

§ 21.

Inviolabilidade do domicílio (Art. 13 GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 13 (Inviolabilidade do domicílio)

(1) O domicílio é inviolável.

(2) Buscas só podem ser ordenadas pelo juiz em havendo periculum in mora, também pelos demais órgãos previstos nas leis e somente sob a forma nelas [respectivamente] prescrita.

(3) ¹Se certos fatos embasarem a suspeita de que alguém tenha cometido um crime especialmente grave [como tal] individualmente definido em lei, podem ser utilizados para a persecução penal do delito, com base em uma ordem judicial, aparatos técnicos para a vigilância acústica de domicílios nos quais o acusado [suspeito] provavelmente se encontre, se a investigação do caso por outra via restar desproporcionalmente difícil ou não tiver chances de êxito. ²A medida terá um prazo de validade. ³A ordem judicial será dada por um órgão judicial composto por três juízes. ⁴Em havendo periculum in mora, a ordem judicial poderá ser dada também por um juiz monocrático.

(4) ¹Para a defesa contra perigos iminentes para a segurança pública, principalmente de um perigo coletivo ou de risco à vida, podem ser utilizados aparatos técnicos para a vigilância de domicílios somente com base em uma ordem judicial. ²Em havendo periculum in mora, a medida também poderá ser ordenada por um outro órgão estatal determinado pela lei; uma decisão judicial deverá ser requerida imediatamente [após a ordem do "outro órgão estatal"].

(5) ¹Se aparatos técnicos forem utilizados exclusivamente para a proteção de pessoas que atuam em uma investigação dentro de residências,

a medida deverá ser ordenada por um órgão estatal determinado pela lei.
²Um outro tipo de uso dos reconhecimentos [informações] adquiridos[as] por esta via somente é permitido com o propósito da persecução penal ou da defesa contra perigos e, [ainda] tão somente, se antes a legalidade for judicialmente verificada; em havendo periculum in mora, uma decisão judicial deverá ser requerida imediatamente [após a implementação da medida].

(6) ...

(7) Intervenções e limitações podem ser perpetradas, de resto, somente para a defesa em face de um perigo coletivo ou de um risco à vida de algumas pessoas; com base em lei também para a prevenção de perigos iminentes da segurança e ordem públicas, em especial para a solução da carência de espaço geográfico, para o combate a epidemias ou para a proteção de crianças e adolescentes em risco.

NOTA INTRODUTÓRIA:

O direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, enquanto clássico direito de liberdade (negativa), outorga ao seu titular (qualquer pessoa natural, nacional ou estrangeira submetida ao poder estatal alemão) o direito de resistir à intervenção do Estado em sua esfera “espacial” de privacidade (domicílio), tão necessária ao livre desenvolvimento da personalidade (daí sua relação de especialidade em face do direito geral da personalidade tutelado pelo Art. 2 I GG, que tem como um de seus principais desdobramentos o direito à privacidade como elemento de auto-preservação do seu titular).

As três decisões e seus específicos excertos escolhidos e reproduzidos no presente capítulo tratam de aspectos específicos da dogmática da área de proteção e das muitas reservas (limites constitucionais) a este direito fundamental: A primeira decisão (81.), prolatada no início da década de setenta, trata da definição do conceito de domicílio, mais

especificamente de seu alcance e extensão sobre dependências comerciais ou empresariais. Definido o alcance da área de proteção, a fundamentação da decisão (razões) discorre como contraponto à área de proteção e freqüentemente ocorre na jurisprudência do TCF, sobre o alcance da competência de órgãos estatais em face da reserva do alterado Art. 13 III GG (hoje: Art. 13 VII GG). A segunda decisão (82.), de 1979, trata da eficácia da outorga no processo de execução e, assim, de um aspecto até então não explorado da área de proteção do direito: ele oferece resistência até mesmo contra a entrada de oficial de justiça no domicílio para a realização de penhora em processo de execução forçada. A entrada do referido agente público, que representa, segundo essa decisão, claramente uma intervenção no direito fundamental à inviolabilidade do domicílio do executado, só restará justificada depois de colhida uma ordem judicial específica, não valendo para tanto somente um título executivo judicial. Finalmente, a terceira decisão (83.), prolatada em março de 2004 e depois da emenda constitucional que alterou o sistema dos limites ao direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, desenvolveu vários aspectos que vinham sendo muito discutidos na literatura jurídica e jurisprudência dos tribunais ordinários penais, sistematizando-os em uma dogmática coerente e bastante minuciosa. Com a ampliação significativa das reservas legais e judiciais promovidas pelo legislador titular do poder constituinte derivado - cuja constitucionalidade foi questionada pelos abstrata e diretamente atingidos, mas confirmada pelo TCF - surgiu a concomitante necessidade de se limitar a competência do legislador infraconstitucional e dos juízos e tribunais, de concretizar tais limites. Nesse contexto, o TCF realizou uma importante contribuição para o desenvolvimento da dogmática dos limites dos limites, sobretudo do critério da proporcionalidade.

81. BVERFGE 32, 54
(BETRIEBSBETRETUNGSRECHT)

Reclamação Constitucional contra ato normativo 13/10/1971

MATÉRIA:

Os reclamantes, proprietários de uma empresa de limpeza expressa, impugnaram diretamente, em sua Reclamação Constitucional, alguns dispositivos do Código Trabalhista de Ofícios (HwO), que permitiam ou fixavam o **direito de entrada** de agentes públicos em suas **dependências empresariais** (*Betriebsbetretungsrecht*) para a realização de fiscalizações. Segundo eles, os novos dispositivos promulgados atingiam-nos diretamente em alguns de seus direitos fundamentais (livre desenvolvimento da personalidade do Art. 2 I GG, da liberdade profissional do Art. 12 GG, além da inviolabilidade do domicílio do Art. 13 GG). Além disso, alegavam violação do mandamento de igualdade do Art. 3 GG.

O TCF admitiu parcialmente a Reclamação Constitucional (somente contra o § 20 c.c. § 17 II HwO). Em relação aos §§ 18 III e 19 HwO, não a admitiu, por entender serem ainda necessários atos executórios a serem perpetrados pela Administração para a caracterização do prejuízo em face do exercício do direito fundamental (“toque” da área de proteção – *Berührung des Schutzbereichs*).

No mérito, o TCF julgou que somente o Art. 13 GG serviria como parâmetro de exame, uma vez que a área de proteção da liberdade profissional (Art. 12 GG) não teria sido sequer atingida. O Art. 2 I GG foi afastado, como possível parâmetro, em face de seu caráter subsidiário. Uma violação do Art. 3 I GG não foi sequer cogitada. Em sede de conclusão, o TCF julgou a Reclamação Constitucional, em face do Art. 13 GG, como improcedente, confirmando a constitucionalidade dos dispositivos impugnados.

1. O conceito “domicílio” do Art. 13 I GG deve ser interpretado em sentido amplo; ele abrange também as dependências do trabalho, empresa e comércio.

2. A interpretação dos conceitos “intervenções e limitações” no Art. 13 III GG deve ter em conta a necessidade diversa de proteção, por um lado, das dependências residenciais e, por outro, das dependências de trabalho, empresa e comércio.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 13 de outubro de 1971

- 1 BvR 280/66 -

(...)

RAZÕES

A. - I.

1. (...).

2. (...) aos dispositivos declarados aplicáveis pertence o direito à informação e vistoria do § 17 HwO. O teor do dispositivo é o seguinte:

§ 17

(1) As pessoas registradas ou a serem registradas no desempenho [profissional] de um ofício [como artífices] são obrigadas a fornecer à Câmara de Ofícios a informação necessária ao registro no desempenho do ofício sobre o tipo e a extensão de sua oficina [empresa], sobre o número de empregados habilitados e não habilitados que trabalham e sobre os exames profissionais do proprietário e do gerente da oficina [empresa].

(2) Para o propósito indicado no parágrafo 1º [o supra § 17 I HwO], os encarregados da Câmara de Ofícios estão autorizados a adentrar nos terrenos e nas dependências comerciais das pessoas obrigadas a prestar as informações, onde procederão a exames e vistorias. A pessoa obrigada a fornecer as informações deve tolerar essas medidas. Neste ponto, fica restringido o direito fundamental da inviolabilidade do domicílio (Art. 13 *Grundgesetz*).

(...).

II.

1. Os reclamantes são proprietários de uma lavanderia expressa. Com a Reclamação Constitucional, voltam-se diretamente contra os dispositivos do Código Trabalhista dos Ofícios (HwO); eles requerem que se verifique que ... o § 17 II HwO (...) viola o Art. 13 GG.

Os reclamantes consideram a Reclamação Constitucional admitida, porque seriam atingidos atual e diretamente pelos dispositivos impugnados; isso também valeria para o § 17 II HwO, porque teriam que estar contando, a qualquer momento, com que encarregados da Câmara de Ofícios poderiam entrar em suas oficinas, inspecioná-las e vistoriá-las.

(...).

2. a) – b) (...).

B.

A Reclamação Constitucional é admitida somente em parte.

1. – 2. (...).

C.

Na parte em que a Reclamação Constitucional é admitida,
ela não é procedente.

I.

(...)

1. – 3. (...).

II.

(...)

O teor e o propósito reconhecível dos dispositivos levam a presumir que pretendem permitir apenas a entrada em dependências usadas para fins empresariais, e não nas dependências de uso privado do proprietário da oficina. A alegação do reclamante restaria, portanto, sem objeto se as dependências comerciais e empresariais não se subsumissem sob o conceito “domicílio”, na acepção do Art. 13 da GG. Entretanto, esse ponto de vista, que também é defendido pelo Ministro da Justiça, não pode ser compartilhado pelo Tribunal Constitucional Federal.

1. – 2. (...).

3. A interpretação mais restritiva do conceito de domicílio, defendida pelo Ministro da Justiça, é visivelmente também determinada pela preocupação de que, ao se incluírem as dependências comerciais e empresariais na área de proteção do Art. 13 GG, muitos direitos tradicionais de entrada e de inspeção das autoridades

administrativas no âmbito da fiscalização econômica, trabalhista e tributária não poderiam ser mantidos, porque elas não seriam mais abarcadas pelo dispositivo de limitação do Art. 13 III GG. Ainda que este fosse o caso, deveria [ao menos] parecer questionável determinar o campo de atuação do direito fundamental a partir da reserva de limite e assim argumentar: porque, numa interpretação mais ampla, a concretização do limite causaria dificuldades práticas, dever-se-ia escolher a interpretação restritiva, junto à qual os limites se tornariam sem objeto. Pelo contrário, deve-se primeiro averiguar a substância material do direito fundamental; somente após isto, observando-se a presunção, por princípio, de liberdade e o princípio constitucional da proporcionalidade e da exigibilidade, é que devem ser fixadas as limitações do exercício do direito fundamental defensáveis em consonância ao [princípio do] Estado de direito. Além disso, as dificuldades práticas temidas pelo Ministro da Justiça podem ser amplamente superadas, conforme será ainda exposto, mediante uma interpretação diferenciada.

4. a) A inclusão de dependências comerciais na área de proteção do Art. 13 GG significa, primeiramente, que “buscas” também em tais dependências só podem ser por princípio ordenadas pelo juiz (§ 17 II HwO). O Ministro da Justiça reconhece que, neste ponto, em princípio, existe a mesma necessidade de proteção ocorrente no caso das dependências residenciais e defende a tese de que, em face da proteção também de dependências industriais e empresariais contra buscas, há muito reconhecida em todas as democracias de Estado de direito, tal como na Alemanha, não se cogita uma limitação da necessidade por princípio da prévia ordem judicial. Essa conclusão não pode, porém, ser alcançada constitucionalmente com suficiente segurança numa interpretação restritiva do conceito de domicílio.

Não se faz necessário aqui decidir, em seus pormenores, até que ponto o conceito constitucional da “busca” deve ser estendido (cf. para tanto: BVerfGE 28, 285). Com efeito, os direitos de entrada e de inspeção nas oficinas aqui em questão não são buscas.

b) A inviolabilidade a priori do domicílio é assegurada no Art. 13 III GG pelo fato de que “intervenções e limitações” que não sejam buscas somente poderão ser feitas sob observância de pressupostos muito certos, exatamente delineados. No caso dos domicílios, no sentido estrito, esta rígida limitação das intervenções permitidas corresponde ao mandamento por princípio da observância incondicional da esfera privada do cidadão. Em verdade, é ir longe demais sustentar o Ministro da Justiça

que os limites de reserva [legal] do Art. 13 III GG seriam “segundo seu objeto aplicáveis (apenas) para dependências domiciliares”, pois, tanto “para o combate de epidemias” como também “para a proteção de crianças e adolescentes em risco” (particularmente sob o aspecto da proteção do trabalho do menor), a entrada de autoridades competentes em dependências empresariais e de trabalho também pode ser oportuna e necessária. Porém, pode parecer realmente questionável, se, em se introduzindo as dependências comerciais no âmbito normativo do Art. 13 III GG, o direito cedido às autoridades administrativas em uma série de leis de entrar em dependências empresariais e lá proceder a inspeções e exames de diversos tipos tenha uma suficiente base constitucional. Em muitos casos, o propósito da “prevenção de perigos iminentes para a segurança e ordem públicas” até justificam a intervenção, principalmente porque, na interpretação ampla dessa cláusula, a proteção indireta contra os perigos está na base, tal como ocorreu na decisão do Tribunal Constitucional Federal de 13 de fevereiro de 1964 (BVerfGE 17, 232 [251 s.]). Todavia, na medida em que se dá às autoridades, a quem foram atribuídas as tarefas de fiscalização econômica, trabalhista e tributária, o direito de entrar em dependências empresariais e comerciais para lá examinarem livros comerciais e documentos ou inspecionar mercadorias e instalações, no contexto do dever do empresário de prestar informações, uma base constitucional para essas medidas somente poderia ser conseguida, segundo a interpretação tradicional, por meio de uma expansão da área de aplicação do Art. 13 III GG não mais sustentável. Por outro lado, deve-se concordar com o Ministro [quando afirma] que tais direitos de entrar e inspecionar representam, sob vários aspectos, um instrumento imprescindível de controle da moderna inspeção econômica; seu significado, para uma execução eficiente e uniforme da lei, cresce, mesmo ainda com a penetração de elementos de diretrizes de direito público na gerência econômica de empresas privadas e com o seu correspondente aprimoramento e incremento da inspeção econômica em sentido amplo.

