vezes pode ser autorizada uma interceptação contra a mesma pessoa? A lei não traz essa resposta, e fica a cargo da jurisprudência decidir.

Ainda em sua obra, Renato Brasileiro de Lima assim considera em seus comentários traçados em cima do diploma legal:

Havendo necessidade de renovação do prazo da interceptação, esta deve se dar antes do decurso do prazo fixado na decisão originária, evitando-se uma solução de continuidade na captação das comunicações telefônicas. Como o controle judicial deve ser prévio, seja no tocante à concessão inicial da interceptação, seja em relação à renovação do prazo, se as interceptações se prolongarem por período "descoberto" de autorização judicial, os elementos alí obtidos devem ser considerados inválidos, por violação ao preceito do art. 5º, XII, da Constituição Federal [LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. Editora Jus Podivm, 4ª Edição, vol. Único. Salvador 2.016, pag. 166].

Inicialmente o autor considera ser indispensável o fato do pedido de renovação das interceptações telefônicas ser anterior ao término do prazo das interceptações, ou seja, antes que se encerrar os quinze dias estabelecidos em lei,

caso seja extremamente necessária a continuação das interceptações, tal pedido deve ser prévio, de modo que exaurido o prazo estipulado pela decisão não pode a autoridade requerer tal renovação.

Tal entendimento é pertinente ao patamar que trata a interceptação como uma medida excepcional que não pode ser observada como regra para o direito brasileiro, por isso, dever respeitar todo um procedimento burocrático a fim de se garantir uma segurança e equilíbrio jurídico na sociedade. De tal entendimento não há como discordar.

Assim resta apenas a discussão do número possível de renovações que poderão ser permitidas. O Autor assim assevera:

Quanto ao número de vezes em que o prazo da interceptação telefônica pode ser renovado, há 4 (quatro) correntes distintas:

a) a renovação só pode ocorrer uma única vez: logo, a duração máxima da interceptação seria de 30 (trinta) dias;

b) a renovação só pode ocorrer uma única vez: porém, quando houver justificativa exaustiva do excesso e quando a medida for absolutamente indispensável, é possível a renovação do prazo da interceptação, mas esse excesso não pode ofender a razoabilidade. Em caso concreto em que as interceptações telefônicas perduraram por quase 02 (dois) anos, a 6ª Turma do STJ concluiu haver evidente violação ao referido princípio, daí por que considerou ilícita a prova resultante de tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas/8

c) o limite máximo seria de 60 (sessenta) dias: quando decretado o Estado de Defesa (CF, art. 136), o Presidente da República pode limitar o direito ao sigilo da comunicação telegráfica e telefônica. Esse estado não pode superar o prazo de 60 (sessenta) dias (CF, art. 136, § 2º). Se durante o Estado de Defesa a limitação não pode durar mais de 60 (sessenta) dias, em estado de normalidade esse prazo também não pode ser maior;

d) o prazo da interceptação pode ser renovado indefinidamente, desde que comprovada a indispensabilidade do meio de prova (posição majoritária): no art. 5º da Lei nº 9.296/96, a expressão uma vez deve ser compreendida como preposição, e não como adjunto adverbial. Pensamos ser essa a posição mais acertada. Com a crescente criminalidade em nosso país, é ingênuo acreditar que uma interceptação pelo prazo de 30 (trinta) dias possa levar ao esclarecimento de determinado fato delituoso. A depender da extensão, intensidade e complexidade das condutas delitivas investigadas, e desde que demonstrada a razoabilidade da medida, o prazo para a renovação da interceptação pode ser prorrogado indefinidamente enquanto persistir a necessidade da captação das comunicações telefônicas [LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. Editora Jus Podivm, 4ª Edição, vol. Único. Salvador 2.016, pag. 167].

É inconcebível o fato de que as interceptações sejam renováveis de forma permanentes e sem limitação de tempo. Por ser medida urgente e excepcional não

deve a mesma ser infinita devendo ter prazo pra se iniciar e se concluir. Ao não trazer o número de renovações possíveis, a lei de interceptações telefônicas deu margem para um entendimento perigoso de que essa diligência possuiria um caráter imperecível. Aqui classificou-se como entendimento perigoso, visto ser extremamente prejudicial esse caráter imperecível.

A finalidade da interceptação não é aguardar um crime acontecer, mas sim constatar um crime que vem acontecendo ou já aconteceu e não tem como se comprovar a autoria do mesmo. Assim, esse caráter imperecível faz a prova perder o seu caráter cautelar, urgente e excepcional, visto que em muitos casos acaba se tornando a primeira alternativa de investigação, contrariando assim os preceitos legais.

De acordo com a natureza das interceptações telefônicas, é mais razoável o entendimento de que o correto seria apenas uma ou, no máximo, duas renovações, pois a violação da intimidade não pode ser algo permanente e imperecível, deve se pautar e se limitar pelo tempo devido a sua natureza cautelar. De forma que os entendimentos de que as renovações sucessivas de interceptação telefônica é algo lícito destoam da própria natureza da medida.

O problema causado pela lacuna na lei de interceptação telefônica no tocante ao número permitido de renovações é que ficou a cargo do judiciário intervir e por meio de jurisprudências resolver a questão. Até o presente momento, não há um posicionamento definitivo da corte máxima do País. O STF reconheceu a repercussão geral da matéria mais ainda não decidiu a respeito.

Com isso, tem-se em todo o país uma gama de entendimentos quanto a possibilidade de reiteradas interceptações. Em estados mais conservadores como Minas Gerais e São Paulo a corrente majoritária é de que as interceptações devem ser renovadas por quantas vezes o magistrado achar conveniente.

Já em Estados mais liberais como Rio Grande do Sul e Santa Catarina o entendimento é de que a natureza cautelar indica que as renovações têm que ser limitadas pelo tempo e não podem possuir caráter imperecível sendo admitidas por tanto uma, ou no máximo duas renovações, entendimento posto em homenagem ao princípio da razoabilidade.

Assim cabe as cortes superiores como STJ e STF decidirem a acerca da temática sumulando o entendimento que dever ser adotado no ordenamento jurídico brasileiro. Há que se ressaltar que a formulação de jurisprudência acerca da temática é uma medida imediatista e não se mostra a mais adequada.

O ordenamento jurídico brasileiro opta pelo Legalidade como preceito basilar, logo, deveria o Poder Legislativo colocar um ponto final na questão editando uma lei que alteraria o artigo 5º da Lei de interceptação telefônica e determinaria o número de interceptações a serem permitidas. Ocorre que a produção Legislativa no Brasilé algo complexo e moroso demais, onde ante a necessidade de uma respostas imediata aos diversos casos que emergem cotidianamente, há uma necessidade de uma resposta jurisprudencial das cortes supremas do país acerca da matéria.

