

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ

JONATHAN BARROS VITA

HELENA COLODETTI GONÇALVES SILVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Anna Candida da Cunha Ferraz, Jonathan Barros Vita, Helena Colodetti
Gonçalves Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-115-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias
Fundamentais. 3. Realismo jurídico. I. Congresso Nacional do CONPEDI -
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O XXI Congresso Nacional do CONPEDI Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito foi realizado em Minas Gerais entre os dias 11 a 14 de novembro de 2015 e teve como temática geral: Direito e política: da vulnerabilidade à sustentabilidade.

Este encontro manteve a tradição do CONPEDI em produzir uma reflexão crítica a respeito das pesquisas científicas desenvolvidas nos mais variados programas de pós-graduação, cujo fórum por excelência no evento são os grupos de trabalho.

Contextualmente, o grupo de trabalho cujo livro cabe prefaciar aqui é o de tema Direitos e Garantias Fundamentais II, que reuniu trabalhos de grande qualidade e exposições efetivamente instigantes a respeito das mais variadas matizes do tema geral.

Para organizar o fluxo de informações trazidas por estes artigos, quatro grandes eixos temáticos foram traçados para subdividir tal obra:

Direitos das minorias;

Liberdade de expressão e informação;

Dogmática jurídica, processo e judiciário; e

Políticas públicas e governamentais e direitos reflexos.

O primeiro destes eixos, compreende os artigos de 2, 5, 8, 13, 22, 23, 25, 26 e 27 da coletânea e demonstra como o empoderamento das minorias é um dos temas jurídicos da contemporaneidade.

O segundo destes eixos, compreende os artigos de 4, 7, 12, 14, 18, 20, 24, 30 da coletânea e lida com plataformas teóricas distintas para dar acesso a duas liberdades fundamentais e completamente imbrincadas entre si, o acesso à informação e a liberdade de expressão.

O terceiro destes eixos, compreende os artigos de 1, 9, 16, 17, 19, 21 e 28 da coletânea e está ligado à dogmática jurídica e a temas vinculados ao judiciário, incluindo o processo, temas estes que garantem a forma de acesso coercitivo aos direitos fundamentais.

O quarto e último destes eixos, compreende os artigos 3, 6, 10, 11, 15 e 29 da coletânea e dialoga, em vários níveis, com as possíveis ações governamentais, do ponto de vista atuativo ou regulatório (especialmente no campo do direito do trabalho) para garantir as ações públicas de preservação de direitos e garantias fundamentais.

Obviamente, estas notas sintéticas aos artigos selecionados para publicação neste grupo de trabalho não conseguem demonstrar a complexidade dos mesmos, nem do ponto de vista de variadas abordagens metodológicas utilizadas ou, mesmo, da profundidade de pesquisa.

Esses artigos, portanto, são a concretização do grau de interesse no tema desta obra e demonstra quão instigante e multifacetadas podem ser as abordagens dos direitos e garantias fundamentais.

Conclusivamente, ressalta-se que é um prazer organizar e apresentar esta obra que, sem dúvida, já colabora para o estímulo e divulgação de novas pesquisas no Brasil, função tão bem exercida pelo CONPEDI e seus realizadores, parceiros e patrocinadores que permitiram o sucesso do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2015

Organizadores:

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita UNIMAR

Profa. Dra. Helena Colodetti Gonçalves Silveira FUMEC

A INVIOLABILIDADE DO SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA - ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY
THE INVIOLABILITY OF PRIVACY OF CORRESPONDENCE - AN ANALYSIS BASED ON ROBERT ALEXY'S THEORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Jorge Alberto de Andrade

Resumo

Este trabalho almeja analisar a inviolabilidade de correspondência e confrontar tal norma constitucional com as decisões proferidas até o momento pelo Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. Para tanto utiliza o método indutivo, a partir da distinção entre regras e princípios formulada por Robert Alexy e examina as decisões emanadas. Estuda a correção ou não das decisões proferidas. Traz à tona a não recepção dos textos legais infraconstitucionais que abordam o assunto. Conclui que a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao assunto se apropria da vaguidade das palavras para deixar de aplicar a regra constitucional que a inviolabilidade de correspondência é, desrespeitando o texto constitucional e gerando insegurança jurídica.