O Ministro da Justiça parte do dado de que não era a intenção do Conselho Parlamentar [equivalente à Assembléia Nacional Constituinte, titular do poder constituinte originário] eliminar esses - seus conhecidos - direitos de entrar e inspecionar da Administração; ele sustenta que, na formulação do Art. 13 III GG, esses casos não teriam “reconhecidamente sido ponderados”. Essa concepção também é defendida na literatura jurídica [doutrina] (cf. os comentários de *Maunz / Dürig / Herzog*, nota à margem 22 para o Art. 13; v. *Mangoldt-Klein*, 2^a. edição, Volume 1, p. 405 s. e *Kern*,

in: *Neumann / Nipperdey / Scheuner*. Die Grundrechte. Volume II, p. 105 *et seq.*). Assim, o legislador federal, como o Ministro destaca, desde a entrada em vigor da *Grundgesetz* sempre partiu do fato de que tais direitos de entrar e inspecionar não são excluídos pelo Art. 13 III GG. O Ministro recusa, sem dúvida com razão, apoiar essa vigência continuada no direito consuetudinário. Contra a tese da limitação do direito à liberdade pelo direito consuetudinário já existem dúvidas por princípio, tendo em vista [que] a regulamentação dos limites [fora] criada pelo constituinte de maneira respectiva e cuidadosamente adaptada à essência de cada um dos direitos fundamentais [não havendo espaço, portanto, para o direito consuetudinário]. A verificação correta de uma convicção jurídica geral de todos os participantes seria, além disso, quase impossível nessa área.

c) Tendo em vista esta situação, parece ordenada e permitida uma interpretação que parta do conceito de “intervenções e limitações”, e que o interprete de uma tal maneira a adequá-lo ao propósito de proteção do direito fundamental, correspondendo à vontade identificável do legislador, mas também atentando para as necessidades materiais da Administração do Estado moderno. Essa interpretação parte do dado de que – na inclusão a priori também das dependências comerciais e empresariais na área de proteção do Art. 13 GG, – de fato, a necessidade de proteção junto à totalidade das dependências a serem classificadas como “esfera privada espacial”, varia de tamanho. Em relação às dependências comerciais e empresariais, tem-se, segundo a sua fixação de propósito, uma maior abertura “para fora”; tais dependências são criadas para a realização de contatos sociais; por esta razão, o proprietário as exclui, de certo modo, da esfera íntima privada, à qual pertence [no todo, tão somente] o domicílio em sentido estrito. Coerentemente com a necessidade mais forte de se manterem afastadas perturbações da vida privada e da esfera espacial onde ela se desenrola, tem-se que os conceitos “intervenções e limitações”, tão logo estejam se referindo ao domicílio no sentido mais estrito, são interpretados rigorosamente. Isto significa que o direito de entrar e inspecionar, da forma aqui disciplinada, absolutamente não existe no caso de dependências residenciais. Com efeito, aqui o propósito de proteção do direito fundamental impõe-se plenamente para assegurar o direito do indivíduo de “ser deixado em paz” (BVerfGE 27, 1 [6]). É o que vale também quando, nessas dependências, for, ao mesmo tempo, exercida uma atividade profissional ou comercial. Em dependências exclusivamente comerciais ou empresariais, diminui-se essa necessidade de proteção, pelo propósito a que elas se prestam, segundo à própria

vontade do proprietário. As atividades que o proprietário realiza nessas dependências têm efeitos necessariamente externos, podendo, por esta razão, atingir os interesses de outros e da coletividade. Assim sendo, é correto que as autoridades incumbidas da proteção desses interesses controlem, dentro de certos parâmetros, estas atividades também no local e que possam entrar nestas dependências para esse fim. Esse procedimento vinculado a seu propósito não é, em verdade, uma perturbação da paz doméstica. Em regra, o proprietário da empresa não vai sentir a entrada dos agentes público nas dependências [da empresa] como uma intervenção em seu direito domiciliar. Sua resistência psicológica pode talvez se voltar contra a própria inspeção e exame, que ele, por exemplo, poderá considerar desnecessários, incômodos e, por isso mesmo, dele inexigíveis; em geral, ele não poderá enxergar na simples entrada nas dependências, as quais ele mesmo, devido à definição do propósito delas, abriu para fora, um prejuízo de sua esfera de direito fundamental.

Se se partir, tendo em vista o caráter lacunoso da disciplina [constitucional], juntamente com o Ministro da Justiça, de que o Art. 13 III GG “já de antemão” não deveria abranger os usuais direitos de entrada e inspeção em terrenos empresariais e dependências comerciais, parece não infundada a tese de que também o Conselho Parlamentar partiu deste “imparcial” modo de observação. Deve ser deixado a critério do legislador examinar se, num dado momento, existe um ensejo para expressar claramente esta vontade por meio de uma reformulação do texto constitucional.

5. Em se limitando racionalmente o círculo dos direitos de entrada e inspeção para dependências comerciais e empresariais, que aqui, de acordo com o exposto, não devem mais ser qualificados como “intervenções e limitações”, ou seja, sob a observância do Art. 2 I GG c.c., os princípios da proporcionalidade e da exigibilidade, conclui-se que devem ser exigidas as presenças especialmente dos seguintes pressupostos:

- a) uma norma legal especial deve autorizar a entrada nas dependências;
- b) a entrada nas dependências, a realização das inspeções e as vistorias devem servir a um propósito permitido e serem necessárias para seu alcance;
- c) a lei deve deixar claramente reconhecível o propósito da entrada, o objeto e a extensão da inspeção e vistoria permitidos;
- d) a entrada nas dependências e a realização da inspeção e vistoria somente são admissíveis nos períodos em que as dependências normalmente estiverem à disposição para uso comercial ou empresarial.

Se, sob estes pressupostos, da entrada nas dependências comerciais e empresariais por agentes públicos no âmbito de suas competências não puder ser depreendido um prejuízo para o direito da inviolabilidade de domicílio, então não se exclui a possibilidade de a ação da Administração, a cuja realização serve a [referida] entrada nas dependências [em pauta], poder ser impugnada, como tal, a partir de outros aspectos constitucionais.

6. Apoiando-se nestes parâmetros, não há dúvidas quanto à constitucionalidade dos dispositivos aqui impugnados dos §§ 20, 17 II HwO. Eles servem a interesses legítimos da Administração e não oneram o proprietário da empresa de maneira dele inexistível. Suas dependências domiciliares privadas não foram atingidas.

(ass.) Dr. Müller, Dr. Stein, Ritterspach, Dr. Haager, Rupp-v. Brünneck,
Dr. Brox, Dr. Simon

82. BVERFGE 51, 97

(ZWANGSVOLLSTRECKUNG I)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 03/04/1979

MATÉRIA:

O reclamante voltou-se contra a confirmação judicial da legitimidade de buscas domiciliares para fins de penhora na fase da **execução forçada** (*Zwangsvollstreckung*), realizadas por oficial de justiça, sem a específica ordem judicial. Note-se que, na Alemanha, o processo de execução forçada contra devedor solvente não se dá em regra perante o juiz de direito, como ocorre em outros sistemas jurídico-processuais, como no caso brasileiro. O reclamante alegou violação de seus direitos fundamentais derivados dos Art. 1, 2 I e 13 GG.

O TCF julgou a Reclamação Constitucional procedente, revogando as decisões judiciais impugnadas e fixando a necessidade de ordem judicial específica para a autorização da busca e apreensão de bens do devedor para efeito de penhora, sob pena de violação do Art. 13 II GG.

Também na execução forçada segundo o § 758 ZPO, o Art. 13 II GG exige, exceto no caso de *periculum in mora*, uma ordem judicial especial para a busca no domicílio do devedor com o propósito de realizar a penhora de coisas móveis.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 3 de abril de 1979
- 1 BvR 994/76 -
(...)

RAZÕES

A Reclamação Constitucional refere-se à questão de se o Art. 13 II GG é infringido quando o oficial de justiça, na execução forçada a partir de decisões (*Beschlüsse*) de fixação de custas processuais e ordens de execução, abrir, com o emprego da força, o domicílio do devedor para a busca de objetos penhoráveis, sem ordem judicial especial [para tanto].

A.

O § 758 ZPO determina:

(1) O oficial de justiça tem o poder realizar a busca no domicílio e nos pertences do devedor na medida em que a execução o exigir.

(2) Ele tem poderes para mandar abrir as portas trancadas da moradia, portas internas de cômodos e recipientes [como cofres ou caixas trancadas].

(3) Se encontrar resistência, ele poderá usar da força e, para esse fim, solicitar o auxílio dos órgãos de execução policial.

I. – II. (...)

B.

A Reclamação Constitucional é admitida. (...).

C.

A Reclamação Constitucional contra as decisões do juízo de primeira instância e do Tribunal Estadual é procedente. As medidas de busca do oficial de justiça violam o direito fundamental do reclamante derivado do Art. 13 GG, porque elas foram perpetradas sem ordem judicial.

I.

Como parâmetro de exame vem à pauta somente o Art. 13 GG (direito fundamental da inviolabilidade do domicílio), especialmente o Art. 13 II GG (Proteção

de direito fundamental contra buscas domiciliares). As demais normas de direito fundamental supostamente violadas do Art. 1 e do Art. 2 I GG sucumbem em face daquele dispositivo específico.

1. (...).

2. (...) o direito constitucional vigente no Art. 13 II GG determina que também as buscas com o propósito de execução com base no § 758 ZPO e no âmbito dessa decisão, sejam ordenadas por juiz, caso não haja *periculum in mora*.

a) Na interpretação do Art. 13 II GG, parte-se do seu teor: “Buscas somente podem ser decretadas pelo juiz; em havendo *periculum in mora*, também pelos outros órgãos previstos em lei ...”.

aa) Não se precisa perscrutar até que ponto vai o conceito da busca no Art. 13 II GG e como ele deve ser delimitado em relação às “intervenções e limitações” previstas no Art. 13 III GG (cf. BVerfGE 32, 54 [73]). Com efeito, em todo caso, o Art. 13 II GG não se limita a buscas processuais penais, mas vale também para outras buscas de órgãos do poder público no domicílio, na acepção do Art. 13 I GG (cf. BVerfGE 32, 54 [73]) e 16, 239 [240 s.]); vide, também, *Bettermann*, in: *Bettermann / Nipperdey / Scheuner*. Die Grundrechte. 3º. volume, 2º. tomo, p. 894; *Knemeyer*, *ibidem*, com outras referências bibliográficas; *Gentz*. Die Unverletzlichkeit der Wohnung. 1968, p. 53 *et seq.*; de outra opinião: *Friedrich Klein*, in: *von Mangoldt / Klein*. Das Bonner Grundgesetz. 2ª edição, 1957, Art. 13, nota IV 2 a; - para o conceito de domicílio, cf. BVerfGE 32, 54, 1ª ementa e p. 68 *et seq.*, especialmente p. 68, 72). Até aqui, pode ser trazida à pauta a jurisprudência do Tribunal Administrativo Federal (cf. no mesmo sentido: BVerfGE 32, 54 [73]), pela qual é característico para o conceito de busca a procura objetiva e orientada por seu propósito, realizada por órgãos estatais, por pessoas ou objetos, ou para verificação de um fato, ou para desvendar algo que o detentor do domicílio não quer, por espontânea vontade, mostrar ou entregar (BVerfGE 47, 31 [37]; 28, 285 [287 *et seq.*]).

