

FACULDADE DE TRÊS PONTAS – FATEPS

DIREITO

TAIS MARCELA BONDE

QUEBRA DE SIGILO: a (des)necessidade de autorização judicial para acessar o conteúdo de aparelho celular apreendido

**Três Pontas
2018**

TAIS MARCELA BONDE

QUEBRA DE SIGILO: a (des)necessidade de autorização judicial para acessar o conteúdo de aparelho celular apreendido

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade Três Pontas- FATEPS como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Me. Evandro Marcelo Santos.

**Três Pontas
2018**

TAIS MARCELA BONDE

QUEBRA DE SIGILO: a (des)necessidade de autorização judicial para acessar o conteúdo de aparelho celular apreendido

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel pela Banca Examinadora composta pelos membros:

Aprovado em: / / .

Orientador - Professor Me. Evandro Marcelo Santos

Professor Me. Ricardo Morais Pereira

Professora Esp. Julia Domingues de Brito

Dedico este trabalho a minha filha Ana Clara,
meu grande incentivo e luz da minha vida.
Meus pais Itamar e Sônia, meu maior exemplo
de amor, força e honestidade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha conquista, o meu muito obrigada.

“A persistência é o caminho do êxito”.
(Charles Chaplin)

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a quebra de sigilo telefônico e a necessidade de autorização judicial para acessar o conteúdo do aparelho eletrônico apreendido. Inicialmente, a pesquisa aborda os princípios fundamentais, bem como a origem e dimensões dos mesmos, uma vez que tal assunto é imprescindível ao tema principal. Posteriormente, as provas são tratadas de forma peculiar, versando sobre conceitos, origens, sistemas e finalidade. Um capítulo específico fica por conta de tratar os princípios inerentes à prova material. Por fim, a quebra do sigilo telefônico é o assunto do último capítulo, onde se tem um estudo da finalidade do inquérito policial, da diferença entre a quebra do sigilo telefônico e a interceptação telefônica e da possibilidade do Delegado de Polícia determinar a quebra do sigilo e a coleta de dados inerentes à investigação sem determinação judicial.

Palavras-chave: Quebra de sigilo telefônico. Inquérito policial. Delegado de polícia.

ABSTRACT

The present work deals with the break of telephone secrecy and the need for judicial authorization to access the contents of the seized electronic device. Initially, the research addresses the fundamental principles, as well as the origin and dimensions of them, since such subject is essential to the main theme. Subsequently, the tests are treated in a peculiar way, dealing with concepts, origins, systems and purpose. A specific chapter is to treat the principles inherent in material proof. Lastly, the breakdown of telephone secrecy is the subject of the last chapter, where one has a study of the purpose of the police investigation, the difference between the break of telephone secrecy and telephone interception and the possibility of the Police Delegate to determine the breach of confidentiality and the collection of data inherent to the investigation without judicial determination.

Key words: *Breaking of telephone secrecy. Police Inquiry. Police officer.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
2.1 Origem e conceito	11
2.2 Dimensão dos direitos fundamentais	17
2.3 Diferença entre direitos e garantias fundamentais.....	20
2.4 Direitos fundamentais na constituição de 1988.....	21
3 DAS PROVAS.....	25
3.1 Conceito de Prova	25
3.2 Origem Histórica	26
3.3 Objeto da prova	29
3.3.1 Meios de prova	30
3.4 Sistemas de avaliação da prova	32
3.5 Finalidade da prova e seu destinatário	33
4 PRINCIPIOS INERENTES DA PROVA MATERIAL	37
4.1 Princípio da Isonomia	37
4.2 Princípio da livre investigação da prova	39
4.3 Princípio inquisitivo	40
4.4 Princípio do ônus da prova	40
4.5 Princípio da celeridade.....	41
3.6 Princípio da verdade real.....	42
5 QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO	43
5.1 Inquérito policial	43
5.2 Sigilo das comunicações telefônicas	46
5.3 Vistoria e acesso da autoridade policial no aparelho telefônico.....	53
6 CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a necessidade da realização de perícia do celular apreendido na fase inicial sem a necessidade de autorização judicial.

O tema é fundamental aos operadores do direito e às pessoas que dependem desse tipo de prova, cujo objetivo é comprovar a veracidade dos fatos em tempo hábil. Além disso, mostrar os conceitos e as diferentes opiniões dos doutrinadores a respeito do assunto se faz necessário para compreensão do tema.

Inicialmente, o trabalho trata sobre os direitos fundamentais, que tem preponderância sob as demais normas constitucionais e representam a vontade dos cidadãos.

Posteriormente, a pesquisa faz um estudo sobre as provas e suas peculiaridades, trazendo inclusive os seus princípios.

Sabe-se que desde os primórdios da civilização os conflitos são inerentes às relações humanas e por esse motivo, a sociedade buscou diferentes formas de resolução, promovendo a investigação e penalizando os culpados.

Assim, para garantir a cada um o que lhe é devido, foi instituído os meios de provas que são todos os instrumentos que serão utilizados na demonstração dos fatos alegados, para um melhor convencimento ao juiz, buscando sempre a se aproximar da verdade real.

Diante desse contexto, baseando-se no princípio da verdade real onde o juiz tenta aproximar ao máximo na verdade dos fatos e no princípio do livre convencimento do juiz, em que o magistrado decide livremente, conforme as provas nos autos, fica evidenciado a importância do tempo na colheita das provas.

Esgotado o assunto referente às provas, o trabalho passa a expor diretamente sobre a quebra de sigilo em aparelhos celulares apreendidos, mostrando a diferença entre a quebra de sigilo e a interceptação telefônica e suas particularidades.

A produção de prova feita em momento inicial pela autoridade policial zela pelo princípio inquisitivo segundo qual a autoridade competente tem liberdade para investigar todos os fatos que entenda relacionado a causa.

Muitas são as repercussões causadas por esse procedimento e poucas são as soluções advindas do poder judicial, em que defesa e acusação, lutam para uma solução mais favorável para seus interesses, baseando-se sempre no caso em discussão, evitando assim a real solução da constitucionalidade dos meios de produção da prova advinda da perícia nos celulares.

O conflito entre os princípios fundamentais também são mencionados, adentrando na confidencialidade da intimidade privada e no direito da coletividade.

A produção da prova advinda da perícia no aparelho celular terá seu momento oportuno e será devidamente justificada, cabendo ao Juiz usar o princípio da razoabilidade e proporcionalidade para determinar sua validação.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O ordenamento jurídico é a disposição hierárquica das normas jurídicas, onde a Constituição Federal tem papel preponderante, uma vez que configura o ápice, ou seja, todas as leis devem ser compatíveis à mesma.

Nesse sentido, explica Hans Kelsen:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é um produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. Se começarmos levando em conta apenas a ordem estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado (KELSEN, 2006 apud SANTOS, 2017, p. 83)

Noutro giro, agora considerando apenas os direitos fundamentais é possível concluir que os mesmos estão acima das demais normas constitucionais. Assim explica a doutrina:

[...] acompanhando o raciocínio de Kelsen, os direitos fundamentais estão, por sua vez, acima das demais normas constitucionais, uma vez que são a essência da norma fundamental, última instância da unidade jurídica. Em um Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais são o cerne e a essência da atividade normativa, com valores preciosos e indispensáveis. Por isso mesmo, são inalienáveis, são imprescritíveis e são irrenunciáveis (SANTOS, 2017, p. 84)

Os direitos fundamentais representam a vontade dos cidadãos e deste modo devem ser respeitados e efetivados pela força normativa da Constituição.

2.1 Origem e conceito

Os direitos fundamentais são gênero do qual são espécies os direitos individuais, os direitos sociais e os direitos políticos.

O gênero direitos fundamentais é tratado pela doutrina com diversas nomenclaturas: direitos públicos subjetivos; liberdades públicas; direitos humanos; direitos do homem. Na doutrina internacionalista, há autores que fazem a seguinte diferença: a) direitos do homem - têm a ver com o direito natural, com a corrente jusnaturalista. São os direitos que estão além da regra positivada; b) direitos fundamentais - relacionam-se tipicamente com o direito constitucional. São os direitos positivados

no ordenamento jurídico interno de determinado Estado. No Brasil, em especial, são aqueles direitos previstos no artigo 5º da CF; e por fim, c) direitos humanos - têm a ver com o direito internacional público. São portanto, aqueles inseridos em normas consuetudinárias (no âmbito da comunidade internacional) e em tratados internacionais (VIEIRA, 2014, p, 40).

Ressalte-se que os direitos e garantias fundamentais não se esgotam no artigo 5º da Carta Magna, podendo ser encontrados em diversos dispositivos inseridos na constituição e em tratados internacionais, por força do parágrafo 2º do mesmo dispositivo, que diz: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

Quando se fala em direitos e garantias fundamentais, em um primeiro momento pensa-se em liberdade, situação que afirma que os seres humanos são dotados de direitos que podem ser afirmados e resguardados em qualquer lugar e a qualquer tempo.

[...] a vontade dos cidadãos deve ser respeitada, especialmente no que concerne a direitos fundamentais e basilares como a liberdade, a igualdade, o direito à vida e a dignidade da pessoa humana [...] A efetivação de tais direitos passa pela força normativa da Constituição, que em última análise, concretiza a vontade da pessoa, montada através de seus valores (SANTOS, 2017, p. 87)

As informações históricas, oriundas de diversas culturas, desde as tradições nas antigas civilizações existentes na história até mesmo de pensamentos do cristianismo e de jus naturalistas resultam na sedimentação de direitos como normas obrigatórias.

A evolução da história e do pensamento da sociedade proporcionou ao homem a criação de mecanismos, a fim de garantir sua integridade física e moral perante o Estado.

Saliente-se que nas sociedades primitivas, os bens pertenciam a todos, que os possuíam de forma conjunta, resultando em uma comunhão democrática de direitos e interesses. Na época, não existiam subordinações ou opressões de uns com os outros, até porque a propriedade não era única.

Segundo André Ramos Tavares, o homem pacato conseguiu se libertar do enfraquecimento através de invenções e descobertas que o tornou proprietário de seus bens, surgindo deste modo, a subordinação entre os homens. Por essa razão, se fez necessário tornar o ambiente um local de convivência, capaz de regular a hierarquia entre homens (TAVARES, 2008).

Segundo o autor, ao se desenvolver um sistema de propriedades privadas, o proprietário, ainda como forma social de hierarquização, impõe seu domínio, subordinando a

manutenção da coisa apropriada, surgindo assim uma forma de poder fora do contexto da sociedade se relacionando diretamente com a aquisição de bens (TAVARES, 2008).

Deste modo, é possível perceber que o próprio homem, através dos seus próprios mecanismos, se libertou da opressão promovida pelo Estado.