Palavras-chave: Sigilo de correspondência, Regras, Princípios, Direitos fundamentais, Inviolabilidade

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to analyse the inviolability of correspondence and match such constitutional rule with court decisions on this matter given by the Supreme Court of Justice in Brazil until the present moment. Hence, based on Robert Alexys distinction between rules and principles, inductive method has been used to examine decisions rendered. It has looked thoroughly into whether these decisions are or not correct. It has brought about the rejection of legal infra-constitutional text in this respect. In conclusion, it points out that the interpretation given by the Supreme Court of Justice profits from the vagueness of words to exempt itself from applying the constitutional rule of which the inviolability consists, disrespecting the constitutional text and resulting in law doubtfulness.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Privacy of correspondence, Rules, Principles, Fundamental rights, Inviolability

Introdução

Este trabalho pretende abordar a inviolabilidade do sigilo de correspondência segundo a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy e analisar as decisões proferidas sobre o assunto pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Existem decisões contraditórias deste tribunal, umas entendendo que a proteção do sigilo está estabelecida na forma de princípio e, portanto, é sopesável frente a outro princípio; outra, entendendo que se trata de proteção na forma de regra e, por isso, afasta a possibilidade de ponderação.

O estudo da teoria dos direitos fundamentais de Alexy pode fornecer um caminho para superar a contradição.

Quatro são as decisões que abordam especificamente o tema, mas uma quarta decisão será objeto da análise somente para representar a visão que tem o Supremo Tribunal Federal sobre a questão da ponderação.

A hipótese inicial é de que todas as correspondências são invioláveis. No entanto, o incorreto entendimento e aplicação da teoria de Robert Alexy permite que resultado diverso seja alcançado.

1 Sigilo de correspondência na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 estabelece no artigo 5º, inciso XII que “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. O sigilo da correspondência previsto na norma citada decorre da proteção da intimidade assegurado constitucionalmente no artigo 5º, X da Constituição. A proteção da intimidade visa preservar o

indivíduo da ação expansiva do arbítrio estatal ou mesmo de terceiros. É uma esfera em que é vedado o acesso do poder público.

Para Pinto Ferreira (1989, p. 83) correspondência é toda comunicação escrita e verbal, através do espaço, por cartas, telegramas, telefone, radiotelefonia e radiotelegrafia. Já Celso Ribeiro Bastos (2004, p. 82) entende por correspondência toda forma de cartas e postais. No âmbito deste trabalho importa tão somente o âmbito das cartas ou correspondências epistolares.

Tratando da inviolabilidade de correspondência Pinto Ferreira diz “que a carta é uma forma reservada e privada de correspondência, que deve ficar alheia ao conhecimento de terceiros, estranha à curiosidade de outros, a menos que os interessados a queiram divulgar.” (1989, p. 85).

No âmbito deste artigo a abordagem ocorrerá sobre o sigilo de correspondência neste último sentido, com foco especial na limitação da atividade do Estado em face da reserva íntima do cidadão.

2 Análise do sigilo de correspondência a partir da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy

Robert Alexy construiu sua teoria dos direitos fundamentais com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no Constitucionalismo alemão.

Ao questionar o que são normas de direitos fundamentais, Alexy (2011, p. 65) entende ser conveniente a utilização do critério formal relativo a forma de positivação das normas, posto que nem todos os enunciados presentes no texto da Constituição são normas de direitos fundamentais. Via de consequência, os preceitos que tratam de direitos fundamentais e que estejam positivados na Constituição serão considerados como direitos fundamentais.

Para os fins deste estudo serão considerados, sem caráter exaustivo, como direitos fundamentais aqueles constantes nos artigos 1º e 5º da Constituição Federal de 1988. Assim, o direito ao sigilo das cartas é um direito fundamental.