Assim, buscas no domicílio com o objetivo de encontrar bens penhoráveis e penhorá-los para a intentada execução forçada fazem parte, conceitualmente, das buscas na acepção do Art. 13 II GG.

bb) No mais, o teor do dispositivo é claro nesse ponto, não admitindo outra interpretação senão a de que as buscas em geral se encontram submetidas à reserva judicial aqui estabelecida. Não se diferencia, sob qualquer ponto de vista, nem segundo as diferentes formas de busca, nem segundo suas diferentes áreas de aplicação.

b) Também o propósito de proteção da determinação de direito fundamental embasa a tese da interpretação literal. Em verdade, nas buscas realizadas no curso de uma execução forçada, o perigo de abusos é menor do que em outros casos. Não obstante, não se pode partir da premissa de que tais buscas não sejam abrangidas pelo propósito de proteção da regulamentação [constitucional]. A entrada de órgãos estatais mediante o uso da força num domicílio e a busca nele realizada significa, em regra, uma grave intervenção na esfera de vida pessoal do atingido. A intensa proteção constitucional – tal como ocorre com o elementar direito fundamental à liberdade da pessoa (cf. Art. 104 II 1 GG) – justamente das dependências domiciliares em sentido estrito corresponde, por isso, ao mandamento, por princípio, da observância incondicional da esfera privada do cidadão (BVerfGE 32, 54 [73]), e está estreitamente ligado à proteção do desenvolvimento da personalidade do Art. 2 I GG. Ao indivíduo deve ser assegurado o direito de “ser deixado em paz” (BVerfGE 27, 1 [6]) em seus aposentos (BVerfGE 32, 54 [75]). Por isso, por princípio, a intervenção decorrente de uma busca só deve ocorrer se antes uma instância neutra, revestida de independência judicial, tiver examinado se estão presentes os pressupostos para tanto legalmente previstos.

c) Para a fundamentação de uma interpretação fiel ao teor, pode-se recorrer também à gênese do Art. 13 II GG (...).

(...).

d) Mesmo em se partindo da premissa, como parcialmente se faz na literatura jurídica [doutrina], de que nesse caso uma situação fática é abrangida pelo teor de uma regulamentação constitucional, mas que essa regulamentação, pelo seu conteúdo, não “caberia” a essa constelação fática porque o legislador teria tido em mente situações fáticas distintas [da em pauta], o preenchimento desta “lacuna oculta” não pode ser aqui considerado por via da assim chamada “redução teleológica” (cf. *Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3ª. edição, 1975, p. 377 *et seq.*). A uma tal interpretação restritiva contrapõe-se, pelo contrário, o princípio cunhado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal “segundo o qual em casos de dúvida deve ser escolhida aquela interpretação que desenvolva, com a maior intensidade, a eficácia jurídica da norma de direito fundamental” (BVerfGE 6, 55 [72]; 32, 54 [71]; 39, 1 [38]). A inviolabilidade do domicílio é um direito fundamental que deve garantir ao indivíduo, tendo em vista sua dignidade humana e no interesse de seu livre desenvolvimento, um “elementar espaço de vida” (BVerfGE 42, 212 [219]) com

referência a *Dagtolou*, in: Bonner Kommentar. [Segunda Redação], Art. 13 GG, nota à margem n°. 33). Qualquer busca – também a do oficial de justiça segundo o § 758 ZPO – representa, já por sua natureza, uma grave intervenção na esfera de vida do atingido, protegida por direito fundamental. Por isso, o direito fundamental do Art. 13 GG desdobrará sua efetividade mais intensa quando, por princípio, toda intervenção depender de uma ordem judicial.

3. Diante dessa interpretação - que segue o teor do Art. 13 II GG e que corresponde ao propósito de proteção desse dispositivo e ordenada segundo o princípio da maior efetividade jurídica possível de uma norma de direito fundamental, que também está em consonância com a gênese do dispositivo - as objeções contra ela aqui levantadas não podem prevalecer.

a) (...).

b) Também o entendimento jurídico defendido na literatura jurídica [doutrina], no sentido de que toda atuação de execução baseada em um reconhecimento judicial devesse ser considerada como ordenada pelo juiz (cf., por exemplo, *Dagtolou, ibidem*, nota à margem n°. 99), não pode ser seguido. Da decisão judicial somente, que condena ao pagamento de uma soma em dinheiro, nada deve ser depreendido na direção de uma busca, ainda que o dispositivo da decisão tenha sido declarado como [auto-]executável. A verificação judicial de uma obrigação de pagar não implica, necessariamente, de forma alguma numa busca domiciliar com o propósito da realização de penhora. O devedor pode – como ocorre em muitos casos – acatar o dispositivo da decisão e pagar espontaneamente. O credor também é livre para decidir o que fazer com o título judicial conseguido. Somente o seu pedido ao órgão de execução judicial coloca em andamento o processo da execução. Em regra, nesse procedimento, o juiz não é mais acionado. (...).

(...).

c) Diante do rigor de uma regulamentação com dignidade hierárquica constitucional, devem, além disso, sucumbir todas as objeções que sustentem que a atuação de um juiz em [potencialmente] todas as buscas decorrentes de execução levariam a uma carga maior de trabalho e a resultados inúteis.

(...).

(...). Finalmente, também é procedente afirmar que as competências para buscas dos oficiais de justiça até aqui – tanto quanto observável - não levaram a quaisquer abusos de direito.

Mas, a tudo isso não pode ser reconhecida qualquer relevância jurídica, tendo em vista o – conforme exposto – inequívoco mandamento constitucional do Art. 13 II GG, segundo o qual o juiz deve decretar a busca (em não havendo *periculum in mora*). Corrigir esse mandamento constitucional a partir de interpretação baseada nas razões mencionadas, não é tarefa do Tribunal Constitucional Federal.

d) (...).

II.

(...) o Art. 13 II GG é direito imediatamente válido e aplicável (cf. BVerfGE 3, 225 [239 s.] para o Art. 3 II GG e BVerfGE 10, 302 [329] para o Art. 104 II 1 e 2 GG). Por isso, o § 758 ZPO é complementado pelo Art. 13 II GG no sentido de que a busca torna obrigatória a ordem do juiz, desde que não haja *periculum in mora*. (...).

(ass.) *Benda, Haager, Böhmer, Simon, Faller, Hesse, Katzenstein, Niemeyer*

83. BVERFGE 109, 279

(LAUSCHANGRIFF)

Reclamação Constitucional contra ato normativo

03/03/2004

MATÉRIA:

O crescimento vertiginoso da ameaça terrorista e do crime organizado no mundo contemporâneo, em especial na Europa ocidental, tem provocado uma revisão político-constitucional de garantias individuais, cujos exercícios se opõem muitas vezes à garantia do bem coletivo “segurança”.³¹⁸ A proteção da segurança pública pode exigir, no caso concreto, o sacrifício de uma ou várias daquelas garantias e vice-versa. Um exemplo claro deste dado foi oferecido pelo presente julgado do TCF.

Em 1998, foram inseridos limites significativos a esse clássico direito fundamental da inviolabilidade do domicílio. Trata-se da inserção de quatro parágrafos (Art. 13 III – VI GG) ao Art. 13 GG, que, enquanto

³¹⁸ Cf. uma ampla apresentação e discussão dessa decisão em MARTINS (2004b: 401 – 437).

reservas legais e judiciais, consubstanciaram os limites constitucionais aludidos. Principalmente pelo novo Art. 13 III GG, autorizou-se a utilização de meios técnicos de captação e transmissão sonora sem o conhecimento do morador, titular do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio garantida pelo mantido Art. 13 I GG, para tornar a investigação e persecução penal mais eficientes. Presentes várias condições amplamente referidas e examinadas na decisão original e aqui reproduzidas, a lei processual penal, que conforma a reserva legal inserida pela emenda pode, por sua vez, como de fato o fez, autorizar o agente policial, sob controle jurisdicional, a instalar imperceptíveis microfones ou a usar microfones externos capazes de captar com precisão sons emitidos e, portanto, diálogos estabelecidos no interior do domicílio por suspeitos de certos crimes ou mesmo de outras pessoas que se encontrem no domicílio, objeto da investigação. Por isso, a presente decisão, ou melhor, mais precisamente a lei interventora, objeto imediato do exame, foi alcunhada metaforicamente de “**grande ataque da escuta secreta**” (*großer Lauschangriff*). O novo Art. 13 IV GG estabeleceu outra reserva, já conformada pelo legislador processual alemão, em proveito do propósito da prevenção de iminentes perigos ou riscos à vida, à segurança pública e a outros bens jurídicos de suma importância, a qual autoriza a utilização não só de equipamentos de captação e transmissão sonora, como também de imagens (micro-Câmaras e tecnologia do infravermelho). O novo Art. 13 V GG também autoriza, com o propósito de proteger a vida de agentes de investigação infiltrados em organizações supostamente criminosas (agentes disfarçados), o uso de tais retransmissores junto a seus corpos. Trata-se, neste caso, também de uma limitação ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio, quando as informações partirem de dentro do espaço físico considerado domicílio. Porém, como a duração da transmissão é limitada ao tempo de permanência do agente no local, tal intervenção vem sendo alcunhada de *kleiner Lauschangriff* (pequeno ataque de escuta secreta). A diferença destes dois últimos parágrafos em relação ao Art. 13 III GG está na possibilidade de sua utilização na prevenção, não constituindo instrumentos restritos à repressão criminal como no caso do Art. 13 III

GG. O novo Art. 13 VI GG traz uma regra organizacional, ao prescrever o dever do governo federal de compor um relatório anual, a ser entregue à Câmara Federal, sobre a utilização desses meios técnicos³¹⁹. Finalmente, o novo Art. 13 VII GG corresponde ao antigo Art. 13 III GG e contém uma regra definidora de competências administrativo-governamentais para o combate de situações envolvendo grande risco à vida, catástrofes naturais, combate de epidemias etc.

A presente decisão foi prolatada no julgamento conjunto de duas Reclamações Constitucionais, movidas por 7 pessoas, diretamente contra normas do Código de Processo Penal alemão (StPO) e (em parte indiretamente) contra a própria Emenda Constitucional.

O TCF admitiu as Reclamações Constitucionais, considerando presentes todas as condições e pressupostos processuais. No entanto, alguns reclamantes perderam o prazo de 1 ano em relação a alguns dispositivos atacados. No entanto, ainda que a Reclamação não tenha sido recebida em relação a essas normas, o TCF julgou o mérito, ou seja, a constitucionalidade delas, tendo em vista a interdependência temática entre elas e as demais apreciadas e, ainda que não declarado na decisão, devido ao parcial caráter processual objetivo da Reclamação Constitucional alemã³²⁰.

No mérito, o TCF julgou as Reclamações Constitucionais parcialmente procedentes. Improcedente, o TCF julgou a alegação de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional que criou os limites ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio, impugnada pelos reclamantes em face do Art. 79 III GG, confirmando, em suma, sua constitucionalidade. Procedente, o TCF julgou a alegação de inconstitucionalidade de parte dos dispositivos legais processuais penais, promulgados a partir destas reservas legais, como inconstitucionais, por violarem os direitos fundamentais dos reclamantes do Art. 13 I (inviolabilidade do domicílio), Art. 19 IV (garantia ao devido processo

³¹⁹ Trata-se de um novo dispositivo, cuja inserção no capítulo dos direitos fundamentais é de uma sistemática questionável. Trata-se de uma “garantia passiva do direito”, vez em que não limita diretamente a ação de quaisquer órgãos do Estado. Cf. KÜHNE (2003), p. 605.

³²⁰ Cf. **Cap. Introdução, II. 3. e).**

legal) e Art. 103 I GG (garantia do princípio do contraditório). Todavia, no dispositivo da decisão, o TCF limitou-se a verificar a incompatibilidade dos dispositivos (julgados inconstitucionais) da lei processual penal com a *Grundgesetz*, “*nach Maßgabe der Gründe*”, ou seja, “segundo determinação das razões” (cf. abaixo, nas razões da decisão, sob “C. IX.”). Trata-se de uma alusão à conclusão das razões (relativamente comum na jurisprudência do TCF)³²¹, onde se determinou o prosseguimento da aplicação dos dispositivos, a despeito de sua incompatibilidade com a *Grundgesetz*, desde que observada no caso concreto³²² a dignidade da pessoa humana e o princípio da proporcionalidade, até um determinado prazo (expirado em 30/06/2005)³²³, quando o legislador finalmente terá que promulgar nova lei que atenda às exigências constitucionais relativas aos direitos fundamentais violados. O TCF, ao não declarar a nulidade optou pela variante da declaração de (mera) incompatibilidade com efeito *ex nunc*.³²⁴

1. O artigo 13 III GG, na redação da lei de emenda da *Grundgesetz* (Art. 13) de 26 de março de 1998 (BGBl. I, p. 610), é compatível com o Art. 79 III GG.
2. À inviolabilidade da dignidade da pessoa humana do Art. 1 I GG pertence o reconhecimento de um núcleo de conformação da vida privada que é absolutamente protegido. Nessa área não pode intervir a vigilância acústica do domicílio para o propósito da persecução penal (Art. 13 III GG). Nesse ponto, não se admite uma ponderação orientada pelo princípio da proporcionalidade entre a inviolabilidade do domicílio (Art. 13 I c.c. Art. 1 GG) e o interesse da persecução penal.