Tais mecanismos criadores dos direitos e garantias fundamentais consistiam na limitação do poder do Estado, exercido através das autoridades públicas a fim de eliminar os abusos provenientes desta, os quais eram contrários aos interesses primordiais do homem enquanto ser humano consagrando brilhantemente princípios basilares para a formação do Estado Democrático formador da personalidade humana.

Na concepção de democracia presente no ordenamento jurídico ocidental, o governo, que representa o povo frente a vida em sociedade, é subordinado a uma limitação de poder, uma vez que o poder é emanado e pelo povo.

Ressalve-se que esse poder não é absoluto, já que também há limitações constitucionais previstas a fim de garantir direitos e garantias individuais e coletivas dos cidadãos em face de outros cidadãos e do próprio Estado.

Direitos fundamentais são garantidos aos cidadãos para frear o poder do Estado. É a força dos direitos individuais contra o peso estatal. É a interposição de uma barreira intransponível para impedir o avançar inclemente do Estado sobre os direitos do indivíduo (SANTOS, 2017, p. 87).

A partir desse momento, parte do poder cedido pelo homem com a finalidade de viver em sociedade passou a funcionar como um sistema de freios e contrapesos com os princípios dos direitos e garantias fundamentais.

Com tamanha evolução, vários antecedentes históricos foram registrados com base na garantia de direitos do homem para confirmar-se como ser humano. Segundo Tavares (2008), esse alcance era limitado a membros da classe dominante o que posteriormente foi conseguido gradativamente para a verdadeira liberdade democrática.

Sobre as lutas iniciais do homem por seus direitos, segue a doutrina:

No correr dessa evolução, alguns antecedentes formais das declarações de direitos foram sendo elaboradas, como veto do tributo da plebe contra ações injustas dos patrícios em Roma, a lei de Valério Públicola proibindo penas corporais contra cidadãos em certas situações ate culminar com o *interdicto de homine libero exhibendo*, remoto antecedente do *habeas corpus* moderno, que o direito romano instituiu como proteção jurídica da liberdade (SILVA, 2014, p. 152)

Importante mencionar que o cristianismo teve grande contribuição através dos ensinamentos de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus. Essa ideia impulsionou a dignidade única do homem, dando maior valor ao mesmo, e conseqüentemente contribuindo para a positivação de normas.

Também durante a idade média, foram produzidos diversos documentos que continham os mesmos ideais de limitar o poder estatal frente à necessidade de garantir a auto determinação da personalidade humana¹.

As teorias contratualistas dos séculos XVII e XVIII enfatizaram tanto a submissão da autoridade política quanto a importância do indivíduo sobre o Estado. Ideologia de que há certos direitos preexistentes a própria criação do Estado por resultarem da natureza humana, exercendo a função de servir ao cidadão e concomitantemente garantir-lhes direitos (TAVARES, 2008).

Tais ideias foram decisivas para estimular a decretação da declaração de direitos da Virgínia em 1776 bem como para a declaração de direitos da Revolução Francesa em 1789, sendo também responsável pelo desenvolvimento do *Bill of Rights* de Virgínia na segunda metade do século XVIII, onde foram afirmados direitos inerentes ao homem como reivindicações políticas e filosóficas (TAVARES, 2008).

A sedimentação dos direitos fundamentais positivados resultou-se da maturação histórica. Porém, esses direitos não compreendem os mesmos das épocas passadas.

As liberdades públicas atualmente possuem configuração mais complexa do que antes, entretanto saliente-se que os direitos clássicos não desapareceram, somente perderam seu caráter absolutório, dando lugar para uma evolução conforme a sociedade atual.

A positivação dos direitos do homem em declaração é instituição recente, passível de mudanças e esta longe de ter suas possibilidades esgotadas, uma vez que evolui conforme a humanidade, aparecendo e desaparecendo direitos conforme importância dada no contexto em que se encontram (TAVARES, 2008).

¹ Pactos, forais e cartas de franquia, frente ao poder de monarcas se mostraram diretos pela luta a dignidade do homem, mesmo que reflexamente individuais, foram elaborados de forma grupal, dentre os quais em um primeiro momento, os espanhóis: Leon e Castela de 1188, no qual o rei Afonso IX jurou sustentar a Justiça e a Paz do reino, afirmando as garantias de segurança, domicílio, propriedade e atuação em juízo. Também importante foi a de Aragão em 1265 que reconheceu direitos aos nobres, de Viscaia em 1526 reconhecendo franquias e privilégios de liberdades existentes. A mais valorada passagem tratava-se da Magna Carta do Rei João Sem Terra, datada de 1215 na qual previa a liberdade da Igreja da Inglaterra e compatibilizava delito e sanção bem com previa o devido processo legal e livre acesso a Justiça (TAVARES, 2008).

Alcança realce na sociedade, os direitos fundamentais, quando se inverte a relação entre o Estado e o indivíduo e se reconhece que antes de obrigações a serem cumpridas perante o Estado, o cidadão é dotado de direitos que devem ser respeitados.

Essas prerrogativas conferidas pela Magna Carta aos cidadãos a fim de limitar o poder conferido por eles próprios ao Estado constituem os direitos fundamentais.

Pelas sabias palavras de Bastos:

Dá-se o nome de liberdade públicas, de direitos humanos ou individuais, àquelas prerrogativas que tem o indivíduo em face do Estado constitucional ou do Estado de Direito. Neste, o exercício dos seus poderes soberanos não vai ao ponto de ignorar que há limites para a atividade além dos quais se invade a esfera jurídica do cidadão. Figuram como delimitação do poder estatal, ao passo que, apenas não só definem uma área de livre atuação pessoal como delimitam o poder público vigorando em situações sob condição política para tanto (BASTOS, 2002, p. 257).

Porém, não se trata de matéria fácil a ser conceituada devido à ampliação e transformação no envolver histórico a que pertence. Diversas expressões são utilizadas na literatura jurídica referindo-se aos direitos fundamentais do homem.

Segundo o doutrinador José Afonso da Silva:

Direito fundamental do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que a resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas (SILVA, 2014, p. 180).

Direitos naturais são aqueles provenientes da própria natureza humana. Existem pelo simples fato do homem ser homem. Por outro lado, os direitos positivos, são decorrentes de relações sociais dependentes de cada momento histórico, afastando a idéia de que nascem pura e simplesmente de uma vontade estatal.

A expressão direitos humanos geralmente encontra-se em documentos internacionais, podendo ainda ser encontrada a expressão direitos do homem.

Os direitos fundamentais possuem função essencial na formação da personalidade humana sem restrições legais violadoras dentro de um espaço jurídico, resultando extrema importância na inserção do homem em uma coletividade.

[...] é definido como conjunto de direitos e garantias do ser humano institucionalização, cuja finalidade principal é o respeito a sua dignidade, com proteção ao poder estatal e a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano, ou seja, visa garantir ao ser humano, o respeito à

vida, à liberdade, à igualdade e a dignidade, para o pleno desenvolvimento de sua personalidade (SILVA, 2006, p. 1).

Do ponto de vista material, os direitos fundamentais não são iguais em todos os Estados, podendo variar conforme a ideologia, modalidade de Estado e principalmente os princípios e valores consagrados pela sociedade em que a Constituição foi formada.

Tornaram-se sagrados os direitos incorporados a Constituição Federal decorrentes de uma concepção filosófica afirmadora em que tais direitos naturais são: universais, históricos, limitados², cumuláveis, irrenunciáveis, irrevogáveis, indivisíveis, inalienáveis e imprescritíveis.

A vinculação dos direitos fundamentais ao conceito de liberdade e dignidade do homem, abordados como valores filosóficos e históricos, nos resulta ao significado de universalidade inerentes a direitos como ideal da pessoa humana.

Canotilho assim define os direitos fundamentais:

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; implicam, num plano jurídico –subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) (CANOTILHO, 2003, p. 541)

A afirmação dos direitos fundamentais é conhecida como base para a proteção da dignidade da pessoa humana e a constituição federal visa exatamente assegurar esses direitos.

No preâmbulo³ da Constituição vigente está constatada a relevância da proclamação de direitos fundamentais no propósito da Assembléia Constituinte em construir um Estado sustentador da democracia.

Deste modo, para a interpretação constitucional, é indispensável o domínio dos direitos fundamentais.

² Significa que ainda que sejam considerados fundamentais, não são direitos absolutos, ou seja, na crise advinda do confronto entre dois ou mais direitos fundamentais, ambos terão de ceder (VIEIRA, 2014).

³ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 1988).

2.2 Dimensão dos direitos fundamentais

A partir das revoluções francesa e americana durante o século XVIII, pregando os temas: liberdade, igualdade e fraternidade, passou-se a buscar e requerer os direitos fundamentais, conforme sua origem e finalidade.

Fala-se na doutrina, em gerações (BONAVIDES, 2014) ou dimensões dos direitos fundamentais (LENZA, 2014):

Lembrando a preferência da doutrina mais atual sobre a expressão dimensões dos direitos fundamentais no sentido de que uma nova dimensão não abandonaria as conquistas da dimensão anterior e, assim, a expressa se mostraria mais adequada nesse sentido de proibição de evolução reacionária (LENZA, 2014, p. 958).

Cada dimensão comporta certos direitos, mas uma não exclui a outra, uma vez que esses direitos se somam e convivem de forma harmônica.

Os direitos fundamentais passaram por cinco dimensões sucessivas, as quais formaram-se de forma cumulativa uma a outra, presentes os elementos da dimensão anterior para a posterior ressaltando sua forma qualitativa na ordem institucional.

Os direitos de primeira dimensão, surgidos inicialmente de maneira revolucionária, enfrentaram totalmente o autoritarismo estatal constantes na sociedade daquela época passando a garantir a liberdade em sentido amplo ao cidadão (LENZA, 2014).

[...] consubstancia-se fundamentalmente nas liberdades públicas. A finalidade dessa dimensão foi limitar o poder de atuação do Estado, impondo a ele o dever de não intervenção, de abstenção. Por conta disso, tais direitos também são conhecidos pela doutrina como direitos negativos. As revoluções francesa e norte-americana influenciaram, e muito, no surgimento dos direitos individuais. Os direitos políticos também se encontram nessa dimensão (VIEIRA, 2014, p. 41)

Com a generalização e universalidade na primeira geração abria-se caminho para a positivação dos direitos alcançados, inserindo na ordem jurídica de cada ordenamento político, direitos materiais de cunho liberatório, caracterizando o pensamento liberal-burguês do século XVIII, voltado a liberdade do homem enquanto ser humano (BONAVIDES, 2014).

A pretensão era de constituir e fixar uma esfera de autonomia pessoal em sentido contrário a expansão do poder, traduzindo na abstenção dos governantes, no sentido de não intervirem na vida pessoal dos homens.

Os governantes passaram a conectar suas decisões a filosofias universais que condecoravam a personalidade humana, não podendo realizar atos que iam de encontro ao núcleo destas ou de certa forma as tornavam menos valoradas.