Robert Alexy (2011, p. 90) analisa a estrutura das normas de direitos fundamentais e as diferencia em princípios e regras, pois existe uma diferença qualitativa entre elas. Toda norma é um princípio ou regra. Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (ALEXY, 2011, p. 90). Já as regras são determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, se vale, deve se fazer aquilo que ela exige (ALEXY, 2011, p. 90). Podem ser caracterizadas como normas que têm como estrutura uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica, prevendo um direito ou uma obrigação definitiva (SOUZA, 2011, p. 17).

Robert Alexy (2011, p. 121), após enunciar os modelos pensados para inserir os Direitos Fundamentais em uma ordem constitucional, quais sejam, o modelo puro de princípios, o modelo puro de regras ou o modelo combinado (ou misto), posiciona-se no sentido de que o último é mais adequado para um sistema de Direito legislado e de normas preponderantemente advinda do Poder Legislativo (o que é o caso brasileiro, como é sabido).

Este último modelo está, segundo o autor, dividido em dois níveis de normatividade, o nível dos princípios e o nível das regras. Há de se concordar com Alexy de que essa é a melhor forma de inserir no ordenamento jurídico a disciplina dos Direitos Fundamentais – e esse foi o modelo adotado no ordenamento brasileiro – uma vez que, em algumas situações, o legislador constitucional retira a possibilidade de ponderação no momento da aplicação ao caso concreto porque já efetuou a devida ponderação e terminou por assegurar a um determinado Direito Fundamental, ou a parcela ou a aspecto dele, uma garantia maior do que aquela que a previsão no nível dos princípios garantiria. Nessas condições, mesmo que se admita que os Direitos Fundamentais possuam o núcleo determinado pela ponderação, esta também pode ser exercitada pelo legislador constitucional no momento mesmo do processo constituinte, o que retira do aplicador do direito uma nova ponderação. Na feliz expressão de Alexy: “a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte”. (ALEXY, 2011, p. 140).

A ausência de percepção de que esse é o modelo adotado no Brasil e uma leitura

apressada da obra de Alexy tem determinado dois equívocos que são recorrentes na aplicação dos direitos fundamentais: a afirmação de que não há direitos fundamentais absolutos, considerando que toda a aplicação de Direitos Fundamentais no momento da concretização se dá por intermédio da ponderação; e que no conflito entre regras e princípios há preponderância destes sobre aquelas.

É possível afirmar-se, com base na lição de Norberto Bobbio (1992, p. 15-25), que não há qualquer Direito Fundamental que seja absoluto no sentido de que, sendo eles construção (conquista) histórica, são mutáveis no espaço e no tempo. Pode ocorrer que certo contexto histórico determine a inclusão de limitação na atuação do Estado (negativo) ou de uma obrigação prestacional (positivo) e que as circunstâncias do tempo e do processo da própria caminhada histórica modifique o contexto e, com isso, venha a desaparecer a necessidade da limitação ou a obrigação perder o sentido ou, ainda, que a limitação deva se dar de outra forma. De outro lado, também pode ocorrer que determinada circunstância faça surgir a necessidade de enunciar e assegurar nova situação configuradora de Direito Fundamental que até então não tenha surgido ou não tenha sido percebida como tal. Estas duas hipóteses infirmam a possibilidade de encontrar caráter absoluto nos Direitos Fundamentais, mas servem para demonstrar a impossibilidade de serem entendidos como de ordem natural (afastam qualquer forma de jusnaturalismo).

Outra coisa, no entanto, é falar-se na inexistência de Direito Fundamental absoluto, sustentando que todos são relativos, e fundamentar a pretensão de colocá-los todos em grau de ponderação. Nesse sentido, que importa para o que se está argumentando, é possível dizer-se, e demonstrar-se com as afirmações e os exemplos acima referidos, que para o momento de vigência da ordem constitucional eles são absolutos, na medida em que não se submetem, e não podem se submeter, a qualquer forma de limitação que não a estabelecida em norma Constitucional, ou determinada ou autorizada por norma constitucional. Observe-se que absoluto aqui está em contraponto com relativo e não com provisório.