³²¹ Cf. **Cap. de Introdução, IV. 3.**

³²² O que mostra claramente a sempre clara divisão do controle de constitucionalidade feito pelo TCF: Primeiro julga a compatibilidade (constitucionalidade) de norma, abstratamente considerada, com a *Grundgesetz* e depois a constitucionalidade de sua aplicação. No presente caso, o TCF embora tenha verificado a inconstitucionalidade da norma em si (inconstitucionalidade abstrata), vislumbrou a possibilidade de uma aplicação “ainda constitucional” (respeito à dignidade humana e proporcionalidade no caso concreto), mas só até vencido o prazo fixado para o saneamento da inconstitucionalidade abstrata pelo legislador (constitucionalidade precária). A respeito, cf. **Cap. Introdução, IV. 2.**

³²³ Cf. **Cap. Introdução, IV. 2.**

³²⁴ Sobre essa variante de dispositivo, *idem*.

3. Nem toda vigilância acústica do domicílio viola o conteúdo da dignidade humana contido no Art. 13 I GG.
4. A ordem judicial para efetuar vigilância acústica do domicílio deve conter garantias da inviolabilidade da dignidade humana, bem como respeitar o conjunto das exigências típico-normativas do Art. 13 III GG e às demais prescrições constitucionais.
5. Se a vigilância acústica do domicílio fundada numa tal autorização [constitucional] conduzir ao levantamento de informações provenientes do núcleo absolutamente protegido da conformação da vida privada, então ela deverá ser interrompida e as anotações feitas, apagadas; qualquer utilização dessas informações não é permitida.
6. As normas do código de processo penal para a realização da vigilância acústica do domicílio para fins de persecução penal não satisfazem totalmente as exigências constitucionais em relação à proteção da dignidade humana (Art. 1 I GG), o princípio da proporcionalidade abrangido pelo princípio do Estado de direito, a garantia de efetiva proteção jurídica (Art. 19 IV GG) e o direito à ampla defesa e ao contraditório (Art. 103 I GG).

Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 3 de março de 2004

- 1BvR 2378/98 -

- 1 BvR 1084/99 -

(...)

RAZÕES

A. I. – IV. (...)

B.

As Reclamações Constitucionais são, em sua maior parte, admitidas.

I. – III. (...)

C.

As reclamações constitucionais são, na extensão de suas [respectivas] admissibilidades, parcialmente procedentes. A emenda constitucional realizada no Art. 13 III GG até atende às exigências do Art. 79 GG. Porém, os dispositivos impugnados do Código de Processo Penal atacados não são compatíveis totalmente com a *Grundgesetz*.

I.

O Art. 13 III GG, introduzido por emenda constitucional, é constitucional.

1. O Art. 13 III GG permite uma limitação do direito fundamental da inviolabilidade de domicílio previsto no Art. 13 I GG. Esse direito fundamental outorga ao indivíduo um espaço vital elementar, assegurando-lhe o direito de lá não ser molestado [direito de “ser deixado em paz”] (cf. BVerfGE 32, 54 [75]; 42, 212 [219]; 51, 97 [110]). O Art. 13 I GG protege a esfera privada espacial, principalmente na figura de um direito de resistência contra intervenção estatal (cf. BVerfGE 7, 230 [238]; 65, 1 [40]). A norma contém a proibição, por princípio dirigida ao titular de poder público, de adentrar e permanecer no domicílio contra a vontade de seu titular (cf. BVerfGE 76, 83 [89 s.]), assim como de instalar e usar aparelhos de escuta no interior do domicílio (cf. BVerfGE 65, 1 [40]).

Quando da criação da *Grundgesetz*, o direito fundamental do Art. 13 I GG servia, primariamente, à proteção do morador contra a presença física indesejada de representante do poder público. Desde então, surgiram novas possibilidades de periclitamento do direito fundamental, somando-se àquela [tradicional]. Os atuais avanços tecnológicos permitem a penetração na esfera domiciliar também de outra maneira. O propósito de proteção da norma fundamental restaria prejudicado se a proteção contra a vigilância do domicílio por meio de instrumentos técnicos, mesmo sendo instalados fora do domicílio, não fosse abrangida pelo Art. 13 I GG. O Art. 13 III GG cria, assim, uma limitação constitutiva do direito fundamental do Art. 13 I GG.

2. O Art. 13 III GG foi instituído de maneira legítima do ponto de vista formal.

O Art. 13 III GG foi introduzido na *Grundgesetz* pela Lei de Emenda da *Grundgesetz* de 26 de março de 1998, que complementou expressamente o texto constitucional (cf. Art. 79 I GG). A lei de emenda constitucional foi promulgada com a devida maioria de dois terços da Câmara Federal (*Bundestag*) e do Conselho Federal (*Bundesrat*), de acordo com o Art. 79 II GG.

3. O legislador titular do poder constituinte derivado observou também os limites jurídico-materiais estabelecidos na *Grundgesetz* para alterações constitucionais.

a) O Art. 79 III GG proíbe alterações constitucionais pelas quais os princípios estabelecidos pelos Art. 1 e 20 GG sejam atingidos. A eles pertence a ordem de observância e proteção da dignidade humana (Art. 1 I GG), mas também o

reconhecimento da inviolabilidade e indisponibilidade dos direitos humanos enquanto fundamento de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça (Art. 1 II GG). Em combinação com a referência do Art. 1 III GG aos direitos fundamentais subseqüentes, suas outorgas [derivadas dos Art. 1 e 20 GG] foram por princípio retiradas do [poder do] legislador de restringi-las, vez em que são irrenunciáveis para a manutenção de uma ordem firmada em consonância com o Art. 1 I e II GG (cf. BVerfGE 84, 90 [121]).

Da mesma forma, devem ser observados os elementos fundamentais dos princípios do Estado de direito e do Estado social, expressos no Art. 20 I e III GG.

O Art. 79 III GG é uma norma de exceção a ser interpretada restritivamente, o que não impede o legislador titular do poder constituinte derivado de modificar as fixações de direito positivo desses princípios por razões racionais (cf. BVerfGE 84, 90 [120 s.]; 94, 49 [102 s.]). O Tribunal Constitucional Federal deve respeitar o direito do legislador titular do poder constituinte derivado, de modificar, limitar ou até revogar alguns direitos fundamentais, desde que não sejam atingidos os princípios, estabelecidos nos Art. 1 e 20 GG. Modificações das fixações de direito positivo desses princípios decorrentes de razões racionais, não são vedadas ao legislador (cf. BVerfGE 94, 49 [103 s.]). O que, no âmbito de alguns direitos fundamentais, pertence ao conteúdo da garantia do Art. 1 I GG deve ser definido autonomamente por interpretação da respectiva norma de direito fundamental.

Alterações [emendas] constitucionais não devem ser medidas pela garantia do conteúdo essencial do Art. 19 II GG. Essa garantia vincula o legislador comum, mas não o legislador titular do poder constituinte derivado. Um atingir do conteúdo essencial na acepção do Art. 19 II GG pode, no caso concreto, até influenciar, concomitantemente, o conteúdo de dignidade humana protegido pelo Art. 79 III GG. Não obstante, o conteúdo essencial não pode ser equiparado ao conteúdo de dignidade humana. Uma possível congruência, no caso concreto, não modifica em nada o fato de que o parâmetro para uma modificação constitucional limitante de um direito fundamental é tão somente o conteúdo de dignidade humana de um direito fundamental, protegido pelo Art. 79 III GG.

b) O Art. 13 III GG é compatível com a garantia da dignidade humana do Art. 1 I GG.

O parâmetro da dignidade humana deve ser concretizado mais detalhadamente com vistas à situação específica, na qual se pode chegar ao caso de conflito. A vigilância

acústica de dependências domiciliares para fins de persecução penal não viola, em geral, o conteúdo de dignidade humana do Art. 13 I GG e Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG. Porém, podem, o tipo e o modo da realização da vigilância acústica domiciliar, levar a uma situação na qual a dignidade humana restará violada. Para que isso seja evitado, o Art. 13 III GG especifica expressamente providências jurídicas a serem tomadas; somam-se a elas outros pré-requisitos construídos por interpretação constitucional. A autorização constitucional para a introdução da vigilância acústica domiciliar, contida no Art. 13 III GG, não fere, por isso, o Art. 79 III GG, pois a indispensável regulamentação legal pode e precisa garantir que a dignidade humana, no caso concreto, não será violada. A autorização do Art. 13 III GG somente abrange a promulgação de normas que o garantam.

aa) A dignidade humana é princípio constitutivo básico e o mais elevado valor constitucional (cf. BVerfGE 6, 32 [36]; 45, 187 [227]; 72, 105 [115]). O conteúdo de garantia desse conceito, que faz referência a valorações, necessita ser concretizado. Isto acontece, na jurisprudência, com a observância do caso concreto, atentando-se para o respectivo âmbito de vida do contexto da regulamentação e com a formação de grupos de casos e exemplos de regulamentações (cf. em relação ao Art. 100 BV [Constituição do Estado da Baviera], por exemplo, decisão do Tribunal Constitucional Estadual da Baviera, publicada em BayVB1. 1982, pág. 47 [50]). Nesses casos, o conceito da dignidade humana é freqüentemente descrito a partir do processo de violação (cf. BVerfGE 1, 97 [104]; 27, 1 [6]; 30, 1 [25]; 72, 105 [115 ss.]). Partindo-se das experiências da época do nacional-socialismo, encontravam-se, primeiramente, no centro de suas ponderações, ocorrências como abuso, perseguição e discriminação. Trata-se principalmente, como o Tribunal Constitucional Federal formulou, em uma de suas primeiras decisões, da proteção “contra humilhações, rotulações, perseguição, proscricção, etc.” (cf. BVerfGE 1, 97 [104]). Mais tarde, a garantia da dignidade humana passou a ser parâmetro em face de novas ameaças de violação, como, nos anos 1980, em face do abuso no levantamento e na utilização de dados (cf. BVerfGE 65, 1). No contexto do tratamento [revisão reparadora] das injustiças praticadas na República Democrática Alemã, a violação de princípios humanistas, entre outros, sob o prisma do levantamento e transmissão de informações, passou a ser objeto da jurisprudência (cf. BVerfGE 93, 213 [243]). Atualmente, principalmente as questões que versam sobre a identidade pessoal e a integridade psíquico-social norteiam as discussões sobre o conteúdo da dignidade humana.

(1) O Tribunal Constitucional Federal enfatizou, repetidamente, que não é compatível com a dignidade da pessoa tomá-la como mero objeto do poder público (cf. BVerfGE 30, 1 [25 s. e 39 ss.]; 96, 375 [399]). Assim, não pode um criminoso ser tratado com violação de sua pretensão à valorização e respeito e, destarte, transformado em mero objeto do combate da criminalidade e da execução penal (cf. BVerfGE 45, 187 [228]; 72, 105 [116]).

No entanto, ao desempenho da fórmula do objeto são impostos limites (cf. BVerfGE 30, 1 [25]). Não raramente, a pessoa é mero objeto não só das condições e do desenvolvimento sociais, mas também do direito, ao qual se submete. Não restará já violada a dignidade humana pelo fato de alguém se tornar destinatário das medidas da persecução penal, mas, com certeza, quando a qualidade de sujeito do atingido for por princípio posta em xeque pelo tipo das medidas adotadas. Este é o caso quando o tratamento pelo poder público deixar de considerar o valor inerente a cada ser humano. Tais medidas também não podem ser adotadas para atender aos interesses da efetividade da Justiça penal e da busca da verdade.

Nesse contexto, um procedimento sigiloso do Estado ainda não viola, em si, o absolutamente protegido direito ao respeito. Se alguém for feito objeto de observação, isso não implica necessariamente numa inobservância de seu valor enquanto pessoa humana. Junto às observações, porém, deve ser preservado um núcleo inviolável da conformação da vida privada (sobre sua garantia, cf. BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]; 32, 373 [378 s.]; 34, 238 [245]; 80, 367 [373]). Se o Estado nela penetrasse, isso violaria a liberdade, concedida a toda pessoa de desenvolvimento em seus assuntos personalíssimos. Nem mesmo interesses preponderantes da coletividade podem justificar uma intervenção nesse núcleo absolutamente protegido da conformação da vida privada (cf. BVerfGE 34, 238 [245]).

(2) A proteção da dignidade humana também é concretizada no direito fundamental do Art. 13 I GG. A inviolabilidade do domicílio está intimamente relacionada com a dignidade humana e, ao mesmo tempo, está correlacionada com o mandamento constitucional da observância incondicional de uma esfera do cidadão em face de um exclusivamente privado – um “personalíssimo” – desenvolvimento. Ao indivíduo deve ser garantido o direito de ser deixado em paz, principalmente em suas dependências domiciliares (cf. BVerfGE 75, 318 [328]; vide também: BVerfGE 51, 97 [110]).

Do desenvolvimento da personalidade no núcleo da conformação privada da vida faz parte a possibilidade de expressar processos internos como sensações e sentimentos,

bem como pensamentos, pontos de vista e experiências de natureza personalíssima, sem medo de que órgãos estatais vigiem tais expressões. A proteção compreende, também, expressões de sentimentos, expressões de experiências inconscientes, bem como formas de expressão da sexualidade. A possibilidade do correspondente desenvolvimento pressupõe que o indivíduo disponha de um espaço livre, adequado para tanto. A comunicação confidencial também necessita de um substrato espacial, em todo caso, onde o ordenamento jurídico prevê uma proteção especial em prol da conformação personalíssima da vida, na qual os cidadãos confiam. Esse é, em regra, o domicílio privado, que pode ser fechado para os outros. Se o indivíduo dispuser de um tal espaço, poderá ficar a sós consigo mesmo e desenvolver-se livremente segundo os preceitos estabelecidos por ele mesmo. O domicílio privado é, como “último refúgio”, um meio de preservação da dignidade humana. Ainda que isso não requeira uma proteção absoluta dos cômodos do domicílio privado, mas, com certeza, a absoluta proteção do comportamento dentro destes cômodos, desde que se apresente como desenvolvimento individual no núcleo da conformação da vida privada.