A maneira que os direitos humanos de primeira geração foram conquistados os tornaram indispensáveis a toda humanidade, pois além de serem reconhecidos de forma universal, o homem foi valorado em seu foro mais íntimo.

Os direitos de primeira dimensão referem-se à liberdade em uma forma abrangente, não se preocupando ainda com desigualdades sociais, objeto dos direitos de segunda dimensão.

Conforme preleciona Bonavides sobre a positivação dos direitos de primeira dimensão:

Se hoje esses direitos parecem já pacificados na codificação política, em verdade se moveram em cada país constitucional num processo dinâmico e ascendente, entrecortado não raro de eventuais recuos, conforme a natureza do respectivo modelo de sociedade, mas permitindo visualizar a cada passo uma trajetória que parte com frequência do mero reconhecimento formal para concretizações parciais e progressivas, até a ganhar a máxima amplitude nos quadros consensuais de efetivação democrática do poder (BONAVIDES, 2014, p. 577).

A forma de ascensão dos direitos fundamentais garantiu avanços na positivação, projetando um reconhecimento normativo em qualquer constituição de Estado.

A titularidade dos direitos de primeira dimensão é naturalmente o próprio homem, que por imenso esforço fez reconhecer sua condição humana frente ao Estado. A oponibilidade ao Estado é característica marcante de tais direitos, vez que, seu principal objetivo é o reconhecimento do ser humano como um ser de direitos a fim de proteger sua dignidade humana.

Os direitos fundamentais de primeira geração permitiram que o homem pudesse resistir ou se opor ao Estado frente aos abusos, criando um sistema de proteção a sua personalidade humana, reafirmando o valor único do ser humano. São direitos que valorizam primeiro o homem-singular.

A partir da fixação dos direitos de primeira dimensão, ocorreu a ascensão dos direitos de segunda dimensão impulsionados pela revolução industrial europeia do século XIX (LENZA, 2014).

Nessa geração, valores ligados à igualdade eram prestigiados.

Os direitos de segunda geração, também chamados de direitos positivos, exigiram uma conduta positiva do Estado, uma ação propriamente dita.

Descasos com problemas sociais, associado à industrialização em marcha, bem como o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade contribuíram para a explosão social em busca de novos direitos. Com a filosofia dos direitos de primeira dimensão já fixada, aquele era o momento de voltar suas idéias para a proteção da sociedade como um todo.

Nessa geração, os direitos sociais são assegurados, aqueles relacionados ao trabalho, à educação e à saúde.

Os direitos de terceira dimensão partiram da concepção de que o indivíduo faz parte de uma coletividade, concebidos para uma proteção coletiva ou de grupos.

Nessa geração, há uma ideia de que o homem, para sua própria subsistência, necessita conviver em uma sociedade equilibrada, contribuindo para a efetivação dos direitos coletivos.

Configura-se os direitos transindividuais, como a busca pelo direito a paz, desenvolvimento, meio ambiente saudável e conservação de patrimônio seja ele histórico ou cultural.

Os direitos de quarta geração, decorrem da evolução da engenharia genética, a qual chegou a colocar a existência humana em risco em decorrência da manipulação do patrimônio genético.

Por fim, os direitos de quinta dimensão são os direitos relacionados à internet.

Já para Bonavides (2014), o direito a quinta dimensão refere-se a paz pretendida, e trata-se de axioma da democracia participativa sendo direito supremo da humanidade.

A divisão das dimensões dos direitos fundamentais reflete a forma de surgimento dos mesmos e não a sua existência. Assim pode-se afirmar que não ocorre uma substituição entre direitos, mas sim um suporte e impulso de uma dimensão para a seguinte.

Os direitos presentes em uma dimensão são cumulativos aos demais direitos instituídos posteriormente, mesmo que, possa vir a sofrer incorporação de concepções jurídicas também importantes ao momento histórico vivido na criação dos direitos.

Existe a possibilidade ainda da remodelação de antigos direitos em novos formatos, conservando suas filosofias básicas porém ressaltando objetos de proteção importantes para o momento histórico.

A divisão em dimensões reafirma o caráter cumulativo e evolutivo dos direitos fundamentais no tempo. A presença de todos os direitos em um contexto de unidade e indivisibilidade é necessária para uma melhor interação e compreensão sistemática.

2.3 Diferença entre direitos e garantias fundamentais

Como já explanado na introdução do presente capítulo, a Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, espécie do gênero direitos e garantias fundamentais. Trata também de garantias fundamentais (BRASIL, 1988).

Os direitos são vantagens que são conferidas às pessoas, limitando a atuação desgovernada do Estado. São fundamentais e inerentes ao ser humano.

Já as garantias, são mecanismos que asseguram os direitos acima citados.

Têm por objetivo garantir seu exercício e, ainda, sanar a lesividade quando os direitos não estiverem sendo respeitados. A garantia facilita a defesa do direito fundamental assegurado constitucionalmente. Para cada direito previsto, existe uma garantia. Exemplo: a Constituição garante a liberdade de locomoção, que, sendo violada, poderá ser restaurada com o mecanismo assecuratório correspondente, que é o habeas corpus. Tal instrumento é um remédio constitucional, considerado espécie do gênero garantia (VIEIRA, 2014, p. 42)

Dessa forma direitos são bens e vantagens presentes na ordem jurídica, ao passo que as garantias são os meios pelos quais se garante ou assegura os direitos fundamentais presentes na legislação, seja de forma preventiva, seja de forma reparadora caso sejam violados.

A diferença repousa na circunstancia de que as garantias não resguardam bens da vida propriamente ditos, tais como a liberdade, a propriedade, a segurança, mas fornecem instrumentos jurídicos ao individuo especialmente fortes e rápidas para garantir os direitos individuais (BASTOS, 2002, p. 274)

Com posição um pouco diferente, segundo Canotilho (2003), as clássicas garantias são também direitos, apesar de serem afirmadas como meios para proteção dos direitos propriamente ditos, podendo estas serem usadas para exigir dos poderes públicos proteção e reconhecimentos de seus direitos.

Para Alexandre de Moraes (2004), as garantias são essenciais sempre que se quer demandar a proteção de um direito ameaçado. A garantia seria portanto, um meio de defesa.

Há um equívoco quando a garantia é colocada na forma constitucional, em conexão direta com os direitos fundamentais. Para Bonavides (2014), se realmente fosse aceita a confusão entre direitos e garantias nunca se alcançaria um conceito preciso e útil de uma garantia.

Dentro das garantias encontram-se os remédios constitucionais, ao passo que o direito, na maioria das situações, não possui uma garantia específica consagrada na norma constitucional, recorrendo aos remédios constitucionais para sua devida proteção (LENZA, 2014).

Os remédios constitucionais têm a função de impedir a violação dos direitos constitucionais, provendo a garantia dos mesmos.

2.4 Direitos fundamentais na Constituição de 1988

Resumidamente, todas as Constituições brasileiras previram sobre os direitos fundamentais do homem brasileiro e estrangeiro em terras brasileiras.

A Constituição Federal de 1988 constitui um marco importantíssimo na história jurídica do Brasil como transição efetiva para a democracia e institucionalização dos direitos humanos em nossa nação. O texto constitucional fez questão de enfatizar e elevar os direitos humanos, dando abrangência e pormenorizando cada um deles.

Flávia Piovesan explica sobre o assunto:

O valor da dignidade humana - ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta Magna, nos termos do Art. 1º, inc. III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão dos sistemas constitucional instaurado em 1988 (PIOVESAN, 2003, p. 44).

A dignidade da pessoa humana como direito fundamental configura um dos principais direitos formadores da base de todo o sistema jurídico brasileiro.

A previsão de direitos constitucionais em carta escrita está estritamente ligada à edição de declarações de direitos do homem. Deste modo, para se afirmar a aplicação pelo legislador ordinário, positiva-se as normas limitadoras ao poder político, e ao mesmo tempo incorpora-se os direitos subjetivos do homem (MORAES, 2014).

São considerados direitos constitucionais aqueles inseridos no texto de uma Constituição de Estado, aptos a serem aplicados em formato da lei maior.

Todavia, a eficácia e aplicabilidade desses direitos dependem do enunciado contido no texto de lei, haja vista a necessidade de norma ulterior que regule a aplicação de normas sociais enquadradas como fundamentais.

Voltando um pouco na história, importante mencionar que a primeira Constituição Brasileira de 1824, garantia apenas aos cidadãos brasileiros a titularidade dos direitos

fundamentais. Já nas constituições republicanas tem-se de forma expressa a referência de titularidade pertencente aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

A previsão do artigo 5º da Constituição Federal afirma que todos são iguais perante a lei, independentes de qualquer natureza, o que da garantia aos brasileiros e estrangeiros residentes no país inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade.

Tavares (2008) identifica alguns erros de redação do mencionado artigo:

- a) a exclusão de estrangeiros não residentes no Brasil, tendo como exemplo turistas ou pessoas em trânsito que se encontram em território brasileiro e seguirão para outros Estados;
- b) o benefício possível de ser concedido a estrangeiros ilegalmente em território brasileiro conforme parte final da expressão;
- c) contradições existente entre os termos restritivos do “*caput*” e alguns incisos do artigo que falam expressamente em homens e mulheres, todos, ninguém e qualquer pessoa.

Conforme ensinamentos de Pedro Lenza (2014), a solução apresentada por Tavares começou a ser solucionada com o advento da Emenda Constitucional nº 45/04 que incluiu o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, fazendo com que a Doutrina e o Supremo Tribunal Federal acrescente titularidade dos direitos fundamentais aos estrangeiros não residentes no Brasil bem como os apatriados e pessoas jurídicas.

A título de exemplo, Tavares (2008) menciona o princípio da igualdade, previsto no Art. 3º, inc. IV, da Constituição Federal, onde a titularidade não tem nenhuma distinção, dando interpretação extensiva a nacionais ou não, desde que estejam em território nacional.

Ressalte-se que pessoas jurídicas também possuem acesso aos benefícios trazidos pela constitucionalização dos direitos fundamentais, fazendo com que o regime jurídico das liberdades públicas proteja todos aqueles detentores de direitos (MORAES, 2014).

A fim de assegurar a eficácia dos direitos fundamentais do homem, a Constituição Federal de 1988 constou em seu parágrafo primeiro do artigo 5º a disposição da aplicabilidade imediata: “[...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988).

Aplicação imediata significa que as normas constitucionais são dotadas de todos os meios de elementos necessários a sua pronta incidência aos fatos, situações, condutos ou comportamentos que elas regulam, a regra é que as normas definidoras de direitos e garantias individuais sejam de aplicabilidade imediata (SILVA, 2007 *apud* LENZA, 2014, p. 963).

Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes para outras, mas também normas reguladoras de relações jurídicas, assim, a legislação deve mover-se em função dos direitos fundamentais e não de forma contrária.