A confusão decorrente das circunstâncias acima é fator de agravamento da crise de efetividade dos Direitos Fundamentais, na medida em que constitui forma de flexibilização de direitos que o legislador constitucional pretendeu colocar a salvo de qualquer ponderação por parte do aplicador e o estabeleceu como regra, afastando qualquer limitação.

Sobre o (aparente) conflito entre regra e princípio Robert Alexy afirma textualmente, e justifica, que a primazia é sempre das regras. Sobre este ponto, é importante colacionar-se o que foi dito pelo próprio autor:

A exigência de se levar a sério as determinações estabelecidas pelas disposições de direitos fundamentais, isto é, de levar a sério o texto constitucional, é uma parte do postulado da vinculação à Constituição. E apenas uma parte desse postulado, porque, dentre outras razões, tanto as regras estabelecidas pelas disposições constitucionais quanto os princípios também por ela estabelecidos são normas constitucionais. Isso traz à tona a questão da hierarquia entre os dois níveis. A resposta a essa pergunta somente pode sustentar que, do ponto de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia do nível das regras. Ainda que o nível dos princípios também seja o resultado de um ato de positivação, ou seja, de uma decisão, a decisão a favor de princípios passíveis de entrar em colisão deixa muitas questões em aberto, pois um grupo de princípios pode acomodar as mais variadas decisões sobre a relação de preferência e é, por isso, compatível com regras muito distintas. (ALEXY, 2011, p. 140).

Mais adiante, reforça a ideia afirmando:

Assim, quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de princípios. Mas a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do Legislador Constituinte. É por isso que determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios. (ALEXY, 2011, p. 140).

Considerando a lição de Robert Alexy, se pode dizer que, diferente do que se tem dito, as normas desempenham um papel fundamental em um direito legislado, como o brasileiro, e que para levar a sério a Constituição, deve-se atentar sempre para a ponderação de determinados valores feitas pelo legislador constitucional e respeitar as regras limitadoras do Estado estabelecidas na Constituição. Deve-se, ainda, atentar para a primazia das regras de Direitos Fundamentais sobre quaisquer Normas na modalidade de Princípios, pois aquelas estão a salvo de ponderação, salvo no caso de ampliação de Garantia e, por consequência, de

limitação do Estado.

Segue-se na análise das decisões do Supremo Tribunal Federal tendo como pano de fundo os ensinamentos acima.

3 Entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação a inviolabilidade de correspondência

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal ao analisar o sigilo de correspondência, no caso de uma carta enviada por um preso, em 1994, decidiu que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. Este entendimento foi seguido posteriormente no Recurso em Habeas Corpus n. 115.983 que acrescentou que a inviolabilidade das comunicações não é absoluto e pode ceder em situações excepcionais ante o interesse público.

Cabe tecer observação quanto ao caráter absoluto dos direitos fundamentais segundo o Supremo Tribunal Federal. Na percepção desta corte, inexistem direito e garantias de caráter absoluto, pois razões de relevante interesse público, excepcionalmente, legitimam a adoção de medidas restritivas das liberdades públicas, desde que respeitados os ditames constitucionais (BRASIL, MS 23.452, p. 20). Sendo que cabe ao Poder Judiciário com cautela e prudência determinar a ruptura da esfera de privacidade individual. (BRASIL, Pet (QO) 577).