Por fim conclui-se que ausentes os requisitos autorizadores e a limitação de tempo quanto às interceptações telefônicas, as mesmas são consideradas provas ilícitas. Há diversas lacunas na lei regulamentadora que devem ser supridas, de forma urgente, a fim de se tirar da mão do judiciário o dever de preencher tais lacunas, resultando numa indústria dehermenêutica extensiva e ofensa a Presunção de Inocência, Direito a intimidade e do brocado do *in dúbrio pro reo*.

Para melhor entendimento da referida crítica extremamente necessário de faz a compreensão do papel da jurisprudência no Direito Pátrio.

5.2- Das Prisões Cautelares

Outro assunto polêmico quando se faz referência os Direitos Humanos são as prisões cautelares. A liberdade ao lado da vida são os direitos mais precípuos que podem ser garantidos ao homem. Da mesma forma quando esses direitos são retirados, eles causam diversos impactos individuais e sociais.

À margem da discussão a respeito da eficácia da pena de prisão quando o que busca-se como finalidade única é a ressocialização, tem-se as prisões cautelares como a principal ceifadora dos Direitos Fundamentais.

Isto ocorre, pois, no Brasil, por mais que se tente objetivar ao máximo os critérios autorizadores da prisão cautelar, ao aplicar a lei da forma como posta o

critério subjetivo e os preconceitos sociais tem muito mais força do que os próprios requisitos legais.

Tanto a prisão temporária estabelecida no ordenamento jurídico pátrio por meio da Lei 7.960/89 quanto a prisão preventiva disciplinada pelo artigo 312 do Código de Processo Penal, apresentam nas letras da lei alguns requisitos objetivos e subjetivos que permitem a limitação da liberdade.

O bem estar social, em regra, deve ser priorizado quando o bem estar individual o confronta, é o ideal de supremacia do interesse coletivo. Tal ideal estabelece que entre a sociedade e o indivíduo, o Estado sempre deve priorizar a sociedade, pois um caos social tem proporções bem menores que uma caos individual. O que muitas vezes é incompreensível a luz da justiça que independentemente se for de caráter social ou individual, um caos é sempre um caos e o Estado tem responsabilidade tanto em relação a um quanto em relação ao outro.

Nesse sentido, o direito penal, diante do discurso da impunidade, vem estabelecendo o Direito a Liberdade não como a regra a se adotar, mas sim como a primeira medida a se aplicar a um possível infrator das leis penais. Critérios vazios juridicamente vêm sendo consolidados nos tribunais por meio da jurisprudência. Agravidade abstrata do delito que por si só justificaria a prisão preventiva, ou a possibilidade do réu poder prejudicar as investigações, mesmo que infundada ou não constatada previamente como motivo autorizador da decretação da prisão temporária; tornam o Direito à Liberdade um direito frágil e desencadeia em diversos outros estigmas sociais que prejudicam ainda mais o convívio social.

Com isso a pseudo Supremacia do Interesse Coletivo, justificativa essencial para da banalização do direito a liberdade mais prejudica que beneficia o bem estar social, pois banalizar um Direito Fundamental é destruir os pilares essenciais da própria sociedade, e uma hermenêutica produzida pelos tribunais que torna a segregação do direito a liberdade, seja por meio da prisão temporária, seja por meio das prisões preventivas, pautada em critérios mais objetivos que filtram os preconceitos naturais do homem, é a forma mais eficiente de se preservar o interesse coletivo.

5.2.1 - Dos Pressupostos Da Prisão Cautelar:

Toda medida cautelar, seja na esfera cível ou na criminal é marcada pela existência prévia de elementos que a justifique, bem como, a um caráter emergencial em que a inaplicação dessas medidas resulte na ocorrência de danos irreparáveis ou cuja reparação seja difícil e/ou inviável.

Com isso, sendo a prisão uma medida cautelar que tem por objetivo proteger a instrução processual, o interesse coletivo e a efetividade da lei, é necessário a existência de dois requisitos fundamentais: o *fumus comissi delict* e o *periculum in libertatis*.

O *fumus comissi delict* é a identificação prévia da possibilidade de ocorrência de um crime e sua eventual autoria. Não é necessárias provas robustas acerca do fato criminoso, mas é necessária uma coerência mínima dos levantamentos iniciais capazes de indicar ao destinatário da prova se crime de fato ocorreu, como ocorreu e quem pode ser responsabilizado por ele. Nesse sentido, quando há, desde o início das investigações incoerência nos elementos colhidos, versões distintas acerca de materialidade e indícios mínimos de autoria, não há como se vislumbrar a existência do *fumus comissi delict*.

Doutro norte, o *periculum in libertatis* consiste no fato de que o estado de liberdade daqueles que são investigados pelo crime prejudicam a paz social. Nesse caso exige-se que tais indivíduos sejam praticantes reiterados de atividades criminosas de natureza grave. O prejuízo a paz social consiste essencialmente no aspecto de que a sociedade evidencialmente esteja em perigo ante ao fato do indivíduo estar em liberdade. Que o hábito de vida do indivíduo seja o cometimento de crime, que a opção de vida do mesmo seja o cometimento de crimes repudiáveis pelo seio social.

Dentro no *periculum in libertatis*, o pacote anti-crime (Lei 13.869/2019) assegura que a contemporaneidade dos fatos se tornou um novo requisito necessário para se restringir a liberdade de Alguém. Esse requisito é mais um óbice a segregação do maior dos Direitos Individuais (a liberdade) em ser restringida de qualquer forma. Após a publicação dessa lei, além de possuir correlação entre fatos e provas (*fumus comissi delict*) e a necessidade do estado de liberdade causar risco

a sociedade (*periculum in libertatis*) esse risco tem que ser atual e iminente com sobrevida nos momentos imediatamente posteriores a ocorrência do fato criminoso (art. 315, § 1º do CPP).¹¹

Desse modo, a um indivíduo primário, portador de bons antecedentes que possui condições pessoais favoráveis e não tenha evidenciado em sua ação criminosa qualquer distúrbio grave de natureza psíquica não pode ser auferido em seu desfavor o *periculum in libertatis*, pois, restringir a liberdade de um indivíduo assim e inserí-lo no sistema prisional pátrio, privado da liberdade e de todo convívio sadio, de religião, da família e demais aspectos que somente possui o gozo por meio do estado de liberdade, é fazer com aquele indivíduo aprenda a se criminalizar durante o período em que o mesmo esteja preso cautelarmente e uma violação injustificada dos Direitos Humanos.