Noutro giro, saliente-se que os direitos e garantias fundamentais são previstos pela Constituição Federal, mas não podem usados como um verdadeiro escudo protetor de práticas ilícitas, muito menos para afastar ou diminuir a responsabilidade civil ou penal por ilicitudes.

Desta forma, não são absolutos os direitos e garantias individuais uma vez que encontram limites nos demais direitos também consagrados pela Constituição Federal. Se assim não fosse, a utilização indevida de direito fundamental para benefício próprio acarretaria a garantia de exercício do direito de outrem.

Conflitados princípios de direitos fundamentais deve-se buscar a conciliação entre eles, havendo aplicações em extensões variadas conforme a relevância no caso em concreto sem que um deles tenha que ser totalmente excluído do ordenamento jurídico.

[...] afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos, que toda norma de direito fundamental é relativa pode levar a uma falsa noção de que as proteções constitucionais são frágeis e que podem ceder sempre que assim ditar o interesse público, expressão, por demais, vaga. Deve ficar claro que a regra é a observância dos direitos fundamentais e não sua restrição

[...]

Todas as limitações a direitos fundamentais devem ser consideradas possivelmente irregulares e, por essa razão, devem sofrer um exame constitucional mais rigoroso, cabendo ao Judiciário exigir a demonstração de que a limitação se justifica diante de um interesse mais importante. Destaque-se que somente será legítima a restrição ao direito se for atendido o princípio da proporcionalidade, pois a ponderação entre princípios se operacionaliza através desse princípio (MAIA, 2015, p. 1).

Os direitos fundamentais, no atual estágio de evolução que se encontram preocupam-se a proteger interesses singularizados por certas situações específicas. A atenção especial voltada a certos indivíduos traduz-se na necessidade peculiar que estes possuem, sendo tudo relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Importante também frisar sobre o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, o qual assegura, de forma inédita, tecer a interação entre o direito brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos (PIOVESAN, 2003).

Assim, mesmo com um extenso rol de direitos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, estes não excluem outros direitos que porventura decorram de regimes e princípios por ela adotados, bem como de tratados internacionais em que o Brasil faça parte.

Os tratados internacionais adquirem status constitucional quando recepcionados o que decorre do processo de globalização, que amplia o rol de direitos assegurados por força constitucional.

3 DAS PROVAS

3.1 Conceito de prova

O termo prova origina-se do latim- *probatio*-, e o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros. Deles se derivam o verbo provar- *probare*- que significa ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém ou demonstrar.

Tais conceitos destinam-se a levar ao magistrado a convicção a cerca da existência ou não de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação, portanto, trata-se de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de um fato. Ao falarmos de prova, voltamos nossos olhos para a busca da verdade, que, no processo penal e denominada material, real ou substancial, juntamente para fazer contraste na verdade formal ou instrumental do processo.

A determinação de prova e a noção lógica da construção material dos fatos através de vestígios deixados no tempo, que possa ser reconstruídos em partes ou em sua totalidade. Sendo fundamentalmente divididos em três sentidos para o termo de prova: a) o ato de provar: e o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte demonstrada no processo (ex.:fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.:prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: e o produto extraído da análise dos instrumentos de provas oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.

Neste sentido, pode dizer o juiz, ao chegar a sentença: “fez-se prova de que o réu é autor do crime”. Portanto, é o clímax do processo. Segundo Antônio Magalhães Gomes Filho (1977), os dois primeiros sentidos dizem respeito a ótica objetiva, enquanto o terceiro refere-se a ótica subjetiva, decorrente da atividade probatória desenvolvida.

Sem duvida alguma o tema referente a prova e o mais importância de toda ciência processual, já que as provas constituem a luz do sistema processual. O pilar que se envolve toda a discussão processual. Sem provas robustas e verídicas nada se adianta o aprofundamento em debates jurisprudenciais e doutrinários. Pois nada alcançara o objetivo real do processo.

E preciso destacar que por mais que a prova seja idônea a verdade sempre será relativa. Pois o que pode ser verdade para alguns pode se entender falso para outros, o objetivo da parte no processo e sempre convencer o magistrado, através do raciocínio lógico,

da noção da realidade, isto é, de que os fatos se complementaram no plano real exatamente com indicados na petição. Convencendo-se disso, o juiz necessita alcançar uma certeza necessária para proferir a decisão.

Quando forma sua convicção ela pode ser verdadeira (corresponde a realidade dos fatos), ou errônea (não corresponde a realidade dos fatos), jamais sua decisão pode ser falsa. Devendo sempre fundamentar suas decisões.

Tendo sempre como base o princípio da busca da verdade real, para conferir sempre as diferenças que possam a surgir com a verdade formal. Bem como as diferenças de enfoque entre processo penal e processo civil. Mas nunca desviando do núcleo do sentido da prova, para construção mais justa e plausível da reconstituição de um fato não presenciado pelo juiz.

3.2 Origem histórica

Nos tempos da antiguidade o direito não dispunha de legislação ou código escrito, as condutas eram impostas através da forma verbal por seus líderes. Eles determinavam a resolução dos conflitos, pois os conflitos sempre foram inerentes às relações humanas. Diante disso o ser humano se organizou em sociedade, buscando diferentes formas para resolução desses conflitos através do tempo, promovendo a investigação e penalizando os culpados, com os fundamentos mais diversos.

Baseando, muitas vezes em elementos místicos e da desobediência e as manifestações divinas, bem como, em outros elementos trazidos por códigos escritos, como a prova testemunhal trazida pelo código Hamurabi, na diferencial social de gênero pelo código de Manu da confissão mediante tortura nas eras medievais, para enfim chegar ao direito romano onde a prova tratava da base de causas de justificativa (legítima defesa e estado de necessidade), bem como ônus da prova.

Nos primórdios os códigos vigentes eram mantidos pela memória dos sacerdotes que foram considerados os primeiros juízes, pois guardavam os segredos das regras jurídicas estipulados pelos anciões, depois com o passar dos tempos vigorou as decisões de um conselho formado pelos mais velhos, foi transmitido oralmente o tal princípio, era uma tradição sagrada, cada caso era decidido igualmente como o anterior, nesse tempo não existia leis e código escritos. O direito era de conhecimento dos sacerdotes e dos mais velhos, guardado este com muito zelo. Assim mantinha suas posições sociais e privilégios.

Com o tempo o direito se tornou mais complexo, tornou-se um conjunto de decisões judiciais e casuísticos, mantidos ainda em segredo, que após muitas vezes repetidas tornaram-

se costumeiras. Surge assim a sentença sobre costume jurídico. Mas em algumas sociedades a indiscrição de uma escriba revela o segredo do sacerdote, tornando o público como ocorreu em Romã com LusFlavianun, Direito dos Pontífices revelado em 304. a.C. pelo escriba Gneo Flavio. Então dos julgados surgiu a lei ou seja o código.

Finalmente em outras sociedades, os reis legisladores reduziam as escribas e as sentenças imemoriais em códigos, como fizeram Hamurabi e os reis sumerianos anteriores. Criando assim os primeiros códigos escritos na história.

Gaio Júnior nos ensina que:

[...] nos povos que antecederam a civilização romana, sendo mais preciso os povos da Babilônia, as leis de Hammourabi permitiam que o credor, caso esse não tivesse seus créditos satisfeitos pelo devedor, utilizava-se do recurso de constringer o devedor, podendo ser estendido para sua mulher e filhos, havendo ainda a possibilidade de vendê-los como também seus bens (GAIO JÚNIOR, 2011, p. 10)

Neste período de evolução do direito os legisladores da época (reis e sacerdotes) invocavam as divindades glorificadas pelos rudes para imporem o seu poder de verdade, para que com essas intervenções divinas chegassem a tocar o criminoso ou responsável pela culpa de determinado ato conduzindo a sanção.

Após a queda do império Romano, houve, além da dominação militar e política dos povos germânicos, a imposição de seus costumes e de seu direito. Aconteceu, porém, que os germânicos, também chamados de bárbaros, possuíam noções jurídicas muito rudimentares e, com isso, o direito processual europeu sofreu enorme retrocesso na marcha ascensional encetada pela cultura romana. A princípio, nem mesmo uniformidade de critérios existia, pois, entre os dominadores, cada grupo étnico se regia por um rudimento próprio e primitivo de justiça, segundo seus costumes bárbaros. Numa segunda etapa, houve enorme exarcebação do fanatismo religioso, levando os juízes a adotar absurdas práticas na administração da Justiça, como os “juízes de Deus”, os ‘duelos judiciais’, e as ‘ordálias’. Acreditava-se, então, que a divindade participava dos julgamentos e revelava sua vontade por meio do método cabalístico (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 14)

De acordo que se refere os métodos utilizados e sobre a influencia da religião, métodos esses já referidos, onde os mais comuns apontados pelos estudiosos eram o julgamento, as ordálias e o duelo. A ordália e um tipo de prova judiciária utilizada para descobrir a parte culpada e a inocente, por um meio de utilizações naturais cujo o resultado e interpretado com vontade divina. Já os duelos também serviam como ordalias, utilizado para resolver as questões duvidosas ou qualquer outra situação que deveria ser provada à alguém. O campeão da disputa (duelo) era considerado inocente já o perdedor restava a pena pelo ato cometido. O juramento por sua vez, baseava-se na invocação da divindade como sendo a

principal testemunha do caso, o que poderia gerar o castigo ao acusado em caso de desconfiança em que estivesse mentindo.

As ordálias, também denominadas julgamentos ou juízos de Deus, foram utilizadas pelos germanos antigos e tinham por finalidade a descoberta de verdade mediante o emprego de expedientes cruéis e até mortais, como a ‘prova de fogo’, a ‘prova das bebidas amargas’, a ‘prova das serpentes’, a “prova da água fria” etc.

Na ‘prova de fogo’ o acusado era obrigado a tocar com a língua um ferro quente ou carregar uma barra de ferro em brasa ou, ainda, caminhar descalço sobre ferros quentes. A ‘prova das bebidas amargas’ consistia em obrigar a mulher acusada de adultério a ingerir bebidas fortes e amargas: se mantivesse a naturalidade, seria considerada inocente; mas culpada, se contraísse o rosto e apresentasse os olhos inchados de sangue.

Na ‘prova das serpentes’, o acusado era lançado no meio delas e considerado culpado se fosse mordido pelos répteis. Já na ‘prova da água fria’ atirava-se o acusado num reservatório de água: se afundasse, seria considerado culpado; se flutuasse, como inocente (LOPES, 1999, p. 15-16)

[...] refere-se que nesse momento o processo era extremamente rígido ou formal e os meios de provas que poderiam ser utilizadas sendo restritas as hipóteses legais, não tendo o juiz qualquer liberdade, um mero executor, que somente se averiguava a existência ou não da prova. O processo bárbaro era acusatório que se iniciava com a acusação do autor, que se considerava prejudicado ou ofendido, sendo o ônus da prova do acusado (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 14).