Para arrematar, o ministro prolator dos votos condutores anteriormente citados decidiu ser cabível fazer uso do juízo de ponderação e de valoração:

Ainda que sem conotação de regra absoluta, e especialmente à vista da situação registrada na espécie destes autos - em que o direito individual à preservação do sigilo opõe-se a um bem jurídico de valor coletivo (a primazia do interesse público subjacente à investigação penal, à persecução criminal e à repressão aos delitos em geral) – torna-se relevante admitir, no que concerne à superação do conflito entre direitos fundamentais, a adoção

de critério que, fundado em juízo de ponderação e de valoração [...] faça prevalecer em face das circunstâncias concretas, o direito vocacionado à plena elucidação da verdade real e da pesquisa referente aos fatos qualificados pela nota da ilicitude penal. (BRASIL, Inq 830, p. 454-455).

A posição mencionada pode ser resumida assim: cabe ponderação e valoração desde que utilizada com cautela e prudência, servindo como instrumento de salvaguarda contra práticas ilícitas pois o direito ao sigilo de correspondência não é absoluto e pode ceder ante o interesse público.

As palavras “interesse público, cautela e prudência” utilizadas para lastrear as decisões são valorações e possibilitam que mediante argumentação adequada caiba qualquer entendimento sobre elas, seja a favor ou contra o sigilo de correspondência. A vaguidade das palavras permite a prolação de entendimentos diferentes com base em situações iguais, gerando insegurança e desrespeito ao texto constitucional. As variáveis axiológicas “permitem que o juiz junte à sua carga emotiva as propriedades que considera importante destacar como relevantes para o caso, e mudar assim a linha de soluções.” (WARAT, 1994, p. 37)

Diante do conflito entre liberdades individuais e interesse público o Supremo Tribunal Federal entende por bem ponderar os valores em jogo ao decidir. Neste ponto é necessário retornar a Robert Alexy para compreender o que entende por ponderação, que é compreendida como sopesamento. Para o autor:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. (ALEXY, 2011, p. 116-117)

A proporcionalidade se divide em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento). Algo é adequado ao ser apto para alcançar um resultado pretendido. Já a necessidade exige que seja escolhido entre dois meios adequados, aquele que intervenha de modo menos intenso (ALEXY, 2011, p. 590). A máxima da proporcionalidade:

ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. (ALEXY, 2011, p. 117)

Para aplicar a proporcionalidade deve ser seguida a ordem colocada, noutras palavras, verifica-se a adequação, logo após a necessidade e finaliza-se com o sopesamento. A adequação e a necessidade decorrem das possibilidades fáticas, já o sopesamento, das jurídicas.

A explicação foi necessária pois verifica-se que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Inquérito 830 demonstra ter sido aplicado implicitamente o pensamento de Robert Alexy, sem terem sido observados os ditames para aplicação do seu pensamento. Foram deixadas de lado as máximas da adequação e da proporcionalidade e aplicou-se diretamente o sopesamento.

No entanto, existe decisão divergente do mesmo tribunal albergando de forma mais abrangente o sigilo de correspondência e excepcionando-o apenas na hipótese em que a segurança da própria sociedade esteja em risco:

Consubstancia garantia constitucional a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas. O óbice ao conhecimento do conteúdo dos postados é absoluto, valendo notar que somente quanto às comunicações telefônicas abriu-se exceção, limitada, de resto, às hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal, mesmo assim aludindo-se à necessidade da existência de ordem judicial. Em síntese, a cláusula final do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal não alcança o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, estando restrita às comunicações telefônicas. O preceito beneficia, a teor do disposto no artigo 5º, não só os brasileiros, como também os estrangeiros residentes no País, ainda que estes últimos tenham, contra si, pedido de extradição em curso. O que se tem na espécie é o impedimento constitucional à quebra do sigilo requerida pela Polícia Federal, apenas permitida uma vez verificado o estado de sítio ou o de defesa (artigo 136, § 1º, inciso I, alínea "b" da

Esta decisão deixa claro que o sigilo de correspondência foi entendido como regra e não foi excepcionado.

4 Crítica das decisões do Supremo Tribunal Federal

Diante deste cenário de decisões conflitantes questiona-se qual é o entendimento cabível sobre o sigilo de correspondência previsto na Constituição de 1988. Ele é um princípio e deve ser sopesado com os princípios que entram em confronto ou é uma regra que há de ser aplicada pois prevê uma obrigação definitiva? R.G. Collingwood soluciona a questão ao afirmar que “só se pode compreender um texto quando se compreendeu a pergunta para qual ele é a resposta” (*apud* GADAMER, 2013, p. 483).