Um delito grave, por si só não é capaz de atender as exigências de configuração do *periculum in libertatis*, pois, ainda que o delito seja grave e completamente repudiável, ele por si só não atesta a periculosidade social do agente. Um delito grave pode ser cometido por diversos motivos, alguns motivos que dão ensejo a uma habitualidade criminal por parte do agente, outros que não chegam sequer a sombra de atestar tal habitualidade. Por isso, certos entendimentos jurisprudenciais que entendem que a gravidade abstrata do delito justifica a prisão cautelar devem ser completamente rechaçados.

A garantia fundamental mais violada pelo direito penal quando o aspecto gira em torno da medida que tem por objetivo a constrição da liberdade do indivíduo é a inobservância da Presunção de Inocência previsto no artigo 5º, LVII da Constituinte Republicana em vigor.

Renato Brasileiro de Lima em sua obra 'Legislação Criminal Especial Comentada', assevera o seguinte acerca de tal princípio:

O princípio da presunção de inocência (ou de não culpabilidade), previsto no art. 5º, LVII, --da Constituição Federal, consiste no direito de não ser

¹¹ Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de **fatos novos ou contemporâneos** que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas da acusação (contraditório). Deste princípio derivam duas regras fundamentais:

a) regra probatória: por conta desta regra, também conhecida como regra de juízo, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado, e não este de provar sua inocência. Em outras palavras, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória;

b) regra de tratamento: antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a restrição à liberdade do acusado, seja através da decretação de uma prisão cautelar, seja por meio da imposição de uma medida cautelar diversa da prisão, só deve ser admitida a título cautelar, e desde que presentes seus pressupostos legais. O princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, LVII, da Carta Magna, não é incompatível com a imposição de medidas cautelares de natureza pessoal antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, cujo permissivo decorre inclusive da própria Constituição (art 5º, LXI), sendo possível se conciliar os dois dispositivos constitucionais desde que a medida cautelar não perca seu caráter excepcional, sua qualidade instrumental, e se mostre necessária à luz do caso concreto. Como assevera J. J. Gomes Canotilho, se o princípio for visto de uma forma radical, nenhuma medida cautelar poderá ser aplicada ao acusado, o que, sem dúvida, acabará por inviabilizar o processo penal. São manifestações claras desta regra de tratamento a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal. [LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. Editora Jus Podivm, 4ª Edição, vol. Único. Salvador 2.016, pag. 641].

O autor salienta duas vertentes acerca da aplicação da Presunção de Inocência no Direito Brasileiro, uma que parte do ônus probatório do sujeito processual que requer a medida liminar, ou seja, no caso da prisão o órgão acusador, outra que revela a excepcionalidade da medida cautelar.

No tocante ao ônus probatório, é necessário declinar que seja, no âmbito civil ou no criminal as medidas cautelares só podem ser aplicadas mediante a existência prévia de elementos que justifiquem a existência de seus pressupostos. Se no âmbito civil o autor ao propor uma ação deve trazer aos autos provas mínimas capazes de justificar a antecipação da tutela pretendida. No direito criminal, é óbvio ser dever da acusação pré-constituir provas acerca do *periculum commissis delict* e do *Periculum in libertatis*, pois o sujeito processual que se beneficiará com a decretação da medida cautelar é aquele que detém o ônus probatório que a subsidia.

Em contrapartida, ao estabelecer a Presunção de Inocência como garantia fundamental do Homem e do Cidadão, o ordenamento jurídico pátrio estabeleceu que a regra para o direito penal é a proteção do Direito a liberdade, cuja violação não é

proibida, porém, só será autorizada em raríssimas exceções. A inaptidão para o convívio social ao indivíduo que terá o Direito à liberdade violado é a constatação mínima que dever ser feita de forma fundamentada pelo juiz da causa.

Com isso, questiona-se o fato de que: se o juiz que tenha se contaminado com as violações às garantias fundamentais durante o inquérito policial, seja o mesmo responsável pela decretação da prisão cautelar, não haveria inidoneidade ante o juízo das garantias por parte deste magistrado ao tomar uma decisão tão delicada quando esta de contração da liberdade? Neste projeto, defende-se que caberia ao juiz das garantias decidir tais fatos, pois o mesmo estaria imune às aludidas contaminações.

Desse modo, assegurada a compreensão acerca dos pressupostos essenciais que autorizam a prisão de natureza cautelar, necessário se faz conhecer as espécies de segregação cautelar aplicáveis dentro do inquérito policial que mais prejudicam a efetividade dos juízos das garantias.

5.2.2 - Da Prisão Temporária Lei 7960/89.

Prima Facie, há que se vislumbrar a existência real dos requisitos elencados pela lei 7.960/89. A prisão temporária tem sua base legal regulada pelo artigo 1º, incisos I, II e III de citada lei, que dispões o seguinte:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
 - b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

- e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
- p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016)

De acordo com o citado artigo, é necessária, para a decretação da prisão temporária, a comprovação, por meio da autoridade policial da existência de imprescindibilidade para as investigações, a inexistência de residência fixa ou de elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade e fundadas razões de autoria ou participação no crime pelo qual está sendo investigado.

Conforme suscitado anteriormente o cerceamento de liberdade por meio da prisão cautelar deve ocorrer de forma ponderada, não podendo a autoridade judiciária decretá-la se ausentes os requisitos legais. No que se refere a prisão temporária são três os requisitos essenciais que devem ser observados de forma cumulativa, de forma que os incisos I e II devem estar presentes alternativamente mas sempre aliados ao inciso III do artigo 1º desta mesma lei, ou seja, os incisos I ou II devem estar sempre aliados ao inciso III, caso este não exista não seria possível a existência da prisão temporária.

O primeiro requisito presente no inciso I da lei 7.960/89 ressalta que a prisão temporária só será decretada quando imprescindível para as investigações do inquérito policial. Tal requisito objetivo deve estar apoiado em elementos técnicos substanciados no caderno de investigação, ou seja, em elementos colhidos capazes de atestar que sem a decretação da prisão temporária é impossível a continuidade das investigações.

Entretanto tem-se por costumeira prática da polícia investigativa, logo no início das investigações assim que identificados os suspeitos do crime, requisitar ao juízo a prisão temporária dos referidos suspeitos sob a justificativa de ser tal medida imprescindível às investigações.