Os procedimentos eram tidos como jogos de azar, cenas de bruxaria, não se fazia um julgamento lógico dos fatos.

Que o Direito Romano (este influenciado pelo Direito Grego), possui três fases distintas que o credor poderia ter o seu direito satisfeito.

- a) a primeira possibilidade é referente ao Período Primitivo, denominado de *Legis Actiones* e que abrange ao período do estabelecimento de Roma, ao ano de 149 a.C;
- b) o segundo é o Período Formulário, que é compreendido nos três primeiros séculos do Império;
- c) a da *Cognitio Extraordinaria* que vigorou entre os anos 200 e 565 de nossa era (GAIO JÚNIOR, 2011, p. 10)

No começo as penas eram denominadas de *ordo iudiciorumprivatorum*, que era caracterizado por um procedimento duplo, com a participação do estado e de juízes privados. No ultimo estágio, estes denominado de *cognitio extra ordinem*. Compreendeu assim a publicação do processo, unificando o procedimento e torno apenas do magistrado e sua livre convicção baseada nas provas.

3.3 Objeto da prova

O objeto da prova são primordialmente todos os fatos, circunstâncias ou alegações referente ao litígio sobre quais recaia e pese incertezas e que pretendem ser demonstradas pelas partes perante o juiz para o desenrolar da causa. São portanto fatores capazes de influenciar na decisão de um processo na responsabilidade penal da parte e na fixação da pena ou medida de segurança, precisando por sua natureza adequada comprovação em juízo. Assim somente fatos que detenham alguma relevância para o processo merecem ser alvos da atividade probatória, tendo como foco o princípio da economia processual.

Excepcionalmente a parte envolvida deve fazer prova quanto a existência e quanto ao conteúdo de um preceito legal, desde que se trate de norma jurídica de interesses do estado.

Por outro lado existem fatos que independem de provas: a) fatos axiomáticos ou intuitivos; b) fatos notórios; c) presunções legais; d) fatos inúteis.

a) fatos axiomáticos ou intuitivos: aqueles que são evidentes. A evidência nada mais é do que um grau de certeza que se tem do conhecimento algo. Nesses casos, se o fato é evidente, a convicção já está formada; logo, não carece de prova. Por exemplo, no caso de morte violenta, quando as lesões externas forem de tal monta que tomarem evidente a causa da morte, será dispensado o exame de corpo de delito interno (CPP, art. 162, parágrafo único). Exemplo: um ciclista é atropelado por uma jamanta e seu corpo é dividido por pedaços. Dispensa-se o exame cadavérico interno, pois a causa da morte é evidente.

b) Fatos notórios (aplica-se o princípio *notorium non eget probatione*, ou seja, o notório não necessita de prova). É o caso da verdade sabida: por exemplo, não precisamos provar que no dia 7 de setembro comemora-se a independência, ou que a água molha e o fogo queima. Fatos notórios são aqueles cujo conhecimento faz parte da cultura de uma sociedade.

c) Presunções legais: porque são conclusões decorrentes da própria lei, ou, ainda, o conhecimento que decorre da ordem normal das coisas, podendo ser absolutas ou relativas. Por exemplo: a acusação não poderá provar que um menor de 18 anos tinha plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato, pois a legislação presume sua incapacidade (inimputabilidade) de modo absoluto, sem sequer admitir prova em contrário. Alguém que pratica um crime em estado de embriaguez completa, comprovada por ingestão voluntária ou culposa de álcool ou substância entorpecente, não poderá provar que no momento da infração não sabia o que estava fazendo, pois a lei presume sua responsabilidade sem admitir prova em contrário (*actio libera in causa*- a sua ação foi livre na causa).

d) Fatos inúteis: princípio *frustra probatur quod probantum non relevat*. São os fatos, verdadeiros ou não, que não influenciam na solução da causa, na apuração da verdade ou não, que não influenciam na solução da causa, na apuração da verdade real. Exemplo: a testemunha afirma que o crime se deu em momento próximo ao do jantar, e o juiz quer saber quais os pratos que foram servidos durante tal refeição. O mesmo ocorre com os fatos imorais, aquelas que, em razão de seu caráter criminoso, inescrupuloso, ofensivo à ordem pública e aos bons costumes, não podem beneficiar aquele que os pratica (CAPEZ, 2014, p. 368)

Os fatos que dependem de provas são aqueles que devem ser provados, inclusive o fato admitido ou aceito (também chamado fato incontroverso, porque admitido pelas partes). Neste contexto diferente do que ocorre no processo civil, requer a necessidade da produção probatória, pois o magistrado pode questionar o que pareça duvidoso ou suspeito, não aceitando obrigatoriamente alegação simples do legado uniformemente pelas partes.

Para a produção das provas necessita-se que a prova seja: a) admissível; b) pertinente ou fundada; c) concludente e d) possível de realizar.

- a) Admissível (permitida pela lei ou costumes judiciários). É também conhecida como prova genética, como tal entendida toda a prova admitida pelo direito;
- b) Pertinente ou fundada (aquela que tenha relação com o processo contrapondo-se à prova inútil;
- c) Concludente (visa esclarecer uma questão controvertida); e
- d) Possível de realização (CAPEZ, 2014, p. 369)

Desse modo concluímos que o fato não incluído entre aqueles que independem de provas, e que seja o meio pretendido admissível, pertinente, concludente e possível, a prova não poderá ser denegada. Podendo ser corrigida por correição, tendo em vista o erro im procedendo.

3.3.1 Meios de prova

São todos os procedimentos diretos ou indiretos utilizados para chegar a verdade dos fatos, sendo um método ou procedimento pelo que se chega a luz dos elementos probatórios demonstrada em juízo. Que geram um entendimento certo ou provável a respeito de um fato ou objeto relacionado ao crime. Como consta no direito processual penal vigara-se o principio da verdade real, não sendo alvo de limitação sobre a prova, ou seja não há uma forma taxativa e sim exemplificativa, tal violação a qualquer forma admitida em prova gera pena de se frustrar o interesse estatal na justa aplicação da lei. Tais verdades e afirmada pela doutrina e pela jurisprudência que são, unanimes em assentir outros meios de prova distintas das inúmeras n código de processo penal.

Na verdade, enquanto o juiz “não penal” deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por elas debatidos, no Processo Penal o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base à cerca da Justiça (TOURINHO FILHO, 1998, p. 41)

Destaca-se, no entanto, que o princípio da liberdade probatória não é absoluta, ou seja sofre algumas restrições. No Código de Processo Penal, configura dentre outras, as seguintes limitações ao princípio da liberdade dos meios de prova: em seu artigo 155 parágrafo único, requer a exigência e as mesmas formalidades da lei civil para a prova, quanto ao estado da pessoa (casamento, morte e parentescos são provas somente mediante respectivas certidões); já no seu artigo 158 que exige o exame de corpo de delito para as infrações que deixam vestígios (não transeuntes), mesmo com a confissão do acusado; nesse mesmo raciocínio o artigo 479, caput, veda durante os debates no plenário, a leitura de documentos ou exibição de objetos não juntados aos autos com antecedente mínimo de três dias, dando ciência a outra parte; e a inadmissibilidade das provas ilícitas tituladas no artigo 5º, LVI, CF.

Podendo os meios de prova serem:

Lícitos – que são admitidos pelo ordenamento jurídico- ou ilícitos- contrários ao ordenamento. Somente os primeiros devem ser levados em conta pelo juiz. Em relação aos meios de ilícitos, é preciso destacar que elas abrangem não somente os que forem expressamente proibidos por lei, mas também os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito (GRINOVER, 1982, p. 98)

Além dos meios de provas estabelecidos no Código de Processo Penal, leis especiais podem fixar outros mecanismos, com advento da lei n. 11.690/2008, percebe-se a vontade do legislador em fazer reforços aos limites estipulados em relação a prova. Que de acordo com a atuação do artigo 155 caput, em que o Juiz formara sua convicção pela prova produzida em juízo, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, com exceção as provas cautelares não repetíveis e antecipadas.

O princípio do livre convencimento do Juiz, na verdade era tratado no artigo 157 do Código de Processo Penal, de uma forma bastante abrangente, mas sofria algumas restrições estipuladas pela jurisprudência, em destaque a vedação da utilização exclusiva dos elementos colhidos na fase do inquérito policial. Para embasar sua sentença condenatória, exigindo para tal, sua confirmação em outras provas, produzidas sob a ótica do contraditório. Que, com as reformas tal procedimento passou obrigatoriamente a ser exigido em seu artigo 155 caput, no que a pena se refere na hipótese das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, que autoriza a fundamentação da sentença com bases exclusivamente em seu conteúdo, por exemplo, artigo 225 e 366 do Código de Processo Civil.

Também consta de acordo com a Lei n. 12.850/2013, que trata de crime organizado, no seu artigo 3º, em que qualquer fase da persecução penal serão admitidos, sem prejuízos de

outros já previsto em lei, outros meios para obtenção de provas: I-Colaboração premiada; II-captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III ação controlada; IV acesso a registro de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais .

De acordo como citado supra acima, podemos concluir que o meio de prova compreende tudo aquilo que possa servir direta ou indiretamente para busca mais próxima de uma verdade real dos fatos. Sendo admitidas todos os meios lícitos para obtenção da prova, não obedecendo uma forma taxativa, ou seja podem ser produzidas todas as provas que não contrariem o ordenamento jurídico.

3.4 Sistemas de avaliação da prova

O sistema de avaliação de prova são basicamente dividido em três: a) sistema da prova legal; b)sistema da certeza moral do juiz ou da íntima convicção; c) sistema da livre convicção.

a) *Sistema da prova legal, da certeza moral do legislador, da verdade formal ou tarifado:* a lei impõe ao juiz o rigoroso acatamento a regras preestabelecidas, as quais atribuem, de antemão, o valor de cada prova, não deixando para o julgador qualquer margem de discricionariade para emprestar-lhe maior ou menor importância. Não existe convicção pessoal do magistrado na valoração do contexto probatório, mas obediência estrita ao sistema de pesos e valores imposto pela lei. Desse sistema se origina o absurdo brocado *testisunus, testismullus*, pelo qual o depoimento de uma só testemunha, por mais detalhado e verossímil que seja, não tem qualquer valor. Somente vigora como exceção, em hipóteses como, por exemplo, as dos art.158 (quando a infração deixar vestígios, nem confissão do acusado supre a falta do exame de corpo de delito, estando o juiz limitando à prova pericial⁰ e 155 parágrafo único (estado de pessoas somente se prova mediante certidão, não se admitindo prova testemunhal), do CPP.

b) *Sistema da certeza moral do juiz ou d íntima convicção:* é o extremo oposto do anterior. A lei concede ao juiz ilimitada liberdade para decidir como quiser, não fixando regra de valoração das provas. Sua convicção íntima, formada não importa por quais critérios, é o que basta, não havendo critérios balizadores para o julgamento. Esse sistema vigora entre nós, como exceção, na decisão proferida pelo júri popular, nas quais o jurado profere seu voto, sem necessidade de fundamentação.