(3) Essa proteção não pode ser enfraquecida por sua ponderação, baseada no princípio da proporcionalidade, com os interesses da persecução penal (cf. BVerfGE 34, 238 [245]; cf. também: BVerfGE 75, 369 [380]; 93, 266 [293]). Em verdade, sempre existirão formas especialmente graves de criminalidade e correspondentes situações de suspeita que fazem parecer a muitos a efetividade da administração da justiça penal, enquanto interesse relativo ao bem estar coletivo, como sendo mais importante do que a proteção da dignidade humana do acusado. Uma tal valoração [hierarquização de valores e interesse] é, no entanto, defesa ao Estado por força do Art. 1 I e do Art. 79 III GG .

bb) A vigilância acústica domiciliar para fins da persecução penal viola, então, a dignidade humana quando o núcleo da conformação da vida privada não for respeitado.

A subsunção de uma situação fática sob o núcleo intocável depende da constatação de se ela, segundo seu conteúdo, tem caráter personalíssimo, ou seja, também de como e com que intensidade ela por si tangencia a esfera de outrem ou os interesses da coletividade (cf. BVerfGE 80, 367 [374]). Determinantes são as peculiaridades de cada fato (cf. BVerfGE 34, 238 [248]; 80, 367 [374]). Decisivo saber é se está presente uma situação na qual, com base em indícios concretos ou

tipicamente, não havendo fundamentos fáticos contrários, o núcleo intocável da conformação da vida privada é atingido no caso concreto, como, por exemplo, no processo da observação de expressões dos sentimentos mais íntimos ou de formas de expressão da sexualidade.

cc) A autorização para a introdução da vigilância acústica domiciliar no Art. 13 III GG não viola o Art. 79 III c.c. Art. 1 I GG, porque ela somente possibilita regulamentações legais e medidas administrativas nestas baseadas que respeitem esses limites. (...).

(1) O Art. 13 III GG disciplina os pressupostos materiais e formais da juridicidade da intervenção.

(...).

(2) No Art. 13 III GG não foram descritos expressamente todos os limites que decorrem do mandamento de proteção absoluta do núcleo intocável da conformação da vida privada para a realização da vigilância acústica domiciliar com o propósito da persecução penal. Outros limites resultam – como ocorre junto a todas as normas de direito fundamental – de outros dispositivos constitucionais. (...).

(a) – (c) (...).

dd) Indispensáveis são, destarte, regulamentações legais que assegurem, em observância do princípio da clareza normativa, que o tipo e modo da vigilância acústica domiciliar não levem a uma violação da dignidade humana. A vigilância não poderá ser *ab initio* realizada naquelas situações nas quais existam elementos que indiquem que a dignidade humana será violada pela medida. Se, de resto, a vigilância acústica do domicílio conduzir inesperadamente ao levantamento de informações absolutamente protegidas, ela então terá que ser interrompida e as anotações feitas, apagadas; qualquer utilização de tais dados levantados absolutamente protegidos no âmbito da persecução penal não é permitida.

(1) Medidas para a proteção da dignidade humana não são exigidas somente em situações nas quais o indivíduo está só consigo, mas também quando ele se comunica com terceiros (cf. BVerfGE 6, 389 [433]; 35, 202 [220]) (...).

(2) Conversas que contenham dados sobre delitos cometidos não pertencem, segundo seu conteúdo, ao núcleo intocável da conformação da vida privada (cf. BVerfGE 80, 367 [375]). (...).

(3) Uma escuta da palavra não pública dita em residências deve não ser feita para se evitarem intervenções no núcleo da conformação da vida privada, quando alguém se encontrar só na residência ou exclusivamente com pessoas com as quais tenha uma relação de confiança especial, relação esta que toque o núcleo [em pauta], como, por exemplo, com familiares ou demais pessoas muito íntimas e quando não existirem elementos concretos que indiquem que os conteúdos dos esperados diálogos possam indicar uma relação concreta com delitos. (...).

(4) Para a classificação de uma situação fática, o conteúdo da conversa é determinante. (...).

(...).

(a) Os primeiros elementos para a avaliação da situação podem resultar do tipo das dependências a serem vigiadas.

(ã) Assim, as conversas tidas em dependências empresariais e escritórios têm tipicamente um caráter comercial e com isso uma relação social (cf. BVerfGE 34, 238 [248]). (...).

(â) Uma presunção para conversas provenientes do núcleo inviolável existem para [aquelas] dependências nas quais se reserva tipicamente, ou no caso concreto, a função de área de refúgio da conformação privada da vida. (...).

(b) Também há de se considerar que a probabilidade de se penetrar [ou não] no núcleo da personalidade por meio de medidas de vigilância aumenta ou diminui dependendo de quem se encontra na residência a ser vigiada.

(...)

(5) – (6) (...)

c) O Art. 13 III GG não viola também princípios inerentes à natureza do Estado de direito. (...).

(...)

II.

A autorização legal para proceder à vigilância acústica domiciliar no § 100 c I, n°. 3, II e III StPO, bem como a regulamentação da proibição do levantamento e da utilização de provas no § 100 d III StPO não observam suficientemente as exigências, tanto do Art. 13 I e III GG, quanto do Art. 2 1 c.c. Art. 1 I GG, em face da proteção da área intocável da conformação da vida privada, a serem feitas à configuração do catálogo de crimes [sujeitos às medidas de intervenção] e, no mais, à observância do

princípio da proporcionalidade. Os dispositivos [citados] são só parcialmente compatíveis com a *Grundgesetz*.

1. Parâmetros para o exame de constitucionalidade das autorizações para a vigilância acústica domiciliar contidas no Código de Processo Penal [StPO] são, sobretudo, o Art. 13 I e III GG e, ao lado dele, o Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG. Pelas medidas possibilitadas pelas normas podem ser todavia atingidos também outros direitos fundamentais, como, principalmente, o Art. 4 I e II, assim como o Art. 6 I e II GG.

a) O direito geral da personalidade derivado do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG não é, entretanto, aplicado ao lado do Art. 13 I GG, quando se tem que examinar intervenções na esfera privada espacial do morador.

O Art. 13 I GG contém uma garantia especial de proteção da esfera privada espacial contra a vigilância acústica estatal, o que até aqui afasta [a aplicabilidade] da norma geral (cf. BVerfGE 100, 3131 [358] para [o caso similar do] Art. 10 GG). Por causa dessa ampla área de proteção do Art. 13 GG, a especialidade atua não somente em face da vigilância estatal propriamente dita, mas é também estendida aos necessários atos preparatórios, assim como aos processos de manipulação de informações e dados que seguem ao levantamento, bem como à utilização dos conhecimentos conseguidos (cf. BVerfGE 100, 313 [359]).

Com o direito de não ser molestado na residência e com o direito à própria palavra falada dentro da residência, o Art. 13 I GG protege justamente a parte da esfera privada que normalmente é garantida pelo direito geral de personalidade [do Art. 2 I GG]. Esse direito complementa, como direito de liberdade inominado, os direitos de liberdade especiais, que igualmente protegem elementos constituintes da personalidade (cf. BVerfGE 54, 148 [153 s.]) somente nos casos em que estes últimos não ofereçam proteção.

b) A proteção do direito geral de personalidade do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG servirá, ao contrário, de parâmetro quando for afirmado por aquelas [outras] pessoas atingidas pela vigilância domiciliar que não puderem se valer do Art. 13 I GG. Titular do direito fundamental do Art. 13 I GG é todo possuidor ou morador de uma residência, independentemente de que relações jurídicas disciplinem a utilização da moradia. Esse direito fundamental se estende a todos os moradores de uma residência, no caso de serem vários, e, no caso de famílias, portanto, a todos os seus membros. Medidas de vigilância domiciliar podem afetar não só os seus moradores, mas também

aqueles que se encontrem por acaso na moradia [objeto da medida de vigilância]. Essas pessoas até não foram atingidas em seu direito fundamental do Art. 13 I GG, mas em seu direito geral de personalidade. A proteção derivada do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG não pode, no entanto, ir além daquela proteção derivada do Art. 13 I GG.

c) Finalmente, a proteção da esfera privada espacial e o direito geral de personalidade podem ser complementados, em alguns casos, com outras garantias de direito fundamental. Assim, a conversa entre cônjuges em sua própria residência não é só protegida pelo Art. 13 I GG, mas também, complementarmente, pelo Art. 6 I GG [proteção do matrimônio]. Também em relação à comunicação com portadores de segredos profissionais podem vir à pauta, ao lado da proteção da esfera privada espacial, direitos fundamentais que – como o do Art. 4 GG, no que concerne ao diálogo com um religioso – são destinados às especiais necessidades de proteção dos comunicantes.

2. A autorização legal impugnada para a escuta e registro de conversas domiciliares possibilita intervenções nos direitos fundamentais do Art. 13 I e no Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG.

a) Uma intervenção no direito fundamental da inviolabilidade do domicílio reside tanto na penetração física na moradia e na instalação de meios técnicos nos cômodos protegidos, como também na escuta daquilo que ocorre em seus interiores com o auxílio de meios acústicos (veja acima, C I 1). Essa intervenção é continuada com a gravação e a utilização das informações obtidas, assim como com a entrega destas a outras repartições públicas.

Toda forma de vigilância acústica ou visual domiciliar representa uma intervenção, pouco importando se a intervenção é feita pelo emprego de meios técnicos instalados nos ambientes protegidos ou fora do domicílio, como por exemplo com a utilização de microfones direcionados (cf. Tribunal Constitucional do Estado Livre da Saxônia, LVerfGE 4, 303 [383]). Isso só vale, porém, quando a vigilância externa captar aquele [determinado] ocorrido dentro do domicílio que escape à percepção natural de quem está fora do âmbito espacial protegido³²⁵. Com efeito, também a

³²⁵ Assim, o levantamento e registro de uma informação, obtida a partir de uma conversa muito alta, nitidamente perceptível do lado de fora do domicílio e sem a ajuda de meios técnicos, não representa uma intervenção na área de proteção do Art. 13 I GG (cf. o fundamento dado pelo TCF no texto que segue), mas eventual e tão somente na área de proteção do direito fundamental do Art. 2 I GG, em sua acepção do direito à própria palavra (aspecto do direito geral de personalidade).

percepção da comunicação dada no domicílio e audível fora dele sem auxílio de meios técnicos pode atingir a privacidade de tal comunicação. Mas tais expressões da vida não participam da proteção de direito fundamental do Art. 13 GG, porque o atingido não se vale da esfera privada espacial para sua proteção quando ele mesmo possibilitar a percepção da comunicação por fora da residência.

b) A vigilância acústica domiciliar intervém, além disso, no direito geral de personalidade quando forem atingidas pessoas que se encontrarem por acaso dentro de uma moradia submetida à medida de vigilância e que não possam se valer do direito fundamental mais específico do Art. 13 I GG (cf. acima, **C II 1 b**).

3. A autorização judicial para a realização da vigilância acústica domiciliar para fins de persecução penal é apenas parcialmente constitucional.

a) Os dispositivos legais devem estabelecer procedimentos suficientes para que não ocorram intervenções no núcleo absolutamente protegido da conformação privada da vida e, com isso, para que a dignidade humana seja preservada. Se essa proibição for desrespeitada, ou se uma medida intervier, inesperadamente, no núcleo absolutamente protegido da conformação da vida privada, tal medida deverá, então, ser interrompida e, providenciando-se que, por intermédio [da fixação] de obrigações de destruição de dados e de vedações de uso [das informações então obtidas], não haja maiores conseqüências. O § 100 d III StPO não atende de modo suficiente a essas exigências.

aa) O legislador não concretizou na lei as proibições de vigilância e levantamento de dados ordenadas constitucionalmente de maneira suficiente, tendo em vista o núcleo da conformação da vida privada.

(1) – (2): (a) – (b) (...).

bb) O legislador não estabeleceu no § 100 d Abs. 3 StPO procedimentos suficientes para que a vigilância [escuta] seja interrompida quando, inesperadamente, estiver presente uma situação que pertença ao núcleo da conformação da vida privada. Em tais casos, o prosseguimento da vigilância é antijurídico.

cc) Falta, igualmente, suficiente regulamentação que leve à vedação de um uso de dados [já levantados] quando o levantamento tenha sido feito sob violação do núcleo da conformação da vida privada e que, nesse caso, garanta a destruição dos dados já obtidos.

(1) A *Grundgesetz* impõe exigências ao legislador nos dois sentidos [do uso e da destruição de dados já levantados – cf. cc)].

(a) – (b) (...).

(2) O legislador só criou parcialmente uma regulamentação legal que satisfaça essas exigências constitucionais.