Conforme levantado acerca do ônus probante quando citado o Princípio da Presunção de inocência, é dever da parte que requer a medida cautelar apresentar ao juízo elementos capazes de subsidiar suas alegações. No que se refere à polícia investigativa, quando a mesma vem a juízo requerer a decretação da prisão temporária, deve a mesma apresentar ao magistrado as frustradas tentativas de movimentação do inquérito policial que foram sobrestadas por condutas do investigado.

Desse modo, uma análise de potencial periculosidade do investigado, por si só, não satisfaz o requisito presente no inciso I da Lei 7.960/89, de forma que é dever tanto da autoridade policial quanto do órgão acusador (quando este for o responsável pelas investigações) apresentar elementos que justifiquem a existência de resistência por parte do investigado em colaborar com as investigações criminais.

Isso ocorre, pois, se um indivíduo que vem respondendo por diversos crimes, tendo ou não condenações transitadas em julgado, vier a ser investigado novamente, for intimado a prestar depoimento perante a polícia investigativa comparecer e exercer o seu direito constitucional ao silêncio, por mais que sua periculosidade possa ser vislumbrada, não há provas de que o mesmo esteja conturbando as investigações e que sua prisão seja imprescindível para a continuidade do trabalho investigativo.

Assim, deveria ser dever da autoridade policial e/ou do investigador apresentar elementos fáticos que justifiquem a imprescindibilidade da prisão dos

acusados para a investigação criminal, tal como resistência em comparecer aos atos que for intimado, possíveis ameaças a testemunhas que presenciaram os fatos, pagamento ou oferecimento de suborno ou propina à autoridades visando arquivamento das investigações e demais situações do gênero.

Ocorre que verifica-se na prática penal cotidiana que esta não é a regra que vem sendo aplicada. A prisão temporária tem ganhado caráter de antecipação de pena e juízo de valor acerca dos fatos investigados. Prática costumeiramente aplicada e que violada a paridade de armas o inciso I da Lei 7960/89 é a decretação de prisão temporária de indivíduos que já se encontram presos em outro processo, seja em virtude de condenação seja em virtude da existência de outra prisão cautelar referente a outras investigações. Se um indivíduo encontra-se preso por outro processo, como conceber que este indivíduo possa estar atrapalhando as investigações e que, portanto, sua prisão é imprescindível às investigações? Fato ilógico mas que se contempla de forma corriqueira na prática criminal.

Nesse sentido, o critério caracterizado por lei de forma objetiva acaba se revestindo de uma análise subjetiva dos fatos criminosos, onde a potencial periculosidade do investigado mesmo que inconsubstanciada nas investigações, por si só, vem sendo justificada por meio da hermenêutica jurídica com base no inciso I da lei 7.960/89.

Renato Brasileiro de Lima sustenta em sua obra:

Ao decretar a prisão temporária, deve o juiz ter sempre em mente o princípio da proporcionalidade, notadamente em seu segundo subprincípio, qual seja, o da necessidade, devendo se questionar se não existe outra medida cautelar diversa da prisão menos gravosa. Em outras palavras, se uma busca e apreensão já se apresentar idônea a atingir o objetivo desejado, não se faz necessária uma prisão temporária; se a condução coercitiva do acusado para o reconhecimento pessoal já se apresentar apta a alcançar o fim almejado, não se afigura correto escolher medida mais gravosa consubstanciada na privação da liberdade de locomoção do acusado; se uma das medidas cautelares diversas da prisão do art. 319 do CPP já for suficiente para tutelar as investigações, como, por exemplo, a proibição de manter contato com pessoa determinada, ou a suspensão do exercício de função pública, deve o magistrado se abster de decretar a prisão temporária. [LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. Editora Jus Podivm, 4ª Edição, vol. Único. Salvador 2.016, pag. 663].

O autor salienta de forma cristalina que ante a existência de medidas eficazes que garantam a efetividade das investigações criminais não há que se prosperar a medida mais severa qual seja, a prisão. Justificando a proposta

inaugurada no direito penal brasileiro com a lei 12.403/2011, restando claro e nítido que a proposta do ordenamento jurídico brasileiro é que a prisão cautelar seja uma exceção e não a regra inicial a se aplicar.

5.2.2.1 - Do tempo da prisão temporária.

Sendo certo que a prisão temporária só é cabível no decurso do inquérito policial, certo é que em primeiro plano tem-se firmado o entendimento que a duração da prisão temporária não poderá exceder a duração do próprio inquérito. De forma que no ato de indiciamento dos investigados a autoridade policial tem o dever, se for o caso, de requerer ou o encerramento da prisão temporária ou sua conversão em prisão preventiva.

Ocorre que além dessa limitação a lei 7.960/89 trouxe o lapso temporal em que tal medida constritiva pode existir na relação tempo e espaço. O artigo 2º da referida lei assim salienta:

“Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.”

Promulgada em 1989 desde o início a lei 7960/89 teve por objetivo estabelecer como prazo máximo para a prisão temporária o prazo máximo de 10 (dez) dias, cinco prorrogável por mais cinco. Entretanto no ano seguinte a promulgação dessa lei, entrou em vigor a lei 8072/90 que dispunha acerca dos crimes hediondos.

Em seu artigo 2º, §4º a lei 8072/90 trouxe uma inovação quanto a prisão temporária, estabelecendo o prazo de 30 (trinta) dias prorrogável por igual período quando o crime investigado for classificado como hediondo.

Entretanto, quando contempla-se o Direito Penal como um todo, verifica-se que ao final da investigação criminal, há diversas circunstâncias do crime que podem inclusive retirar a hediondez do crime quando do seu julgamento. Com isso, novamente, parece precipitado, em que pese a existência de uma norma autorizadora, estabelecer um período tão vasto de uma prisão que só pode perdurar enquanto existir o inquérito policial.

A ofensa a uma das garantias mais essenciais do ser humano, qual seja, o direito à liberdade deve ser admitida somente em casos extremos e verificada a não existência de outras possibilidades de se evitar o dano social.

Nesse sentido, vale ressaltar que é inconcebível ao direito criminal brasileiro que um inquérito policial venha a subsistir por período superior à 30 (trinta) dias, seja qual for o crime apurado. Se é determinado pela Constituição Federal que a prestação de serviço público deve ocorrer de forma eficiente (art. 37, caput da CF/88), conceber que um lapso de tempo tão vasto para a apuração de um crime, é algo que tem se fugido e muito o ideal de eficiência estabelecido constitucionalmente. Inclusive as provas técnicas a serem produzidas durante o inquérito policial podem inclusive se perder no tempo e no espaço causando prejuízos incontáveis, incalculáveis à instrução criminal.