Desta feita, questiona-se se o sigilo de correspondência abrange a informação contida na correspondência ou o processo de transmissão dessa correspondência entre o remetente e o destinatário? É algo absoluto? Qual é a situação jurídica de eventual legislação que o contrarie?

A resposta ao primeiro questionamento é dada pelo artigo 5º da Lei n. 6.538/1978 e pelo artigo 151 do Código Penal, ou seja, na hipótese de alguém intervir e violar correspondência está tipificada conduta penal, assim está protegido o processo de transmissão da mensagem. Já o conteúdo da correspondência é indevassável, embora Tércio Sampaio Ferraz Junior (1992, p. 141-154) divirja ao compreender que é no âmbito da intimidade que alguém reserva algo para si, sendo que ao conviver e se corresponder abre mão da sua intimidade e permite que o conteúdo da mensagem seja acessado.

Outra dúvida se dá sobre o caráter absoluto ou relativo do sigilo de correspondência. Aqui há de ser lembrada a previsão constante no artigo 136, § 1º, inciso I, letra b) da Constituição Federal de 1988. O sigilo de correspondência só pode ser restringido no caso de

decretação do estado de defesa. Não tendo sido ele decretado desde a promulgação da Constituição, inexistente hipótese para restringir o sigilo de correspondência. Aproveitando a análise do artigo em comento cumpre lembrar que o direito a inviolabilidade das cartas não se constitui em direito absoluto, no entanto, sua restrição só pode ocorrer quando declarado o estado de defesa.

Merece menção a recepção ou não das hipóteses de quebra de sigilo de correspondência existentes na legislação nacional. A primeira exceção consta no artigo 240, § 1º, letra f) do Código de Processo Penal que permite a apreensão de cartas abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato no caso da busca e apreensão. O Ministro Ricardo Lewandowski do Supremo Tribunal Federal abordou a exceção comentado assim:

a jurisprudência desta Corte consagrou o entendimento de que o princípio constitucional da inviolabilidade das comunicações não é absoluto, podendo o interesse público, em situações excepcionais, sobrepor-se aos direitos individuais para evitar que os direitos e garantias fundamentais sejam utilizados para resguardar condutas criminosas. (BRASIL, RHC 115.983, p. 1)

Existe outra exceção prevista no artigo 41, parágrafo único da Lei n. 7.210/84, conhecida como Lei de Execução Penal. Este dispositivo permite suspender ou restringir o contato do preso com o mundo exterior por meio de correspondência escrita mediante ato motivado do diretor do estabelecimento penal. Vale a pena mencionar o que já decidiu o STF sobre este assunto:

“Razões de segurança pública, de disciplina penitenciária ou de preservação da ordem jurídica poderão justificar, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. (BRASIL, HC 70.814, p. 1)

As razões elencadas pelos decisores não se encontram na exceção ao sigilo de

correspondência existente na Constituição Federal. Nota-se que foi passado ao largo do texto constitucional para fundamentar as decisões mediante variáveis axiológicas, tais como, segurança jurídica, disciplina penitenciária, preservação da ordem jurídica e interesse público.

Acaso o sigilo de correspondência fosse levado a seus ulteriores termos e considerado como regra que deve ser seguida de forma incontinente, as decisões teriam verificado a validade das normas infraconstitucionais e se elas foram ou não recepcionadas pela Carta de 1.988. Esclarecem Araujo e Nunes Junior (2013, p. 51) sobre o tema:

ocorre um processo de ressignificação do direito infraconstitucional compatível com a nova Constituição. É que, com a alteração das normas inaugurais do sistema, todas as leis vigentes e que permaneceram compatíveis com o texto atual vêm a ter novo fundamento de validade, que condicionam a sua interpretação e o seu significado a novos parâmetros.