(a) – (d) (...).

b) Quando a vigilância acústica domiciliar não atingir o núcleo absolutamente protegido da conformação da vida privada, a sua constitucionalidade pressupõe [ainda] a observância do princípio da proporcionalidade, o qual, em parte, é melhor especificado no Art. 13 III GG. As decisões impugnadas não atendem plenamente essas exigências. Com efeito, elas até têm um propósito legítimo (**aa**), e são adequadas para o seu cumprimento (**bb**), assim como necessárias (**cc**). A limitação da utilização da vigilância acústica domiciliar aos casos de crimes especialmente graves, prevista no Art. 13 III GG, foi observada apenas parcialmente pelo legislador no § 100 c I n.º. 3 StPO (**dd**). No mais, a autorização legal não revela, em sendo interpretada restritivamente, quaisquer problemas constitucionais (**ee**).

aa) A autorização impugnada para a vigilância acústica domiciliar tem um propósito legítimo do ponto de vista constitucional.

Com a autorização, o legislador persegue, paralelamente ao propósito geral de esclarecimento de delitos graves, especialmente o alcance do objetivo de melhorar o instrumentário jurídico para o combate à criminalidade organizada. Segundo a fundamentação do projeto-lei [“exposição de motivos”], a vigilância acústica domiciliar deve possibilitar a penetração no círculo interior das respectivas organizações criminosas e o esclarecimento de suas estruturas (cf. BTDrucks. 13/8651, p. 1, 9). Uma ampliação do instrumentário pela vigilância acústica domiciliar foi considerada como inabdicável para tanto, sobretudo para o fim da investigação e condução dos principais responsáveis, organizadores, financiadores e mentores (cf. BTDrucks. 13/8651, p. 9 s., 12 s.). Não obstante, a lei não se restringe, segundo sua área de aplicação, a casos da criminalidade organizada.

O Tribunal Constitucional Federal salientou várias vezes as inegáveis necessidades de uma persecução penal e combate ao crime eficazes, enfatizou o interesse público na elucidação mais completa possível da verdade no processo penal – para a prisão de criminosos assim como para a desoneração de inocentes – e caracterizou o efetivo esclarecimento de crimes graves como uma tarefa primordial de uma coletividade própria do Estado de direito (cf. BVerfGE 77, 65 [76]; 80, 367 [375]; 100, 313 [389]; 107, 299 [316]).

bb) A vigilância acústica domiciliar, com base no § 100 c I n°. 3 StPO, é também, por princípio, adequada para a persecução dos crimes relacionados nesse dispositivo.

Uma lei é adequada ao cumprimento do [seu] propósito quando, com sua ajuda, o êxito almejado puder ser [considerado como] fomentado. Cabe ao legislador uma margem de ação [discricionariedade] no julgamento da adequação do meio [de intervenção] escolhido, bem como junto ao prognóstico e na avaliação dos perigos que ameaçam a comunidade (cf. BVerfGE 77, 84 [106]; 90, 145 [173]). No caso concreto, a prerrogativa de avaliação do legislador é influenciada pela peculiaridade da situação fática em questão, pelas possibilidades de formação de uma conclusão segura e da importância dos bens jurídicos em jogo (cf. BVerfGE 50, 290 [332 s.]; 88, 203 [262]; 90, 145 [173]).

(1) Não existem fundadas dúvidas constitucionais quanto à adequação, por princípio, da vigilância acústica domiciliar para fins da investigação de delitos penais.

Isso é confirmado pelos relatórios anuais e pelo relatório resumido de experiências do Governo Federal sobre os efeitos da vigilância acústica domiciliar. Nos anos relatados de 1998 a 2001, foram empregados meios de escuta em 78 domicílios em um total de 70 processos. Em 41 do total de 70 casos, os conhecimentos auferidos resultantes da medida não foram importantes para o processo de investigação. Um quadro semelhante ocorreu no ano de 2001. Nesse interregno relatado, foram dadas em 17 casos ordens para o emprego da vigilância acústica domiciliar. Em nove deles, e com isso, novamente em mais da metade de todos os casos, as medidas acústicas foram irrelevantes para o processo de investigação.

Como razões para a parcimônia no uso da vigilância acústica domiciliar verificada até aqui, são dados os elevados custos financeiros e com pessoal, bem como problemas na realização técnica da medida. Em alguns casos, não se chegou a reconhecimentos relevantes para o processo, porque as medidas já haviam fracassado tecnicamente [ocorrência de falhas técnicas dos instrumentos ou do sistema de implementação]. Além disso, o Governo Federal aponta o fato de que principalmente a colocação dos necessários meios técnicos no domicílio do acusado ou de terceiros mostrou-se difícil (cf. BTDrucks. 14/8155, p. 7 e 13). Por outro lado, não resta claro se correspondentes medidas contrárias dos acusados teriam frustrado em extensão considerável o êxito da vigilância acústica domiciliar.

Às medidas de investigação irrelevantes se contrapõem, todavia, uma série de vigilâncias domiciliares que, segundo informações de vários órgãos da Administração

judiciária estadual, trouxeram à tona reconhecimentos decididamente importantes para o processo penal. Isso ocorreu principalmente nos casos em que o acusado se comportou, também em conversas telefônicas, de forma extremamente conspirativa e camuflada. Em tais casos, a avaliação da vigilância acústica domiciliar teria essencialmente levado ao almejado êxito investigatório. Também os especialistas ouvidos pelo Senado, o procurador geral da república Dr. *Thiel*, os Professores Dr. *Pfeiffer* e Dr. *Kerner*, bem como o Livre Docente Dr. *Kinzig*, partem da premissa de que a vigilância acústica domiciliar pode contribuir, como método investigativo camuflado, para o esclarecimento dos crimes perseguidos por intermédio dela.

Se uma medida da persecução penal tem êxito pelo menos parcial, ela não fere o mandamento da adequação.

(2) No entanto, o legislador persegue, com a autorização de intervenção, também o propósito especial de penetrar nas estruturas e no âmbito interno da criminalidade organizada. Esse propósito sempre foi mencionado no decorrer da gênese do Art. 13 III GG, assim como na gênese das autorizações do Código de Processo Penal, como sendo a justificativa decisiva, ainda que não exclusiva, das medidas de vigilância. O dismantelamento das estruturas da criminalidade organizada deve contribuir para a sua aniquilação e, com isso, também impedir o cometimento de outros crimes. A isso, o legislador associa o dado enfatizado por muitos criminologistas, sob influência dos especialistas ouvidos, de que a repressão e a prevenção estão intimamente ligadas no combate à criminalidade organizada. A medida intensamente interventora em direitos fundamentais da vigilância acústica domiciliar justifica-se diretamente pelo fato de ajudar a cumprir o propósito, além da repressão, também de prevenção num âmbito de criminalidade considerado especialmente perigoso, por meio da vista em suas estruturas e por meio de seu dismantelamento.

(a) O fenômeno da criminalidade organizada é, no entanto, de difícil descrição, tanto é que hodiernamente só são possíveis definições limitadas de como pode ser alcançado o especial objetivo almejado pelo legislador.

Já [de início] a definição do conceito da criminalidade organizada é difícil. Na discussão pública, a definição conceitual segue normalmente o grupo de trabalho comum da Conferência dos Ministros do Interior e da Justiça³²⁶. Por esta, entende-

³²⁶ Em ambos os casos, trata-se de ministros no plano estadual, equivalentes aos secretários do primeiro escalão da Administração pública estadual no Brasil. O chefe do Executivo estadual é o *Ministerpräsident*, literalmente presidente dos ministros.

se por criminalidade organizada “a prática planejada, determinada pela ambição de lucro e poder, de crimes, que, isolada ou em sua totalidade, sejam bastante relevantes, quando mais de dois agentes trabalham conjuntamente, por período longo ou indeterminado, com divisão de tarefas e utilização de estruturas empresariais ou semelhantes, sob emprego de violência ou outros meios adequados de intimidação, ou com a tomada de influência na política, mídia, Administração pública, Justiça ou economia” (MinBl. NW 1990, p. 1721). Esta definição mostra, que, como criminalidade organizada não deve ser entendido um tipo penal delimitável ou a soma de tipos penais isolados, mas uma complexa forma de apresentação de comportamentos delinqüentes.

À indeterminação da definição somam-se incertezas quanto ao tamanho e às formas de incidência da criminalidade organizada existente na Alemanha. O fenômeno foi esclarecido do ponto de vista criminológico de maneira somente parcial, apesar dos vários estudos, principalmente do Instituto de Criminalística do Departamento Federal de Criminalística [*Bundeskriminalamt* – BKA]. Em sua mais nova pesquisa sobre a criminalidade organizada na Alemanha, até hoje a mais abrangente, ainda que não representativa, o Livre Docente Dr. *Kinzig*, ouvido como especialista pelo Senado [do TCF], chega a uma conclusão cética (mais sobre isso: *Kinzig. Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität*, 2003). Ele não pôde encontrar em suas pesquisas um potencial de ameaça nitidamente mais elevado em relação aos campos tradicionais da criminalidade nos casos por ele analisados, encontrando-os no máximo isoladamente. Como diferenças para casos de criminalidade habitual ele menciona: a prática de assim chamados delitos sem vítimas, uma grande participação de estrangeiros, bem como a internacionalidade dos atos praticados. Juntar-se-iam a isso uma certa distribuição e periodicidade dos trabalhos, assim como a observância de planejamento nas ações, profissionalismo e conspiração.

(b) Se, com isso, existem [ou não] estruturas, para cujo descobrimento a vigilância acústica domiciliar possa contribuir de maneira especial, enquanto meio da persecução penal, não se pode determinar hoje conclusivamente. Os Estados-membros partem, no entanto, unânimes, dos pareceres coletados pelo Governo Federal e apresentados ao tribunal [TCF], de que a medida de investigação, na prática, é por princípio adequada para esclarecer, não só delitos no âmbito da criminalidade organizada, como também para penetrar em suas estruturas organizacionais.

Não se pode impugnar constitucionalmente que o legislador tenha partido de uma tal estimativa. A insegurança remanescente torna necessário observar o desenvolvimento, examinando constantemente se o instrumento investigatório é realmente adequado também para alcançar o especial objetivo com ele suficientemente perseguido (em face do reexame de regulamentações legais, cf. BVerfGE 33, 171 [189 s.]; 37, 104 [118]; 88, 203 [310]).

O legislador já tomou providências para tanto. Um (re)exame constante já é assegurado principalmente pela obrigatoriedade fixada no Art. 13 VI GG c.c. § 100 e StPO da apresentação de relatórios. Além disso, o Governo Federal encomendou uma pesquisa de situação jurídica sobre os efeitos da vigilância acústica domiciliar, para instrução complementar da Câmara Federal, que deverá estar concluída em maio de 2004.

cc) A lei impugnada também é necessária para o alcance de seu propósito. Um meio igualmente eficaz, porém menos ofensivo aos direitos fundamentais, não existe (1). No mais, o legislador assegurou suficientemente a preservação da necessidade da vigilância acústica domiciliar por meio de pré-requisitos normativos endereçados ao tipo normativo da intervenção (2).

(1) Não se tem ciência de medidas investigatórias que sejam [a um tempo] em geral menos onerosas e, para o alcance do mesmo propósito de esclarecimento, igualmente adequadas.

Também no julgamento da necessidade do meio escolhido para o alcance dos objetivos almejados, cabe ao legislador uma margem de avaliação [discricionariedade], cuja utilização pode ser controlada somente de maneira limitada pelo Tribunal Constitucional Federal (cf. BVerfGE 90, 145 [173]). Na avaliação do legislador, não existem alternativas à vigilância acústica domiciliar que sejam menos onerosas aos direitos fundamentais. Métodos investigatórios tradicionais, incluindo a escuta telefônica, não bastariam, em regra, para introduzir, junto a bandos organizados, que se apartam quase que completamente do mundo externo, medidas investigatórias no núcleo da criminalidade organizada. Da crescente ameaça ao cidadão e ao Estado decorre a premente necessidade de, além das medidas de persecução penal convencionais, permitir a utilização de meios técnicos para a escuta domiciliar (cf. BTDrucks. 13/8650, p. 4 e 13/8651, p. 9, 10 e 13). Essa avaliação não pode ser, pelo menos no estágio atual do conhecimento sobre as formas da criminalidade organizada, impugnada constitucionalmente.

O propósito de esclarecimento depende da situação investigatória concreta, de tal sorte que só se pode avaliar com segurança no caso concreto se existe uma alternativa menos onerosa. Assim, o emprego de um investigador disfarçado não poderá ser, então, considerado uma medida igualmente adequada e menos onerosa, em todo caso, quando se tratar de investigações em um campo conspirativo e isolado da criminalidade organizada, com lideranças étnicas homogêneas. A escuta telefônica também não terá sempre o mesmo sucesso, porque com ela só podem ser ouvidas conversas tidas ao telefone. No caso de diálogos decisivos da cúpula da organização, isto, todavia, freqüentemente não ocorre. Também a observação de pessoas não é meio igualmente adequado. Com ela se podem até descobrir os contatos sociais do acusado, mas não se obtendo, porém, nenhum conhecimento sobre os conteúdos da comunicação do acusado.