Portanto, se ao inquérito policial é algo temeroso o transcurso temporal de 30 (trinta) dias para o seu encerramento, como é possível admitir que uma prisão temporária, cuja existência é limitada a existência do próprio inquérito, venha a ter como tempo de vida um período que pode chegar até a 60 (sessenta) dias? Algo que indubitavelmente ofende e muito o juízo das garantias, sobretudo em detrimento do Direito à Liberdade.

Certo é que os crimes hediondos devem ser tratados com mais rigor, mas a rigorosidade deve se estender também a investigação criminal, que deveria dar uma atenção maior a tais crimes promovendo o indiciamento dos suspeitos de forma mais célere pra não correr o risco de perder elementos técnicos da apuração criminal.

Desse modo, o abismo existente entre o lapso temporal existente no que se refere a efetivação da prisão temporária na apuração de crimes comuns em comparação aos crimes hediondos é algo assustador e com foco no juízo das garantias deveria ser revisto pelo Poder Legislativo, a fim que se não se suprima garantias fundamentais do homem a premie uma péssima prestação dos serviços públicos.

De acordo com a proposta inicial deste desiderato, o controle exercido pelo juízo das garantias deverá verificar a existência da real necessidade de decretação das prisões cautelares, bem como, no tempo realmente necessário para que a prisão

temporária subsista. A revisão do tempo permitido para a prisão temporária quando da apuração de crimes hediondos é algo que urgentemente necessita ser revisto a fim de se evitar uma transformação em massa de potenciais criminosos em criminosos contumazes.

Outro fator prejudicial às Garantias Fundamentais no tocante a duração das prisões temporárias é a inobservância da regra previsto no art. 300 do referido código. Quanto maior for a duração das prisões cautelares, menor será o número de vagas dentro dos presídios, assim mais difícil será a separação de presos definitivos e provisórios.

Portanto, a revisão do período estabelecido pela lei 8072/90 e uma maleabilidade maior quanto do período da prisão temporária, quando da entrada em vigor do juízo das garantias, é algo extremamente necessário não em favor do criminoso e da impunidade, mas sim em favor das garantias fundamentais, da prestação de serviço público eficiente e de um sistema punitivo justo e adequado a uma sociedade que pleiteia ser de primeiro mundo.

5.2.3 - DA PRISÃO PREVENTIVA.

Há ainda outra modalidade de prisão no ordenamento jurídico pátrio que merece a atenção desta dissertação, a prisão preventiva, que apesar de não fazer parte de uma legislação esparsa, possui muito relevância quando se trata de violação dos Direitos Fundamentais. Prevista no art. 312 do CPP, esta prisão é atualmente correspondente há mais de 50% de todas as prisões existentes no Brasil atualmente.

O artigo 312 do Código e Processo Penal assim dispõe:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras

medidas cautelares (art. 282, § 4o). (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Justificar a decretação da prisão preventiva de qualquer indivíduo, seja como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a lei penal, deve ser algo feito com uma análise devidamente apurada da vida do indivíduo e dos elementos colhidos no inquérito policial sob pena de contrariar a verdade processual e os ditames de justiça e de legalidade estabelecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A garantia da ordem pública, a priori, deve ser protegida contra quem, de fato a perturba. Um indivíduo bem quisto na sociedade, que possui todas as condições pessoais favoráveis não deve pesar em seu desfavor as iras da garantia da ordem pública que era pra ser um requisito objetivo estabelecido em lei, mas acaba se tornando subjetivo ante as diversas interpretações dadas a lei.

Assim, ante a diversidade de criminosos existentes na sociedade, um indivíduo que não tem o crime por vida habitual que não põe em risco a paz social, possui família e filhos que são exemplos de cidadãos, não se enquadra em um perfil de indivíduo perigoso que perturba a ordem pública.

O estado de liberdade, como já explanado anteriormente é a grande regra para o direito, sua limitação deve ocorrer quando a prisão se apresentar como o único meio capaz de impedir que o criminoso habitual cometa novos delitos no meio social. Para um indivíduo pacífico, a prisão é uma espécie de pena que se mostra ineficaz, ante ao seu perfil social. Seria mais adequado submeter tal indivíduo a certas proibições cautelares como prevê o artigo 319 do CPP podendo tais medidas se aliarem até mesmo a um tratamento ambulatorial e psicológico que inclua tal cidadão a um convívio harmonioso e pacífico no meio social.

O artigo 312 do CPP, estabelece ainda, que poderá ser decretada a preventiva caso haja fundado receio de prejuízo a aplicação da lei penal, onde o estado de liberdade do investigado em processo criminal coloca em risco a eficácia da lei.

Quando se limita a liberdade de alguém, novamente ressalta, ser imprescindível a existência de elementos prévios que induzam a existência dos

requisitos legais. Diferente do ocorrido na prisão temporária, os requisitos da prisão preventiva não precisam ser cumulados para justificar a medida constritiva. A existência solitária de um dos requisitos é o suficiente para que tal medida seja aplicada.

Ocorre que qualquer forma de cerceamento de liberdade é medida extrema. Tomada como *a ultima ratio*, a medida final a se tomar. No caso da aplicação da lei penal, não se mostra como a ultima medida a se aplicar quando sequer são avaliadas ou testadas as medidas existentes no artigo 319 do CPP. Se um indivíduo dificulta a aplicação da lei, deve-se inicialmente pesar em desfavor do mesmo, medidas que tentem sanar tal prejuízo e, caso tais medidas se mostrem ineficazes ante a persistência do problema, aplica-se a medida constritiva de liberdade.

Por fim, outra característica das prisões cautelares é a existência das mesmas enquanto perdura o seu fato ensejador. Ou seja, é dever do magistrado, do órgão acusador, da polícia investigativa e do corpo de defesa, analisar durante todo o período de existência da medida constritiva de liberdade ainda persistem os motivos que a declinaram. Se tais motivos não possuem mais existência é dever de ambos os atores da instrução zelar pelo fim de tal medida, assim como normatiza o artigo 316 do CPP.

Portanto, quando se trata de Direito Penal Brasileiro, verifica-se que a constrição da liberdade na prática criminal se amolda ainda as supressões de Liberdade da Idade Média anteriores à Revolução Francesa e a Promulgação da Declaração Francesa de Direitos Humanos, de forma, que somente um juízo de garantias revisando a aplicação de medidas anti-liberdade pode garantir a aplicação absoluta dos Direitos Humanos no âmbito criminal.