Sistema da livre (e não íntima) convicção, da verdade real, do livre convencimento ou da persuasão racional; equilibra-se entre os dois extremo acima mencionados. O juiz tem liberdade para formar a sua convicção, não estando preso a qualquer critério legal de prefixação de valores probatórios. No entanto, essa liberdade não é absoluta, sendo necessária e devida fundamentação. O juiz, portanto, decide livremente de acordo com sua consciência, devendo, contudo, explicitar motivadamente as razões de sua opção e obedecer a certos balizamentos legais ainda que flexíveis. É o sistema adotado pelo nosso Código de processo Penal, cujo artigo 155,*caput*,dispõe: “ O juiz formará sua convicção pela livre apreciação de prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares,

não repetíveis e antecipadas.” Atende às exigências da busca da verdade real, rejeitando o formalismo exacerbado, e impede o absolutismo pleno do julgador, gerador do arbítrio, na medida que exige motivação. Não carreados aos autos, devendo indica-los especificamente. Além disso, com a reforma processual penal, somente a prova produzida em contraditório judicial poderá servir de fundamento para a sentença condenatória. Não pode, igualmente, o magistrado buscar como fundamento elementos estranhos aos autos (*quod neon est in actis non est in mundo*: o que não esta nos autos não esta no mundo). Trata-se, na realidade, do sistema que conduz ao princípio da sociabilidade do convencimento, pois a convicção do juiz em relação aos fatos e às provas não pode ser diferentes da de qualquer pessoa que, desinteressadamente, examine e analise tais elementos. Vale dizer, o convencimento do juiz deve ser tal que produza o mesmo resultado na maior parte das pessoas que, por ventura, examinem o conteúdo probatório (CAPEZ, 2014, p. 409)

A liberdade da apreciação das provas não quer dizer que o juiz, não deve fazer juízo de valor nem expor sua opinião ou vivência a cerca de algo que faça parte do conjunto probatório. Por sua natureza o juiz retira a sua convicção das provas trazidas e produzidas legalmente em juízo, mas não presta depoimento e nem expõe suas ideias para não influenciar na imparcialidade a ele prestada. Pois isso poderia se tratar de um depoimento prestado sem o devido contraditório distante da ampla defesa, uma vez não contrariado pelas partes envolvidas.

3.5 Finalidade da prova e seu destinatário

A finalidade da prova tem como objetivo convencer o juiz a respeito de um fato buscando para tanto a verdade aproximada, busca-se para tanto a verdade processual, ou seja aquela que pode ser atingida ou possível (*probabletruth*, do direito anglo americano). A verdade processual buscada se desenrola durante o período probatório, correspondendo ou não a realidade, pois o juiz deverá proferir sua decisão no que corresponde aos autos.

A prova se destina a remontar a realidade dos fatos investigados. Isso porque, sem descobrir o que de fato aconteceu e quem o produziu, não há como o MM. Juiz de Direito aplicar a lei corretamente, uma vez que, segundo Marco Antônio de Barros a prova é o meio utilizado para a formação da convicção do MM. Juiz de Direito quanto à existência de fatos ou atos jurídicos que são objetos de afirmação ou argumentação, segundo as alegações feitas pela parte (BARROS, 2010, p. 146).

Ainda, nas palavras de Eugênio Pacelli a prova tem como objetivo “a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorrido no espaço e no tempo.” (PACELLI, 2011, p. 354-356).

Podemos concluir portanto que, a finalidade da prova é atingir a verdade real, sendo que esta possui extrema importância para aplicação da lei, mas, não é esta, a finalidade do processo, sendo assim a justiça das decisões a finalidade do processo. De tal sorte, não existe o preceito de que o julgador apenas deva decidir quando tiver alcançado a verdade, pois tal entendimento permitiria que admitíssemos um regime ditatorial, no qual tudo seria possível e justificado para alcançarmos a verdade (BARROS, 2010, p. 170)

Desse modo concluímos que são através das provas que se chega aos fatos, que se pretendem contrariar. Pois a prova tem como sua finalidade a reconstrução dos fatos investigados. Buscando sempre alcançar o mais próximo possível dos acontecidos e sua realidade.

Tendo em vista, o sistema acusatório, adotado pelo nosso ordenamento jurídico em que o juiz criminal deve se basear a esse modelo, e não caracterizar de uma índole autoritária, o que as vezes ocorre na realidade dos fatos. Em primeiro aspecto em que a ação penal não é imposta diretamente de ofício pelo Estado, mas por um órgão criado constitucionalmente para tanto (Ministério Público), de maneira a estar atento a natureza jurídica do processo. Onde a ação penal é provocada pelo órgão acusador e este com carga probatória em juízo diante dos fatos alegados.

É preciso entender que, com a Constituição de 1988, a República conferiu a atividade da investigação à Polícia Judiciária, e ao Ministério Público a titularidade, em regra, da ação penal, razão pela qual ao Parquet recai a atribuição exclusiva da carga probatória de determinado fato penalmente relevante. Não é o juiz, no devido processo penal, quem deve preocupar-se em perseguir a prova da acusação, acreditando, com essa ambição probatória, estar sendo eficiente quando assim o faz. O Ministério Público é parte exatamente “criada” no processo penal, como diria Francesco Carnelutti (CARNELUTTI, 1960, p. 1.)

Nessa visão verificamos que a prova não constitui uma obrigação no processo, e sim um ônus para prova, ou seja constitui uma posição mais favorável do alegado.

Referente a obrigação e o ônus há uma grande diferença em que na obrigatoriedade a parte tem o dever de praticar o ato sob a pena de configurar um crime violando um preceito legal, já o ônus sua aplicabilidade é facultativa, ou seja depende da vontade da parte, mas não a obriga de maneira que sua ausência não acarreta nenhuma violação ao ordenamento jurídicos legais. Tendo nesse ultimo caso a não violação de um preceito legal, mas sua ausência pode acarretar prejuízos em relação ao alegado.

A prova muitas vezes recaem muitas duvidas sobre sua veracidade dando o ônus processual as partes de provarem em seu beneficio, fornecendo ao juiz meios idôneos para

formação de seu convencimento, sendo assim ônus o direito da parte de provar todo o alegado pelos meios admissíveis para alcançar a verdade dos fatos.

Uma observação interessante e que a lei em seu texto legal obriga o acusado a se defender. Contudo, por mais que se pese essa obrigatoriedade, não tem influência sobre a configuração do ônus probatório, mesmo tendo em vista que os atos defensórios de cunho necessário possuem essa obrigatoriedade, como a presença em audiências, uma defesa técnica, alegações finais, etc. Não se confunde com a faculdade de se produzir prova, pois o direito penal a falta de prova beneficia o réu. E a inércia da produção dessas provas pode se configurar uma estratégia jurídica de defesa.

Portanto, o ônus da prova cabe a quem alegar e que tenha interesse em afirmar o fato. A quem deseja apresentar uma pretensão cumpre a prova sobre os fatos que alegam; a quem pede a exceção cumpre obrigatoriamente provar os fatos que extinguem ou modifique essa pretensão.

A prova da alegação (*ônus probandi*) incube quem alegar (Código de Processo Penal, art. 156, caput), um exemplo: cabe ao Ministério Público provar a existência do fato criminoso da sua realização pelo acusado e também as provas e elementos subjetivos do crime (dolo ou culpa); em contra partida, cabe ao acusado provar as causas excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e punibilidade, bem como a circunstância atenuantes da sua pena ou que faz jus a concessão de benefícios legais. Caso o acusado pretenda a absolvição com fulcro nas iras do Artigo 386, I, do Código de Processo Penal. Incube ainda a prova da inexistência do fato.

Observa-se que em regra o ônus da prova incube a quem alega essa regra não é absoluta, tendo em vista o Artigo 156, II, do Código de Processo Penal, e facultado ao juiz de ofício: determinar, no curso da instrução, ou seja antes de proferir sentença, a realização de diligências para solucionar dúvidas sobre pontos que sejam relevantes ao processo.

O termo ônus provém do latim- *ônus*- e significa carga, fardo ou peso. Assim, ônus da prova quer dizer encargo de provar ônus não é dever, em sentido formal, pois este não se constitui obrigação, cujo o não cumprimento acarreta uma sanção autônoma. Entretanto, não é demais salientar que as partes interessadas em demonstrar ao juiz a veracidade do alegado possuem o dever processual em demonstrar o juiz a veracidade do alegado possuem o dever processual de fazê-lo. Do contrário, haveria uma sanção processual, consistente em perder a causa.

Como regra, no processo penal, o ônus da prova é da acusação, que apresenta a imputação em juízo através da denúncia ou da queixa crime. Entretanto, o réu pode chamar a si o interesse de produzir prova, que ocorre quando alega, em seu benefício, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, embora nunca o faça de maneira absoluta. Imagine-se que afirme ter matado a vítima, embora o tenha feito em legítima defesa. É o preciso provar a ocorrência da

excludente, não sendo atribuição da acusação de fazê-lo, como regra, até por que o fato e suas circunstância concernem diretamente ao acusado, vale dizer, não foram investigados previamente pelo órgão acusatório. Saliente-se, no entanto, que tal ônus de prova da defesa não deve ser levado a extremos, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência e, conseqüentemente, *in dubio pro reo*. Com isso, alegado alguma excludente, como a legítima defesa, por exemplo, feita prova razoável pela defesa e existindo dúvida gerada pelas provas produzidas pelo acusado, a respeito da existência da justificativa, deve beneficiar a defesa. Lembremos constituir dever da acusação provar que o réu cometeu um crime, o que envolve, naturalmente, a prova da tipicidade, ilicitude e culpabilidade. (NUCCI, 2014, p. 340-341)

Assim levando em conta o sistema penal acusatório, onde o Ministério Público responsável pela fase probatória do processo, fica o juiz resguardado por princípios básicos, a um julgamento imparcial e voltado totalmente ao trazido pelas provas dos autos.

4 PRINCÍPIOS INERENTES DA PROVA MATERIAL

4.1 Princípio da isonomia

O princípio da isonomia é essencial na democracia, pois através dele não se admite privilégios e distinções, refletindo diretamente no direito processual.