(2) O legislador, além disso, introduziu medidas jurídicas assecuratórias para que a vigilância acústica domiciliar só seja utilizada como último meio.

Já o Art. 13 III GG determina que a vigilância acústica domiciliar somente poderá ser utilizada se a investigação dos fatos de outra maneira for desproporcionalmente difícil ou sem perspectivas. Essa disciplina subsidiária foi inserida no § 100 c I n.º. 3 StPO. A vigilância acústica domiciliar só é, portanto, admitida como último meio da persecução penal.

(a) O Art. 13 III GG permite a vigilância acústica domiciliar quando a investigação dos fatos se mostrar, feita de outra maneira, desproporcionalmente difícil. O elemento do tipo “desproporcionalmente difícil” delimita o esforço investigatório, que seria presumivelmente necessário, se as autoridades da persecução penal desistissem no caso concreto da vigilância acústica domiciliar, tomando no lugar dela outras medidas investigatórias. O Código de Processo Penal conhece, nas cláusulas de subsidiariedade até aqui existentes para competências processuais de intervenção, os conceitos “difícil” e “substancialmente difícil”. A dificuldade desproporcional contém, em face destes elementos do tipo normativo, mais uma gradação e expressa uma hierarquia, na qual a vigilância acústica domiciliar só aparece como último meio permitido (cf. BTDrucks. 13/8650, p. 5). O pensamento da *ultima ratio* pressupõe a falta de perspectiva de outras medidas investigatórias, sendo determinante também para o prognóstico da dificuldade. O legislador titular do poder constituinte derivado intentou ponderar, de modo especial, as necessidades tático-investigatórias com o significado do ônus infligido ao bem jurídico. Dificuldades no trabalho de investigação

devem ser aceitas até o [alcance do] grau da desproporcionalidade, antes que se possa recorrer ao meio da vigilância acústica domiciliar.

(b) A vigilância acústica domiciliar também é, em face do elemento típico normativo da falta de perspectiva na concorrência com outras medidas investigatórias, o último meio [permitido] da persecução penal.

No entanto, ao lado da escuta e registro da palavra não pública falada no domicílio, a escuta telefônica, a escuta perpetrada fora do domicílio e a utilização do investigador disfarçado também só serão permitidas legalmente se a investigação dos fatos feita outra forma não tiver perspectivas de sucesso. Numa interpretação literal, surgiria dessa maneira uma referência circular entre aquelas normas que contenham a falta de perspectiva de outras medidas investigatórias como elementos típico-normativos de subsidiariedade. Isso não corresponderia ao sentido da regulamentação.

Constitucionalmente, a vigilância acústica domiciliar recua perante a totalidade das outras medidas investigatórias. Ela só deve ser aplicada nos casos em que outras medidas investigatórias fracassem. A intenção do legislador titular do poder constituinte derivado, de, por causa da gravidade da intervenção, amparado na cláusula de subsidiariedade escolhida, conformar a vigilância acústica domiciliar como *ultima ratio* na persecução penal, se relaciona, neste mister, não somente com o elemento típico-normativo da dificuldade desproporcional, mas também, do mesmo modo, com o elemento típico-normativo da falta de perspectiva [do uso de meio alternativo]. O legislador titular do poder constituinte derivado inseriu a cláusula da subsidiariedade diretamente no Art. 13 III GG, conferindo-lhe, assim, um caráter constitucional e, com isso, um peso especial diante de outras cláusulas de subsidiariedade das leis ordinárias.

dd) Desde que a vigilância acústica domiciliar não atinja o absolutamente protegido núcleo da conformação da vida privada, o legislador titular do poder constituinte derivado, concretizando o princípio da proporcionalidade do Art. 13 III GG, elencou requisitos especiais à juridicidade da medida. O catálogo de crime do § 100 c I, n.º. 3 StPO não atende a esses requisitos constitucionais, já que ele não se limita a graves crimes na acepção do Art. 13 III GG.

O legislador titular do poder constituinte derivado limitou a autorização contida no Art. 13 III GG, no sentido de que a suspeita deve recair sobre um crime individualmente fixado pela lei. Na seqüência, a autorização do § 100 c I, n.º. 3 StPO foi limitada a um assim chamado catálogo de ações [crimes]. O legislador até

reconheceu, o que se depreende dos materiais legislativos [projetos de lei, protocolos de suas discussões parlamentares nas diversas comissões legislativas, etc. = objetos da interpretação genética] (cf. BTDrucks. 13/8650, p. 3; 13/8651, p. 13; 13/9642, p. 4; 13/9661, p. 6), a necessidade de que a grave intervenção do direito fundamental do Art. 13 III GG só é justificada no caso de um crime especialmente grave, mas não a colocou em prática de maneira correta. Com o catálogo de crimes do § 100 c I, n.º. 3 StPO não se reconhece segundo quais critérios os mais variados tipos de crimes e delitos lá listados foram escolhidos. As normas [de direito material] referidas servem à proteção dos mais diversos bens jurídicos e os crimes [elencados] têm os mais diversos conteúdos de antijuridicidade. Também não se pode sempre deduzir uma especial gravidade do crime a partir do respectivo alcance da pena. Listados foram crimes para os quais foram previstas penas de multa ou penas restritivas da liberdade a partir de três meses como pena mínima e outros com pena máxima de até três anos, mas também com prisão perpétua. Esse catálogo de crimes só atende parcialmente à exigência constitucional da limitação da vigilância acústica domiciliar na persecução de crimes especialmente graves.

(1) Determinante para a gravidade da antijuridicidade tipificada é a importância do bem jurídico violado e outros elementos definidos no tipo normativo, em existindo, também em uma norma qualificadora, assim como as conseqüências do delito. Apenas esses elementos têm que fundamentar a gravidade especial, nitidamente acima da média do respectivo tipo penal.

(a) O conceito constitucional do crime especialmente grave não pode ser equiparado à definição processual penal da infração de significado relevante. No Código de Processo Penal há, ao lado da vigilância acústica domiciliar, outras medidas de intervenção que pressupõem uma certa importância da ação [crime] a ser esclarecida. Assim, a impressão digital (§ 81 g), a busca policial sistemática (*Rasterfahndung*) (§ 98 a), a informação sobre dados de ligações da telecomunicação (§ 100 g) e o emprego de um investigador disfarçado (§ 110 a) só são permitidos se a infração a ser investigada representar um crime de maior relevância. Um tal crime deve, no mínimo, fazer parte da criminalidade média, perturbar sensivelmente a ordem pública e ser apto a afetar consideravelmente o sentimento da segurança jurídica da população (cf. BVerfGE 103, 21 [34]; 107, 299 [322]).

“Os crimes especialmente graves”, pressupostos no Art. 13 III GG, têm que ultrapassar nitidamente a área da média criminalidade. Não corresponderia ao sentido

e propósito do Art. 13 III GG, submeter a vigilância acústica domiciliar somente a pressupostos que sejam previstos para medidas de investigação com menor grau de intervenção. Enquanto que, no emprego de um investigador disfarçado, a obtenção de informações – ainda que baseada em dolo [no sentido não típico-normativo, vez em que praticado nesse contexto por órgão estatal, n.org.] – ocorre com a aquiescência do investigado, a vigilância acústica domiciliar se processa sem o conhecimento deste. A informação sobre dados de ligações telefônicas até constitui uma considerável intervenção no sigilo das telecomunicações (cf. BVerfGE 107, 299 [318]); não conduz, porém, ao conhecimento de conteúdos de conversas e, por isso, apresenta uma proximidade menor ao núcleo da conformação da vida privada. Segundo a avaliação do legislador titular do poder constituinte derivado, a vigilância acústica domiciliar representa, no espectro das medidas processuais penais, uma intervenção especialmente grave nos direitos fundamentais, que, por isso, também com vistas à gravidade do crime a ser investigado, está vinculada a pressupostos de intervenção particularmente rigorosos.

(b) Com isso, o legislador não está limitado à escolha de tipos penais que podem ser classificados como crimes na acepção do § 12 StPO. Quisesse o legislador titular do poder constituinte derivado orientar-se pela classificação dos delitos penais em crimes e contravenções, teria certamente formulado o Art. 13 III GG de uma maneira correspondente [a este desiderato]. Também a inclusão de tipos normativos de contravenção no catálogo de crimes do dispositivo impugnado é permitido segundo o Art. 13 III GG, se os tipos normativos [infraconstitucionais] preencherem o requisito normativo constitucional do crime especialmente grave.

(c) Na escolha dos delitos a serem considerados, o legislador não ficou restrito, pelo Art. 13 III GG, àqueles crimes, que representam formas típicas da criminalidade organizada, ou que foram, no caso particular, praticados neste campo. O combate à criminalidade organizada até foi e é o motivo e ensejo da modificação do Art. 13 GG. Isso não teve como consequência, porém, no parágrafo 3º [Art. 3 III GG], uma limitação do catálogo de crimes aos delitos próprios exclusivamente da criminalidade organizada.

Por outro lado, não podem crimes ser considerados especialmente graves só por serem típicos da criminalidade organizada. No âmbito da criminalidade organizada são cometidos tanto graves quanto também crimes leves. As exigências do Art. 13 III GG não poderão ser consideradas atendidas só porque um delito ocorre no campo da

criminalidade organizada, se essa forma de prática delituosa não encontrar respaldo no tipo penal, fundamentando a particularmente grave antijuridicidade da ação (*Tatunrecht*).

(d) O Art. 13 III GG exige que os delitos do catálogo enumerados já sejam, como tais e não somente em um caso [concreto] isolado, bastante graves. Se já a possível grave antijuridicidade de um delito for considerada no caso isolado como suficiente para sua inserção no catálogo de crimes, o elemento do tipo normativo do crime especialmente grave do Art. 13 III GG teria sua função de limitar a intervenção subtraída, porque, em última instância, praticamente todo delito tipificado no Código Penal pode ser, no caso concreto, particularmente grave e, com isso, poderia ser inserido [*ad hoc*] no catálogo de crimes. Por essa interpretação do Art. 13 III GG, a formação desse catálogo seria aleatória e, sobretudo, também aleatoriamente ampliável.

(e) A intervenção pela vigilância acústica domiciliar, na interpretação restritiva do § 100 c I, n.º. 3 StPO, tem como premissa que a suspeita de um crime do catálogo, tida como abstratamente grave, também seja grave no caso concreto (cf., em relação ao § 100 g StPO, BVerfGE 107, 299 [322]). Com efeito, a intervenção no direito fundamental domiciliar tem que, no caso particular, ser justificada tendo em vista a violação [concreta] do bem jurídico provocada pelo crime.

Um ponto de referência para a gravidade são as conseqüências do delito para os bens jurídicos atingidos. Em determinados crimes – como o homicídio qualificado e o homicídio simples – a gravidade suficiente também no caso concreto já se encontra indicada no bem jurídico violado. Em outras, faz-se necessária a constatação autônoma [uma constatação da gravidade feita à parte, independente da natureza do bem jurídico violado]. A gravidade especial do delito, no caso concreto, pode ser fundamentada, principalmente, com sua ligação fática com outros crimes do catálogo ou com a verificação da colaboração de seus autores com outros criminosos. Essa situação ocorre no caso de uma complexa empreitada criminosa, que conta com uma divisão de tarefas, eventualmente distribuídas entre vários agentes e que atinge vários bens jurídicos, divisão esta considerada típica da criminalidade organizada no entendimento do legislador titular do poder constituinte derivado. Para os crimes igualmente elencados de traição da paz, traição da pátria e determinados delitos de periclitación do Estado democrático de direito pode valer o mesmo. Fica visível que o legislador pensou nesses complexos de delitos, especialmente pelo fato de que ele, o que mostram os materiais legislativos [objetos da interpretação genética], esperou, com o instrumentário do

Art. 13 III GG, chegar também aos principais responsáveis, organizadores, financiadores e mentores (cf. BTDrucks. 13/8651, p. 9). A gravidade do crime só pode se relacionar em verdade com a ação respectivamente praticada e não com ações esperadas somente para o futuro. Neste ponto, porém, o conteúdo de antijuridicidade de todo o complexo delituoso pode retroagir para o efeito de avaliar o delito como grave.

(2) O legislador não limitou a normatização dos delitos catalogados a crimes que, abstratamente considerados, sejam especialmente graves na acepção do Art. 13 III GG. Até a medida em que isso não ocorreu, o § 100 c I, n.º. 3 StPO não basta ao Art. 13 III GG. Conforme os § 78, 2 [2º período], § 82 I BVerfGG, que devem ser aplicados no processo da Reclamação Constitucional (cf. BVerfGE 18, 288 [300]), subordinam-se ao exame também as alterações legais ocorridas após o ajuizamento da Reclamação Constitucional.

(a) Da margem entre as penas mínima e máxima previstas (*Strafrahmen*) da norma penal se conclui se o delito foi classificado pelo legislador como especialmente grave. O catálogo de crimes do § 100 c I, n.º. 3 StPO abrange, ao lado de tipos normativo definidores de crime e de contravenção, também outros de cujas margens entre as penas mínima e máxima previstas (*Strafrahmen*) não expressa um conteúdo de antijuridicidade acima da média. As penas mínimas vão desde multas até penas restritivas de liberdade de três ou de seis meses, até aquelas de um ano, dois, três, cinco ou dez anos. As penas máximas também variam de três, cinco e dez anos até a prisão perpétua.