Apesar de ser compreensivo que o Brasil ainda tenha dificuldades de compreender os Direitos Humanos como absolutos e inalienáveis, intransigíveis e intransponíveis, não é possível aceitar uma constrição de liberdade da forma como vem se operando no Direito Criminal Brasileiro.

Mesmo com a criação dos juízos da Garantias por meio da Lei 13.964/2019, há ainda, diversos julgados, decisões, jurisprudências e súmulas emanadas do Podre

judiciário que traduz uma experiência arcaica de operação do Direito Criminal e uma completa ausência de intimidade com a aplicação dos Direitos Humanos.

Isso ocorre, pois, apesar de não ser um país onde se aplica do *Common Law* (Direito Costumeiro), a jurisprudência tem papel significativo na operação do Direito Penal no território pátrio. Há ocasiões em que a jurisprudência, embora deva exercer uma função hermenêutica das leis, assume um papel de maior protagonismo do que a própria Lei a ser interpretada.

6 - A LEGALIDADE E A FUNÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.

No Ordenamento jurídico Pátrio, Lei e jurisprudência se relacionam de forma complementar, sendo que a primeira é a grande fonte formal direta da criação de direitos e obrigações e a segunda atua nas lacunas existentes nesses dispositivos legais que por muitas vezes não contemplam todos os fatos ocorridos na sociedade.

Para total compreensão desses efeitos, antes de tudo é necessário formar uma compreensão a respeito dos conceitos de lei e jurisprudência.

Tanto uma como outra são consideradas pela doutrina fontes do direito, ou seja, são elementos capazes de impulsionar a criação do direito e/ou de transformá-lo. Algumas espécies de fontes tem o condão de efetivamente criar as normas jurídicas, exemplo as fontes materiais e formais diretas, outras, por sua vez, influenciam na criação das normas, subsidiam informações capazes de justificar essa criação, Exemplo fontes históricas, materiais e formais indiretas.

De acordo com o entendimento doutrinário (Nader, São Paulo 2.013, pág 166) as fontes formais são os meios pelos quais as normas se expressam, ou seja, a através da lei no direito codificado e através dos costumes no direito costumeiro.

Com isso no ordenamento jurídico nacional que optou pelo direito codificado o único instrumento capaz de criar normas é a lei, sendo considerada essa uma fontes direta, já a jurisprudência exerce um papel de interpretação das leis e visam esclarecer os preceitos normativos, apresentar a intenção da lei; com isso, o pensamento jurisprudencial pode influenciar o legislador a criar uma lei mais

adequada a essa opinião, sendo, portanto a jurisprudência considerada uma fonte formal indireta do direito.

O autor descreve pontualmente a questão:

‘ Para os países que seguem a tradição romano-germânica, como o Brasil, a principal forma de expressão é o Direito escrito, que se manifesta por leis e códigos, enquanto que o costume figura como fonte complementar. A jurisprudência, que se forma pelo conjunto uniforme de decisões judiciais sobre determinada indagação jurídica, não constitui uma fonte formal, pois a sua função não é a de gerar normas jurídicas, apenas a de interpretar o Direito à luz dos casos concretos.’ [NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 35ª Edição, São Paulo, 2013, pág 166].

Apesar de o autor entender a jurisprudência não é uma fonte formal do direito, alguns autores a classificam como fonte indireta, já que, apesar não criar normas à mesma exerce papel fundamental de embasamento teórico ao lado da doutrina jurídica.

Portanto a partir daí cabe à diferenciação técnica dos dois institutos e a justificação dos entendimentos que os sustentam.

A Lei é um ato emanado do processo legislativo que visa mudar fatos jurídicos existentes, criar direitos e/ou alterar os já existentes. A jurisprudência, por sua vez, é um ato emanado do poder judiciário, que visa o esclarecimento da lei, sua interpretação.

No direito brasileiro, vigora o princípio da legalidade, o Estado Democrático de direito estabeleceu que somente a lei é capaz de conferir direitos e obrigações às pessoas.

Assim, esse princípio, previsto no inciso II do art. 5º¹² da Constituição,

¹² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [Em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/.htm. Acesso em 05 de maio de 2.014].

revela que, todas as relações presentes na sociedade brasileira devem ser regidas por lei (nesse sentido compreendida em seu sentido amplo).

Logo, pelo princípio da legalidade, a imposição de qualquer obrigação será feita através da lei, com isso a instituição de direitos por meios alheios a lei não pode contraditá-la. Assim, a jurisprudência não pode entrar em conflito com a lei para estabelecer uma garantia a alguém, exemplo: a jurisprudência não pode abolir um crime.

Quanto à jurisprudência, Paulo Nader discorre perfeitamente quanto a sua possibilidade de criar direitos:

‘Nos Estados que seguem a tradição romano-germânica, a cujo sistema vincula-se o Direito brasileiro, não obstante alguma divergência doutrinária prevalece o entendimento de que o papel da jurisprudência limita-se a revelar o Direito preexistente. No Estado moderno, estruturado na clássica divisão dos três poderes, o papel dos tribunais não poderá ir além da interpretação ou integração do Direito a ser aplicado. Se os juízes passassem a criar o Direito, haveria uma intromissão arbitrária na área de competência do Legislativo.’ [NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 35ª Edição, São Paulo, 2013, pág 202.]

Assim, a jurisprudência não possui força de criação de direitos, sua função limitação na interpretação e integração da lei, no Estado Democrático de Direito Codificado brasileiro, a jurisprudência não tem condão de criação de normas. Essa organização e estruturação de governo, conforme visto em tópicos anteriores desse desiderato, é uma das essências do pensamento iluminista, onde cada Poder atua dentro de suas obrigações sem interferir na atuação dos outros poderes, porém, fiscalizando-os.

Ocorre que além da interpretação e integração das leis, à jurisprudência pode ser atribuída a função de fiscalizar a aplicação da lei e a harmonia do ordenamento jurídico como um todo. Ante a existência de várias espécies de normas (Constitucional, Lei complementar federal, Lei ordinária federal, constituição estadual, Lei complementar estadual, Lei ordinária estadual, lei orgânica municipal, decretos, portarias e etc.) cabe a jurisprudência o exame do diapasão existente nesse vasto universo, sendo um ponto de equilíbrio entre esses atos normativos e apontando

soluções quando os mesmos se conflitam; partindo sempre da observância do princípio da hierarquia das normas.