O professor Daniel Roberto Hertel explica as posições do princípio em comentário ao longo da história:

O conceito de igualdade, ao longo da história, sempre provocou posições extremadas. No que concerne à isonomia, há, basicamente, três orientações: a) a dos nominalistas; b) a dos idealistas e c) a dos realistas. Sustentam os nominalistas que a desigualdade é uma característica do universo. Sob essa ótica, os seres humanos nascem e permanecem sempre desiguais. A igualdade não passa de um mero nome, já que, por natureza, o homem é sempre desigual. Platão e Aristóteles, por exemplo, eram nominalistas e consideravam o estatuto da escravidão como algo de natural. De outro lado, há a orientação daqueles que são chamados de idealistas. Pretendem eles uma isonomia absoluta, isto é, uma plenitude de igualdade entre os diversos seres humanos. Essa era, em essência, a posição de Rousseau. Ainda, uma terceira orientação, dita realista, reconhece que os homens são desiguais sob múltiplos aspectos. Contudo, consideram que os seres humanos, em essência, não podem ser desiguais. Assim, como seres humanos, todos os homens são iguais, não havendo possibilidade de se admitir qualquer espécie de desigualdade. As desigualdades que eles experimentam são fenomênicas, como a social, a política, a moral etc (HERTEL, 2004, p. 1)

A Constituição Federal Brasileira em seu art. 5^o, *caput*, prevê o princípio da igualdade. Destaque-se que outros dispositivos constitucionais mencionam o princípio da isonomia, como no art. 3^o, III⁵, 5^o, I⁶, 150, II⁷ e 226, § 5^o⁸, atestando a importância que o constituinte conferiu a este princípio.

⁴ Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]

⁵ Art. 3^o Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

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

⁶ [...]I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

⁷ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]I - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

⁸ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 5^o Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (BRASIL, 1988)

O princípio da isonomia reflete no direito processual e conseqüentemente na produção e valoração das provas:

O princípio da isonomia apresenta diversos reflexos no direito processual. Durante muito tempo, predominou o entendimento de que o juiz deveria promover a igualdade das partes na esfera processual apenas em seu aspecto formal, o que aproximava o postulado da concepção nominalista de igualdade. Esse entendimento justificava-se sob o argumento de evitar a quebra da imparcialidade do julgador. Modernamente, contudo, esse paradigma está sendo redimensionado.

Na verdade, a migração do critério formal da isonomia para o substancial redundou em alterações relevantes na interpretação de certos dispositivos da lei processual. Em última análise, pretendeu-se com isso aproximar os resultados do processo ao seu escopo social - pacificar com justiça. Nesse contexto, é fundamental que o magistrado considere as diferenças sociais, políticas e econômicas existentes entre os demais sujeitos da relação processual. O julgador deve estar atento para as especificidades dos envolvidos em cada lide, para que possa promover a igualização entre as partes (HERTEL, 2004, p. 1)

As partes, no momento em que buscam a justiça, devem ser colocadas em extrema paridade de condições, ainda mais se falando em sistema penal, o método de contenção social mais violento existente, onde a intervenção penal é voltada à valores constitucionais relevantes.

Frise-se que a participação ativa do juiz na instrução probatória não o torna parcial, violando o princípio da imparcialidade ou o da isonomia.

A implementação da igualdade no processo penal, porém, desafia em grande medida os seus operadores a, de um lado, conseguir imprimir efetividade à ampla defesa em casos de réus economicamente desfavorecidos, ampliando os destinatários do processo em seu sentido garantista e, de outro, a afastar os obstáculos que se apresentam no caminho da busca da verdade em crimes de poder, o que muitas vezes parece tão distante da realidade dos juízos e tribunais (AGUIAR FILHO, 2007, p. 263)

O princípio da isonomia também é citado na jurisprudência:

Ementa: CIVIL. DANO MORAL. RACISMO. NÃO CONFIGURADO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA VALORAÇÃO DAS PROVAS. PRESERVADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - REDUÇÃO PARA ADEQUAR O VALOR DA VERBA AO TRABALHO EFETIVAMENTE DESENVOLVIDO PELO PATRONO.1. O racismo afeta a dignidade da pessoa humana, gerando constrangimentos e humilhações que, além de ilícito penal, pode caracterizar a ofensa à honra, que é uma das hipóteses de dano moral suscetível de compensação pecuniária, desde que devidamente comprovado. No caso, trata-se de briga entre vizinhos com trocas de ofensas, sem observância ao decoro e ao bom senso que devem prevalecer para o convívio pacífico dentro de uma sociedade.2. O direito processual brasileiro adota o sistema do livre convencimento motivado ou princípio da persuasão racional, segundo o qual o juiz pode se valer de outros meios de prova para formar sua convicção, não estando adstrito ao laudo pericial.3. Sem desmerecer o zelo do profissional e o seu trabalho, considerando a natureza

simples da demanda, o lugar da prestação do serviço, que não exigiu grande deslocamento por parte do patrono, e o tempo por ele gasto com a causa, os honorários fixados devem ser reduzidos. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (SANTA CATARINA, 2003).

Essa participação do poder judiciário é fundamental para conduzir o processo e decidir as questões que possam se apresentar, mantendo uma posição de equilíbrio. Ademais, com sua posição ativa de interpretação e implementação de valores constitucionais, será possível conduzir o processo de modo que não haja desigualdades nos âmbitos social, técnico ou substancial.

4.2 Princípio da livre investigação da prova

Também chamado de princípio dispositivo, o princípio da livre investigação das provas diz que o magistrado somente poderá instaurar a causa e às provas, bem como fundamentar sua decisão mediante iniciativa e alegações das partes.

A doutrina não destoa do entendimento de que o mais sólido fundamento do princípio dispositivo parece ser a necessidade de salvaguardar a imparcialidade do juiz. A cada um dos sujeitos envolvidos no conflito *sub judice*, é que deve caber o primeiro e mais relevante juízo de valor sobre a conveniência, ou inconveniência, de demonstrar a veracidade dos fatos alegados. Em regra, o juiz deve deixar às partes o ônus de provar o que alegam.

No entanto, diante da concepção publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Afirmada a autonomia do direito processual em relação ao direito material, e enquadrado como ramo do direito público, e verificada a sua preponderante finalidade sócio-política, a função jurisdicional evidencia-se como um poder-dever do estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e os do próprio estado (FIDALGO, 2018, p. 1)

No âmbito penal, referido princípio sempre esteve presente, ao contrário da área cível, onde a predominância é exclusivamente voltada para o interesse das partes em descobrir a verdade dos fatos. Na seara penal, já é diferente, pois o interesse público o juiz objetiva encontrar a verdade real limitando o interesse privada em preponderância do interesse público.

Característico do processo penal, dado o caráter público do direito material *sub judice*, excludente da autonomia privada. É dever do magistrado superar a desidiosa iniciativa das partes na colheita do material probatório, esgotando todas as possibilidades para alcançar a verdade real dos fatos, como fundamento da sentença. Por óbvio, é inegável que, mesmo nos sistemas em que vigora a livre investigação das provas, a verdade alcançada será sempre formal, porquanto “*o que não está nos autos, não está no mundo*” (CAPEZ, 2014, p. 109).

O juiz exerce uma função jurisdicional, caracterizada pelo poder-dever do Estado e nessa feita, os interesses dos particulares, como do próprio estado estão em evidência.

4.3 Princípio inquisitivo

Tradicionalmente os doutrinadores identificavam dois modelos de processos: inquisitivo e o dispositivo (tratado no tópico anterior)

No princípio inquisitivo o magistrado é visto como protagonista, ou seja, possui diversos poderes além do poder decisório. Entretanto, no que pese esse protagonismo, o processo sempre será iniciado por uma das partes.

O sistema inquisitivo é caracterizado pela ausência dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Neste sistema o juiz concentra todas as funções, ele é investigação, acusação, defesa e julgador.

A principal característica do sistema inquisitivo é o juiz ser o gestor da produção da prova e ser o único sujeito processual, por investigar, defender, acusar e julgar.

Aury Lopes Jr, pontua que tal sistema foi desacreditado pois é psicologicamente impossível uma mesma pessoa exercer de maneira igualmente justa funções tão opostas como investigar, acusar, defender e julgar.

O princípio inquisitivo defende a diminuição/atropelo de direitos e garantias individuais em prol de um pretense interesse coletivo de ver o acusado punido. Defende-se que não devem ser dadas garantias excessivas (SOARES, 2018, p. 1)

O Código de Processo Penal, de 1941, possui muito desse sistema, pois foi inspirado no Código Rocco, italiano, que passava por uma época fascista, todavia a Constituição Federal, de 1988, buscou trazer o sistema acusatório, causando grande discussão doutrinária acerca da constitucionalidade dos dispositivos inquisitivos que ainda constam em nosso ordenamento (SOARES, 2018).

4.4 Princípio do ônus da prova

O direito à prova está contido no quadro das garantias do devido processo legal. É um princípio constitucional e está no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal de 1988.

A pretensão de qualquer direito que possa configurar um litígio tem a origem em fatos, assim quando a parte autora busca o judiciário pleiteando o que achar de direito, o réu oferece sua resposta, e ambos irão apresentar fatos e provas que justifiquem a pretensão e a resistência.

Assim, cabe ao julgador apreciar todas as provas apresentadas na instrução e apresentar uma solução jurídica às partes.

O conceito de prova no processo poderá ser considerado de forma objetiva, ou seja, como um instrumento de demonstração de um fato, ou de forma subjetiva, que consiste no convencimento da existência do fato gerado pela instrução probatória.

O ônus probatório não consiste em uma obrigação, mas sim uma faculdade atribuída às partes de praticar atos processuais que poderão proporcionar vantagens ao desenrolar da lide.

O instituto do ônus da prova e seus fundamentos decorrem de três princípios:

- a) O princípio da indeclinabilidade da jurisdição, segundo o qual o juiz não pode, como podia o romano, esquivar-se de proferir uma decisão de mérito a favor ou contra uma parte, porque a matéria é muito complexa, com um *non liquet*⁹;
- b) O princípio dispositivo, segundo o qual às partes cabe a iniciativa da ação e das provas, restando o juiz apenas atividade de complementação, a elas incumbindo o encargo de produzir as provas destinadas a formar a convicção do juiz;
- c) O princípio da persuasão racional na apreciação da prova, segundo o qual o juiz deve decidir segundo o alegado e provado nos autos (*secundum allegata et probata partium*), e não segundo sua convicção íntima (*secundum propriam conscientiam*) (GRECO FILHO, 2007, p. 114-115)

O princípio do ônus da prova trata da responsabilidade de provar a materialidade e a autoria do delito.

Deve-se compreender o ônus da prova como a responsabilidade da parte, que possui o interesse em vencer a demanda, na demonstração da verdade dos fatos alegados, de forma que, não o fazendo, sofre a 'sanção processual', consistente em não atingir a sentença favorável ao seu desiderato (NUCCI, 2011, p. 26)

À acusação é incumbida as provas dos fatos constitutivos da pretensão condenatória, lembrando sempre da previsão constitucional do estado de inocência do acusado.

4.5 Princípio da celeridade

De acordo com o art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica, são garantias judiciais:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (BRASIL, 1992).

No âmbito judicial são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (inciso LXXVIII do artigo 5º). A Constituição quer fazer efetiva a atuação jurisdicional por meio de um processo que também seja célere.