O legislador dispõe de uma margem de julgamento na determinação do conteúdo de antijuridicidade de um delito e na decisão de quais crimes deverão servir de ensejo para a vigilância acústica domiciliar. Relativamente ao Art. 13 III GG, tem que se tratar, em abstrato, de um crime especialmente grave. Para tanto, a margem entre as penas mínima e máxima dá um ponto de referência decisivo. Parte-se de uma gravidade especial de um crime na acepção do Art. 13 III GG somente se o legislador em todo caso previu pena máxima superior a cinco anos de reclusão. Segundo a sistemática legislativa, fixa-se, nos tipos normativos com uma medida penal superior [pena básica] que vai além dos cinco anos de reclusão, ao mesmo tempo uma pena máxima fixada de dez anos ou mais de reclusão. Essa pena máxima é reservada àqueles delitos que impliquem numa antijuridicidade especialmente grave, extrapolando, com isso, nitidamente o âmbito da criminalidade média.

(b) Com a aplicação desse parâmetro, a referência do § 100 c I, n.º. 3 StPO àqueles tipos penais, que, identificados por sua previsão de pena, se enquadrarem, no

máximo, na área da criminalidade média, se revela inconstitucional. Destes fazem parte, na versão atual do § 100 c I, n.º. 3, alínea a StPO: preparativos para a falsificação de cartões bancários com função de garantia de matrizes de cheques da Comunidade Européia (§ 152 b V c.c. § 149 I StGB); preparação de um rapto (§ 234 a III StGB); lavagem de dinheiro, encobrimento de valores patrimoniais ilegalmente adquiridos (§ 261 I, II StGB); corrupção (§ 332 I, também c.c. III StGB); suborno (§ 334 StGB). No § 100 c I, n.º. 3, alínea b StPO são atingidos [as seguintes normas penais materiais com seus respectivos tipos]: § 51 (com exceção da qualificadora do parágrafo 2º - § 51 II), bem como o § 52 I, n.º. 1, 2 alínea “c” e “d”, VI da Lei de Armas; § 34 I a III da Lei do Comércio Exterior; § 19 I e III, n.º. 1, bem como § 22 a I e III da Lei do Controle de Armas Bélicas. No § 100 c I, n.º. 3 alínea “c” StPO estão compreendidos: o § 30 da Lei de Entorpecentes c.c. o § 129 StGB. No § 100 c I, n.º. 3 alínea “d” StPO, não atendem às exigências: incitação à guerra (§ 80 a StGB); violação de uma proibição de associação (§ 85 StGB); atividades de agente para fins de sabotagem (§ 87 StGB); sabotagem contra Constituição (§ 88 StGB); revelação de segredos de Estado (§ 95 I StGB); espionagem de segredos de Estado (§ 96 II StGB); atividades de agente lesa-pátria (§ 98 I 1 StGB); atividades de agente de serviços secretos (§ 99 I StGB); falsificação lesa-pátria (§ 100 I e II StGB). Finalmente, não condizem com as exigências no § 100 c I, n.º. 3 alínea “e” StPO: formação de associação criminosa num caso especialmente grave (§ 129 IV c.c. I StGB); apoio a uma associação terrorista (§ 129 a III, bem como V 1, 2ª. sub-período e 2, também respectivamente c.c. § 129 b I StGB).

Inconstitucionais também eram a referência, no § 100 c I, n.º. 3 alínea “a” ao § 152 a V c.c. § 149 I StGB e a referência feita no § 100 c I, n.º. 3 “b” StPO, ao § 52 a da Lei de Armas na redação da Lei para Modificação do Direito de Armas de 31 de maio de 1978 (BGBl. I, p. 641) com exceção da qualificadora segundo o parágrafo 2º [§ 100 c II StPO), bem como ao § 53 I 1, n.º. 1 e 2, 2 (2º. período) da Lei de Armas na redação da Lei para Modificação da Lei de Armas de 4 de março de 1976 (BGBl. I, p. 417). O mesmo vale para a referência do § 100 c I, n.º. 3 alínea “b” StPO ao § 22 a I e III da Lei de Controle de Armas Bélicas na redação da Lei para modificação do direito de armas de 31 de maio de 1978 (BGBl. I, p. 641; à época: § 16). Igualmente inconstitucionais eram as referências do § 100 c I, n.º. 3 alínea “e” StPO ao § 129 a III StGB, na redação da Sexta Lei de Reforma do Direito Penal de 26 de janeiro de 1998 (BGBl. I, p. 164), bem como ao § 129 a III StGB na redação vigente até 27 de

dezembro de 2003 da Lei de Introdução do Código Penal Internacional de 26 de junho de 2002 (BGBl. I, p. 2254).

Desde que esteja prevista uma pena máxima superior a cinco anos, a referência ao catálogo de crimes corresponde às prescrições constitucionais. Não há objeções constitucionais a fazer contra referências a tais tipos normativos qualificadores, que prevejam uma pena máxima superior a cinco anos sob pressupostos normativos específicos, melhor definidos em um tipo qualificador com pelo menos um exemplo de regra, como, por exemplo, [ocorre com] o § 261 IV StGB ou o § 51 II da Lei de Armas. Se o tipo penal fundamental satisfizer as exigências, então ele não sairá do catálogo quando em casos menos graves não detalhadamente estabelecidos pelo legislador tiver sido prevista uma pena máxima menor do que cinco anos de reclusão.

ee) A autorização legal corresponde, no mais, pelo menos em se interpretando restritivamente, às exigências do Art. 13 III GG e ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

(1) Na relação de tensão entre a obrigação do Estado de garantir uma administração da Justiça penal conforme o Estado de direito e o interesse do acusado e dos terceiros atingidos na proteção de seus direitos constitucionalmente outorgados, é, primeiramente, tarefa do legislador alcançar um equilíbrio abstrato entre os interesses opostos. Além disso, os tribunais devem, quando da interpretação e aplicação de normas restritivas de direitos fundamentais, preocupar-se com a adequação³²⁷ das decisões concretas por eles tomadas. O mesmo vale para os órgãos executores de medidas de vigilância. Nesse [último] caso, o princípio da proporcionalidade é também determinante, na medida em que o Art. 13 III GG não previu expressamente pressupostos para a conformação da competência de intervenção processual penal impugnada e para sua aplicação no caso concreto.

(2) O § 100 c I, n°. 3 StPO não pode ser, segundo esses princípios - independentemente do catálogo de crimes a ele ligado -, numa interpretação restritiva, impugnado constitucionalmente.

(a) O grau de suspeição fixado no § 100 c I, n°. 3 StPO não revela problemas constitucionais.

(...).

³²⁷ Na acepção da proporcionalidade em sentido estrito ou da ponderação entre as vantagens e desvantagens da intervenção para ambas as "partes", basicamente Estado e indivíduo.

(b) Uma elevação no nível de suspeição contido no § 100 c I, n.º. 3 StPO não é ordenada por razões de proporcionalidade. (...).

(...).

(3) O § 100 c I, n.º. 3 StPO é compatível com o Art. 13 III GG e com o princípio da proporcionalidade, na medida em que, paralelamente à investigação dos fatos, também permite a investigação do paradeiro do “infrator”.

O Art. 13 III GG menciona como objetivo da busca somente a investigação dos fatos. Além disso, ele autoriza somente a vigilância de residências nas quais o acusado presumivelmente se encontre. A vigilância acústica domiciliar só pode, assim, ser direcionada contra o acusado e não contra outras pessoas. Isso pressupõe que se saiba, ou, pelo menos, se possa presumir que o acusado se encontra na residência. No entanto, a medida pode objetivar também a obtenção de informações sobre o paradeiro permanente do infrator, desde que isso se mostre necessário à investigação do caso. Além disso, ela pode vir à pauta para a investigação do paradeiro de comparsas. Na fundamentação [exposição de motivos] do projeto de lei, o legislador titular do poder constituinte derivado vê a descoberta do paradeiro de comparsas como parte da investigação do caso e, portanto, como objetivo de descoberta lícito de uma vigilância acústica domiciliar para fins de persecução penal (cf. BTDrucks. 13/8650, p. 5, bem como 13/8651, p. 13).

(4) Numa interpretação restritiva do dispositivo impugnado do § 100 c I, n.º. 3, II, 4 e 5 e III StPO, pode-se afirmar também que terceiros não suspeitos são atingidos pela vigilância acústica domiciliar apenas com uma intensidade que se encontra em uma relação adequada [razoável, equilibrada] em face dos interesses gerais de uma efetiva persecução penal perseguidos pela medida investigatória. Uma vigilância de terceiros, porém, é vedada – como sempre – desde o início se a comunicação versar sobre o núcleo da conformação da vida privada. Isso não será o caso se o suspeito se encontrar em residência conspirativa, alugada de um terceiro. Em contraposição, o núcleo será por outro lado atingido, se o acusado procurar a residência de um amigo ou de um membro da família somente passageiramente ou como visita.

(a) Para a razoabilidade [proporcionalidade em sentido estrito] de uma medida limitadora de direitos fundamentais, a intensidade da intervenção é co-determinante. Por isso, é importante esclarecer quantas pessoas e em que intensidade estarão expostas ao ônus, e se essas pessoas deram aqui motivo para tal (cf. BVerfGE 100, 313 [376]). [A determinação do] O peso do ônus depende do fato de as pessoas permanecerem [ou não]

anônimas, de quais circunstâncias e conteúdos da comunicação foram abrangidos pela medida e de quais prejuízos ameaçam os titulares de direitos fundamentais ou por eles temidos não sem motivos a partir da medida de vigilância (cf. BVerfGE 100, 313 [376]; 107, 299 [320]). Também faz diferença se as medidas investigatórias são executadas numa residência particular ou em dependências empresariais e comerciais, e se, e em que número, terceiros insuspeitos serão conjuntamente atingidos.

(á) – (ã) (...).

(b) Os dispositivos legais atendem a essas exigências constitucionais [supra descritas, sob (á) – (ã). Cf. supra *caput*, sob (a)], relativas à limitação das intervenções contra terceiros insuspeitos.

(á) – (ã) (...).

III.

A conformação legal da reserva judicial no § 100 d II e IV 1 e 2 StPO não viola os direitos fundamentais afirmados pelos reclamantes.

1. – 4. (...).

IV. – VIII. (...)

IX.

Na extensão em que os dispositivos do Código de Processo Penal forem incompatíveis com a *Grundgesetz*, o legislador está obrigado a restabelecer um estado jurídico de constitucionalidade o mais tardar até o dia 30 de junho de 2005.

Até esta data, as normas impugnadas deverão ser aplicadas sob observância da proteção da dignidade humana e do princípio da proporcionalidade. (...).

D.

(...)

(ass.) *Papier, Jaeger, Haas, Hömig, Steiner, Hohmann-Dennhardt, Hoffmann-Riem, Bryde*

Voto discordante da juízas *Jaeger* e *Hohmann-Dennhardt* na decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 3 de março de 2004

- 1 BvR 2378/98 -

- 1 BvR 1084/99 -

I. – III. (...)

(ass.) *Jaeger, Hohmann-Dennhardt*

Seleção de 6 indicações bibliográficas sobre o Art. 13 GG:

AMELUNG, Knut. “Die Entscheidung des BVerfG zur “Gefahr im Verzug” i.S.d. Art. 13 II GG”. *NStZ*, p. 373 *et seq.*

DEUTSCH, Markus. *Die heimliche Erhebung von Informationen und deren Aufbewahrung durch die Polizei*. 1992.

FRISTER, Helmut. “Zur Frage der Vereinbarkeit verdeckter Ermittlungen in Privatwohnungen mit 13 GG”. *StV* 1993, p. 151 – 155.

MARTINS, Leonardo. “Crime organizado, terrorismo e inviolabilidade do domicílio: Sobre o controle de constitucionalidade de novas regras do direito processual penal alemão e sua relevância para a interpretação do art. 5º XI CF”. *Revista dos Tribunais*, ano 93, vol. 824, p. 401 – 437, 2004.

RAUM, Bertram; PALM, Franz. “Zur verfassungsrechtlichen Problematik des ‘Großen Lauschangriffs’”, *JZ* 1994, S. 447 – 454.

SCHWABE, Jürgen. “Die polizeiliche Datenerhebung in oder aus Wohnungen mit Hilfe technischer Mittel”. *JZ* 1993, S. 867 – 874.

Mais jurisprudência do TCF sobre o Art. 13 GG:

Além das aqui trazidas, vide também: BVerfGE 20, 162 (223 *et seq.*) – *Spiegel*; 42, 212 (218 *et seq.*) – *Quick / Durchsuchungsbefehl*; 57, 346 (354 *et seq.*) – *Zwangsvollstreckung II*; 75, 318 (326 *et seq.*) – *Sachverständiger*; 76, 83 (89 *et seq.*) – *Zwangsvollstreckung III*; 89, 1 (11 *et seq.*) – *Besitzrecht des Mieters*; 96, 44 (51 *et seq.*) – *Durchsuchungsanordnung II*; 103, 142 (150 *et seq.*) – *Wohnungsdurchsuchung*.