Desse modo, o ordenamento jurídico é um campo harmônico de normas, de certo que a Constituição é a lei suprema, e todas as espécies de lei que se encontram abaixo dela devem estar em harmonia com o seu conteúdo. A jurisprudência, os princípios gerais do Direito, a doutrina jurídica e a analogia são os demais elementos que integram o ordenamento jurídico, sem possuírem a força coercitiva da lei, que dispõem de caráter complementar a Lei, auxiliando no preenchimento das lacunas deixadas pela correlação no espaço e tempo no acervo legal brasileiro.

Portanto, a partir de tal conceituação, percebe-se o relevante papel do juiz criminal que tem o dever de assegurar a todos que participam do processo com tratamento igualitário e mesmas oportunidades e direitos. Fica claro que o magistrado tem a função de julgar, de perceber o anseio social e aplicar a norma mais ajustável aquela situação conflituosa.

No que tange à iniciativa probatória, em regra cabe às partes a produção de provas, entretanto é conferido ao magistrado de forma supletiva e complementar determinar provas de ofício em favor das partes hipossuficientes. Se perceber que alguma das partes está indefesa, pode criar oportunidades dessa insuficiência ser sanada.

Entretanto, se o magistrado produz provas de ofício em desfavor de algumas das partes está exercendo a função deve justificar a hipossuficiência da mesma como razão para exceder em seus poderes sem comprometer sua imparcialidade. Se o juiz tiver dúvidas quanto a existência dos fatos narrados no processo tem que aplicar os Princípios que regem a dúvida, como, por exemplo, no Direito Penal o *in dubio pro reo*: eis que havendo dúvidas acerca do fato criminoso e . não havendo provas capazes de comprovar sua materialidade ou a sua autoria dever-se-á absolver o réu.

O juiz representado o Estado tem o dever e a obrigação de punir aquele que comete um delito penal, bem como a obrigação de zelar pela liberdade de um inocente, mas ao mesmo tempo se torna escravo da Lei, não pode o magistrado ou os tribunais criarem situações ainda não previstas em Lei, sobretudo no que tange a produção de provas que deve prima pela Igualdade de forças entre as partes.

Ao longo desta tese procurou-se destacar que toda espécie probatória autorizada judicialmente desde o inquérito policial, tais como as interceptações telefônicas, em que pese serem necessárias à apuração dos fatos, não pode, no momento da elaboração das mesmas violar os Direitos e Garantias Constitucionais estabelecidos no artigo 5º da Constituição Republicana.

A inconstitucionalidade formal da produção de provas no Direito Penal, sobretudo relativo às interceptações telefônicas é algo que vem sendo deixado em segundo plano pelo Poder Judiciário Brasileiro, as lacunas existentes estão sendo sanadas mediante influência até certo ponto cruel da famigerada 'opinião pública' observando um clamor, não social, mas midiático de impunidade. A jurisprudência embora tenha o dever de suprimir as carências legais, de ve fazer isso em caráter temporário e condizente com todos os conceitos e princípios absorvidos pelo ordenamento jurídico pátrio.

A longo prazo, é dever do Legislativo, conhecer esses entendimentos, estudá-los e transformá-los em normas que traduzem a vontade social, que salvaguarda os direitos humanos e se adequem ao tempo presente. A função do Legislador é exprimir a vontade da sociedade nos atos normativos. Já a função do julgador é formar sua convicção de acordo com a realidade enaltecida pelas provas processuais. São funções diversas e que não podem ser confundidas.

Enquanto o dever do legislador é perceber as deficiências sociais e proteger os hipossuficientes sem deixar de aplicar os Direitos Humanos. O julgador pode se aliar a opinião pública e nos limites da lei julgar os fatos que se chocam com o ordenamento jurídico.

Porém, uma decisão, um entendimento emanado do Poder Judiciário jamais pode ter o condão de regulamentar fatos sociais, mas sim resolvê-los e no Brasil ante a falta de atualização das normas, a jurisprudência acaba assumindo um papel muito maior do que lhe é cabível, por vezes assumindo obrigações do Poder Legislativo. Tais acontecimentos, embora necessários para a organização social, são uma completa afronta a essência dos Direitos e Garantias fundamentais.

Analisando de uma forma simplória a raiz do pensamento iluminista nos insere num modelo social onde o legislador regula, regulamenta os fatos sociais criando os fatos jurídicos; já o julgador tem o dever de consultar as normas produzidas pelo Legislativo e resolver os conflitos sociais. Sendo essa a essência do Princípio da Legalidade e todas as demais regras de direitos humanos passam por uma

observância imperiosa dessas funções estruturais de cada Poder. Não havendo essa organização, não há como se falar em eficácia dos Direitos Humanos.

Em razão dos clamores sociais, sobretudo a opinião pública, os Direitos e Garantias Fundamentais são esquecidos em meio ao vasto universo jurídico, trazendo ao direito Brasileiro uma sensação de saciedade da justiça, falsamente impregnada e embasada em violação de Direitos Humanos. Desde o inquérito policial, até a conclusão da Ação Penal, as Garantias Fundamentais são massacradas de forma veemente pelo fato de cada Poder não assumir a sua responsabilidade e não cumprir o seu papel.

7- CONCLUSÃO

Ocorre que conforme exaustivamente exposto nessa tese, nem sempre os Direitos e Garantias Fundamentais serão respeitados pelo judiciário. Lei e jurisprudência são complementos em um ordenamento jurídico que possui um reitor de plano de fundo que são os Princípios Gerais de Direito, que devem ser observados pelos magistrados na aplicação da lei.

Assim, diante da essencialidade direito penal, mister se faz uma readequação do Poder Judiciário às normas Constitucionais Vigentes e uma distinção da verdadeira intenção social e do clamor midiático, o primeiro em muito interessa ao direito e o segundo não pode influenciar a aplicação das normas jurídicas se não representarem fielmente essa vontade social.

Por fim, diante de todas os vícios que insistem em permanecer nas investigações criminais em todo o território brasileiro aqui discutidos, há que se ponderar que a jurisprudência deve ser mais atenta a violação das Garantias Fundamentais que não foram criados por acaso, mas sim, uma conquista histórica desbravada durante os séculos e que culminou nas grandes revoluções sociais, tais como, o Pensamento Iluminista, a Revolução Francesa, Revolução Americana, 1ª e 2ª Guerra Mundial até se chegar ao modelo de Direitos e Garantias Fundamentais adotados nos dias atuais. Sufragar tais garantias é assassinar toda essa história, todo um caminho traçado pelos grandes acontecimentos e retroceder ao tempo inquisitivo, sob um falso argumento de impunidade e de combate a criminalidade que só pode realmente acontecer com a aplicação das garantias mínimas do indivíduo e da sociedade.