Via de consequência as exceções legais ao sigilo de correspondência não foram recepcionadas pela Constituição Federal. Inclusive há precedente do STF que ser aplicado ao caso:

A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. (BRASIL, ADI 2, p. 1)

É possível afirmar que a regra é imperativa e não permitiu ao legislador infraconstitucional ou ao Juiz a possibilidade de traçar regras ou permitir a violação da correspondência (PITOMBO, 2005, p. 256). Assim, há de ser aplicada sem exceções ou fins pragmáticos.

Considerações finais

O objetivo do presente trabalho foi analisar de analisar a partir da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy como ela foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o sigilo de correspondência.

Com exceção de um julgado, os demais optaram por considerar o sigilo de correspondência como princípio optando por ponderá-lo diante do interesse público. No entanto, deixou de observar a regra da proporcionalidade criada por Alexy, que exige o exame prévio da adequação, necessidade e sopesamento. Os três casos analisados sopesaram princípios sem observar as etapas anteriores e se utilizaram de variáveis axiológicas para fundamentar. Passaram ao largo, também, da validade das hipóteses legais que permitem a quebra do sigilo de correspondência e não foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988.

Ocorre que o confronto do sigilo de correspondência com a teoria abordada de Robert Alexy demonstra que tal sigilo de reveste de caráter de regra e não de princípio, na medida em que fornece uma razão definitiva para um dever-ser. Cabe lembrar que no confronto entre regras e princípios aquelas prevalecem.

O sigilo de correspondência é um direito fundamental e enquanto tal há de ser levado a sério e cumprido de acordo com a determinação constitucional pelos tribunais brasileiros de forma coerente respeitando a regra que é.

A hipótese lançada foi parcialmente confirmada eis que o artigo 136, § 1º, inciso I, letra b) da Constituição Federal de 1988 prevê a única exceção existente à inviolabilidade do sigilo de correspondência.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros, 2011.

ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo : Editora Verbatim, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil** : promulgada em 5 de outubro de 1988, 2. volume : arts. 5 a 17. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 16/07/2015.

BRASIL. Lei n. 6.538, de 22 de junho de 1978. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6538.htm>. Acesso em 16/07/2015.

BRASIL, Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210compilado.htm>. Acesso em 17/07/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Extradicação 718, Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 26.05.1998. p. 2.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Inquérito 830, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 01/02/1995, Seção I, p. 454-455.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, Habeas Corpus 70.814, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 24/06/1994. p. 16.649. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72703>>. Acesso em 16/07/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, Recurso em Habeas Corpus 115.983, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJ de 03/09/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4427026>>. Acesso em 16/07/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Sessão Plenária, Mandado de Segurança n. 23.452, DJ de 12/05/2000. p. 20. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em 16/07/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Sessão Plenária, Petição (Questão de Ordem) n. 577, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ. 23.04.1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86437>>. Acesso em 16/07/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade 2 DF. Rel. Min. Paulo Brossard. DJ: 21.11.1997, p. 60.585. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266151>>. Acesso em 17/07/2015.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, nº 1, RT, São Paulo: 1992, pp. 141-154. Disponível em www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67231/69841. Acesso em 15/07/2015.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo : Saraiva, 1989.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 13. ed. Petrópolis, RJ : Vozes, 2013. (Coleção Pensamento Humano).

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e apreensão no processo penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005. - (Coleção estudos de processo penal Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v. 2)

SOUZA, Rodrigo Telles de. A distinção entre regras e princípios e a derrotabilidade das

normas de direitos fundamentais. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 10 – n. 34, p. 11-35 – jan./jun. 2011. Disponível em http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-34-janeiro-junho-de-2011/a-distincao-entre-regras-e-principios-e-a-derrotabilidade-das-normas-e-direitos-fundamentais/at_download/file. Acesso em 16/07/2015.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Sergio Antonio Fabris Editor : Porto Alegre, 1994.