O Estado tem o dever de garantir o Devido Processo legal e, como sujeito garantidor de direitos e deveres do Homem, cabe ao mesmo promover uma aplicação eficaz de todos os Princípios regentes do direito, classificados erroneamente como fonte subsidiária no ordenamento jurídico brasileiro, exterminando o abismo existente entre leis ordinárias, Constituição e jurisprudência.

Desse modo, é latente a necessidade de se aprimorar o juízo das Garantias para se garantir a efetividade dos direitos humanos, sobretudo na esfera penal a ser destinado a todos e aplicado de forma igualitária, como forma de proteger um dos direitos tido como mais importantes pela Constituição Republicana a Dignidade da Pessoa Humana.

Se o fato de ser investigado em um processo criminal me tornar um ser humano indigno, para que subsistir outra punição a não ser essa? Portanto, ao investigado deve ser dado tratamento como tal, onde não sendo ele condenado em definitivo, não pode receber qualquer forma de punição antecipada ou rejeição social, pois uma vez rejeitado por esta sociedade caberá a ele destruí-la como instinto natural de sobrevivência, aumentando assim, ainda mais os índices de criminalidade no país.

Nesse viés entende-se que ao condenado é dada a possibilidade de ressocialização, que ainda que precária no Brasil é um grande objetivo a ser alcançado. Entretanto, ao investigado e ao réu no processo criminal a única coisa oferecida até então é a rejeição social, sem que haja qualquer preparação psíquica capaz de fornecer uma tranquilidade ao investigado para promover sua autodefesa, gerando o maior carma que se pode afetar um meio social, o carma da injustiça.

No intuito de se promover a justiça é justificável ao menos a disposição do dinheiro público para algo que realmente seja proveitoso à sociedade, a criação de um ambiente de convívio minimamente harmônico que possa gerar a segurança de que os crimes serão apurados, mas serão apurados de forma correta e as penas serão aplicada da forma mais eficaz visando e garantindo a, até então utópica, ressocialização do indivíduo infrator.

Liberdade e Dignidade é algo que está enraigado na própria definição da natureza do Ser Humano, justificar um punitivismo em prol da segregação de Direitos Humanos é um retrocesso que vai além do nosso tempo é desprezar as milhões de pessoas mortas em todas as guerras que assorearam o mundo, nosso legisladores e

juízes precisam sempre estarem atentos para que um momento político e/ou social destrua toda a história de humanidade constituída.

Nesse sentido, conclui-se afirmando que os Direitos Humanos, cuja a aplicação absoluta ainda é novidade no Brasil, só serão plenamente observados com a aprimoração do juízo das garantias, a criação de toda uma estrutura do judiciário apartada responsável pela apuração da aplicação dos Direitos Humanos em cada ato do judiciário. Uma estrutura fiscalizadora que ponha fim a todos os vícios existentes na aplicação da lei como um todo, sobretudo na Lei Penal, tendo a DUDH, em nosso ordenamento vivificado pelo Pacto de São José de Costa Rica como sua grande Constituição.

Assim, essa estrutura judiciária apartada, exerceria o controle das garantias em todo o ordenamento jurídico pátrio e teria a capacidade e autonomia de desfazer todos os atos, de qualquer dos poderes que violassem os Direitos Humanos, dando a esses uma total aplicação, observância e devido respeito no Cenário Nacional. Além de se garantir que após a quebra de sigilo telefônico, prisão temporária e preventiva, se garanta a aplicação dos princípios manifestados neste trabalho, em especial, o da ampla defesa e contraditório.

8 - REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e sua Investigação Criminal**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006.

BRASIL, **Constituição (1988)** Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil nº 191-A, Brasília, 1988. Disponível <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de janeiro de 2011.

CAPEZ, Fernando, **Curso de Processo Penal**, 13ª Edição, Editora Saraiva, 2007,

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **Investigação Criminal pelo Ministério Público**. Boletim dos Procuradores da República, São Paulo, v. 1, n. 11, p. 3-5, mar. 2009.

Codice Di Procedura Penale, disponível em: <http://www.leggeonline.info>, acesso em 18 de maio de 2014.

Código Procesal Penal De La Nación Argentina, Disponível em: www.infoleg.gov.ar acesso em 13 de maio de 2014.

Código De Processo Penal Militar, Disponível em www.senado.gov.br acesso 13 de maio de 2014.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial**, 2ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007. Disponível em www.stf.jus.br, acesso 13 de maio de 2014

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Investigação criminal e Ministério Público**. Jus Navegandi, Teresina, ano 8, n. 450, 30 setembro 2004. Disponível em www.ju2.uol.com.br acesso em 15 de maio de 2014

FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila. **O Ministério Público e a Polícia Judiciária: Controle Externo da Atividade Policial**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Controle externo da Atividade Policial pelo Ministério Público**. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

INTERNET :www.stf.jus.br
www.stj.jus.br
<http://jus.com.br/revista/texto/5995/a-constitucionalidade-procedimental-do-inquerito-policial-e-seu-controle-pelo-ministerio-publico/2#ixzz1pTkTvUpv>

HENDLER, Edmundo. **Sistemas Procesales Penales Comparados: Los Sistemas Nacionales Europeos. Temas Procesales Comparados**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

JARDIM, Afrânio Silva. **O Ministério Público e o Controle Externo da Atividade Policial**. Livros de Estudos Jurídicos, Rio de Janeiro: IEJ, n. 5, p. 137-150, 1992.

NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 35ª Edição, São Paulo, 2013.

LEI 10001/2000 Disponível em www.senado.gov.br

LEI 7347/1985 Disponível em www.senado.gov.br

MARQUES, José Frederico. **Elementos do Direito processual penal**. 2 ed. Campinas: Millennium, 2003, v.1.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 2. ed. rev. amp. E atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Código de Processo Penal Interpretado**, 13ª Edição, Editora Atlas, ano 2007.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STF – 1ªT. – HC nº 69.372/SP – rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 7 maio 1993, p. 8.328. Disponível em www.stf.jus.br acesso

STF – RE 233072-4/RJ – RHC 81326/DF Disponível em www.stf.jus.br

STJ - Recurso Ordinário Em Habeas Corpus: Rhc 11670 Rs 2001/0094038-0 Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>

TÁVORA Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues, **Curso de Direito Processual Penal** 6ª Edição Editora Juspodivm

TOURINHO, Filho, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. V.1. **Código Processual Penal**, Disponível em www.senado.gov.br, acesso em 13 de maio de 2014

ZANETI JR, Hermes e GARCIA, Leonardo de Medeiros, **Direitos Difusos e Coletivos** Editora Juspodivm, ano 2011.