⁹ Non liquet (do latim non liquere: "não está claro") é uma expressão advinda do Direito Romano que se aplicava nos casos em que o juiz não encontrava nítida resposta jurídica para fazer o julgamento e, por isso, deixava de julgar.

Ademais, traz uma resposta a sociedade, trazendo a ideia de repressão e eliminação da impunidade.

Deste modo, a instrumentalidade dos atos e a capacitação aos operadores do Direito a colher provas e concluir instruções com eficiência, são essenciais para a garantia da duração razoável do processo.

4.6 Princípio da verdade real

O princípio da verdade real significa que no processo penal deve ser pautado na busca da verdadeira realidade dos fatos.

Complementa o professor Luiz Flávio Gomes:

Diferentemente do que pode acontecer em outros ramos do Direito, nos quais o Estado se satisfaz com os fatos trazidos nos autos pelas partes, no processo penal (que regula o andamento processual do Direito penal, orientado pelo *princípio da intervenção mínima*, cuidando dos bens jurídicos mais importantes), o Estado não pode se satisfazer com a realidade formal dos fatos, mas deve buscar que o *ius puniendi* seja concretizado com a maior eficácia possível (GOMES, 2011, p. 1)

Alguns autores defendem a não existência da verdade real (BRUM, 1980 *apud* HOLTHAUSEN, [20-], p. 1), alegando que a mesma seria algo abstrato, um marco para outros valores, que existe na sua integralidade apenas em posições doutrinárias.

Outros doutrinadores, opinando de forma diferente, consideram a verdade real como o fato propriamente dito, exatamente da forma que aconteceu (TEIXEIRA FILHO, 1994 *apud* HOLTHAUSEN, [20-], p. 1).

No processo Penal, a verdade real busca a apuração de fatos, que mais se correlacionam com algum ocorrido. Para a aplicação desse princípio, é necessário que se utilize todos os mecanismos de provas para a compilação idêntica dos fatos. Tal princípio traz como um norte aos juristas, quanto da aplicação da pena e da apuração dos fatos, ou seja, deve existir o sentimento de busca do julgador, e cabe ao magistrado buscar outras fontes de prova, somente a verdade real seja em sua essência atingida.

Segundo Fernando Tourinho, para que o juiz possa melhor formar suas convicções a respeito da matéria do processo, ele deve reproduzir por meio de provas os fatos que mais se aproximam com a realidade, ou seja, ele deve saber quem cometeu a infração, onde cometeu, quem foi a vítima, porque cometeu, de que forma cometeu, podendo assim, quem sabe, descrever minuciosamente o ocorrido, garantindo um julgamento justo para as partes (ESTRELA, 2017, p. 1)

Na prática muitas vezes a solução não corresponde à verdade real, pois é preciso dar fim a lide para que a tutela jurisdicional não seja afastada das partes.

5 QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO

5.1 Inquérito constitucional

Até o ano de 1822, a ordenação jurídica seguida era a de Portugal. Após a Independência do Brasil, a legislação penal passou por diversas reformas. Apenas em 1871, através do decreto 4.824, o inquérito policial foi criado.

Estabelecia o artigo 42¹⁰ do referido decreto que o inquérito policial era na verdade a união de diligências necessárias para descobrir sobre o fato criminoso, conhecendo as circunstâncias e os devidos autores e cúmplices, formado através de instrumento escrito (BRASIL, 1871).

A criação desse instituto reflete ao modelo de investigação atual, uma vez que permanece sendo conduzido por delegados de polícia.

Na época, os excessos do Estado na repressão da criminalidade frente os direitos do acusado já eram motivo de preocupação.

¹⁰ Art. 42. O inquérito policial consiste em todas as diligencias necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e dos seus autores e cumplices; e deve ser reduzido a instrumento escrito, observando-se nele o seguinte:

1º Falar-se a de corpo de delito, uma vez que o crime seja de natureza dos que deixam vestígios.

2º Dirigir-se a autoridade policial com toda a prontidão ao lugar do delito e ao, além do exame do facto criminoso e de todas as suas circunstancias e descrição da localidade em que se deu, tratará com cuidado de investigar e coligir os indícios existentes e apreender os instrumentos do crime e quaisquer objetos encontrados, lavrando-se de tudo auto assignado pela autoridade, peritos e duas testemunhas.

3º Interrogará o delinquente, que for preso em flagrante, e tomará logo as declarações juradas das pessoas ou escolta que o conduzirem e das que presenciarem o facto ou deite tiverem conhecimento.

4º Feito o corpo de delito ou sem ele, quando não possa ter lugar, indagará quais as testemunhas do crime as fará vir á sua presença, inquirindo-as sob juramento a respeito do facto e suas circunstancias e de seus autores ou cumplices. Estes depoimentos na mesma ocasião serão escritos resumidamente em um só termo, assignado pela autoridade, testemunhas e delinquente, quando preso em flagrante.

5º Poderá dar busca com as formalidades legais para apreensão das armas e instrumentos do crime e de quaisquer objetos á ele referentes; e desta diligencia se lavrará o competente auto.

6º Terminadas as diligencias e autuadas todas as peças, serão conclusas á autoridade que proferirá o seu despacho, no qual, recapitulando o que for averiguado, ordenará que o inquérito seja remetido, por intermédio do Juiz Municipal, ao Promotor Publico ou a quem suas vezes fizer; e na mesma ocasião indicará as testemunhas mais idôneas, que por ventura ainda não tenham sido inqueridas.

Desta remessa dará imediatamente parte circunstanciada ao Juiz de Direito da comarca.

Nas comarcas especiais a remessa será por intermédio do Juiz de Direito que tiver a jurisdição criminal do distrito, sem participação a outra autoridade.

7º Todas as diligencias relativas ao inquérito serão feitas no prazo improrrogável de cinco dias, com assistência do indiciado delinquente, se estiver preso; podendo impugnar os depoimentos das testemunhas.

Poderá também impugnar nos crimes afiançaveis, se requerer sua admissão aos termos do inquérito:

8º Nos crimes, em que não tem lugar a ação pública, o inquérito feito a requerimento da parte interessada e reduzido a instrumento, ser entregue para o uso que entender.

9º Para a notificação e comparecimento das testemunhas e mais diligencias do inquérito policial se observarão, no que for aplicável, as disposições que regulam o processo da formação da culpa (BRASIL, 1971).

Os parágrafos 6º e 7º do artigo 42 autorizavam o investigado a assistir aos atos policiais e impugnar o depoimento de testemunhas.

Tourinho Filho (2009, p. 200) conceitua inquérito policial: “é, pois, o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo”.

O autor esclarece que apurar a autoria significa que a autoridade policial tem de desenvolver atividade necessária para descobrir ou conhecer o verdadeiro autor dos fatos que vão de encontro à norma penal, até porque, quando não se sabe sobre a autoria não há como promover uma eventual ação penal.

A investigação policial materializada no inquérito policial serve como subsidio para acusação perante a justiça, uma vez que a investigação é unidirecional, ou seja, não é voltada apenas para a acusação, mas simplesmente para a busca da verdade.

É todo o procedimento destinado a reunir elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria.

No Brasil, a divisão policial é conceituada em administrativa e judiciária. A primeira categoria possui viés ostensivo e preventivo, típicos da Polícia Militar. A segunda tem caráter repressivo, de acordo com a investigação e a apuração dos crimes cometidos. Esta última é representada pela Polícia Federal e Civil. A Polícia judiciária é presidida por delegados de carreira e tem por finalidade auxiliar o Ministério Público e o Poder Judiciário no exercício de suas funções (CURSOS..., 2018)

No Código de Processo Penal, em seu artigo 4º¹¹, é previsto que a autoridade policial atuará em sua circunscrição para apuração das infrações penais e da sua autoria.

Merece destaque o substantivo feminino utilizado pelo art.4 para designar atividade que será levada a cabo: apuração. O substantivo deriva do verbo apurar, que, no seu sentido etimológico, deriva de puro e significa purificar, aperfeiçoar, conhecer o certo (LOPES JUNIOR, 2014, p.278).

O Inquérito Policial, de acordo com a legislação que o criou, bem como sua atuação prática trata-se do expediente escrito, produzido por órgão de polícia judiciária competente, onde são reunidas e documentadas todas as diligencias levadas a efeito durante a tarefa de esclarecer as circunstancias de um fato que se apresentou inicialmente com aparência de ilícito penal passível de sansionamento, confirmando ou negando essa aparência inicial e,

¹¹ Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função (BRASIL, 1941).

esclarecendo, se possível, na hipótese confirmatória, a autoria da conduta (ROVÉGNO, 2005).

A autor afirma que a produção de um inquérito policial significa a reconstrução dos fatos ocorridos, observando-se os princípios morais e éticos, repassando pelos mesmos caminhos traçados pelas partes e estando apto a propositura da ação penal ou não, objetivando sempre a busca pela verdade (ROVEGNO, 2005).

Sobre a função do inquérito policial, está caracterizada como um acessório informativo à ação penal, relacionado ao embasamento judicial quanto a medidas cautelares, ainda na fase de investigação, que vão de encontro a direitos e garantias fundamentais, tais como prisões temporárias e preventivas, buscas e apreensões, interceptações telefônicas e sequestro de bens a fim de serem apreendidos.

Outra finalidade essencial do inquérito policial é o embasamento legal que dará admissibilidade da ação penal, uma vez que para a propositura de uma ação penal, é necessário que se tenha meios razoáveis capazes de demonstrar a existência mínima de materialidade delitiva.

A finalidade do inquérito policial será atingida quando: a) se chegar a conclusão sobre o fato ocorrido, havendo indiciados na prática criminosa; b) não havendo suspeitos ou c) simplesmente mostrando o fato ocorrido com ausência de antijuridicidade.

Sobre a finalidade do inquérito, explica a doutrina: “[...] a investigação policial tem o nítido caráter de evitar a instauração de uma persecução penal infundada por parte do Ministério Público diante do fundamento do processo pena, que é a instrumentalidade e o garantismo penal” (RANGEL, 2009, p.71).

Diante o exposto, conclui-se que a autoridade policial sempre se compromete com a verdade, busca essencial para o exercício da Justiça, para qualquer uma das partes, seja a parte acusadora, vítima ou o próprio indiciado.

Sobre a natureza jurídica do inquérito policial, não pode ser considerada uma atividade judicial, pois não possui atributo jurisdicional (LOPES JÚNIOR, 2014). Também não tem caráter processual típico, sendo assim um procedimento administrativo pré-processual.

Sobre as expressões processo e procedimento administrativo, há divergências doutrinárias.

Para Celso Antônio Bandeira de Melo, processo administrativo e procedimento administrativo são termos de uso equivalentes, podendo ser feito usos indiferentes de uma ou outra expressão (MELO, 2014).

O inquérito policial é um instrumento jurisdicionalizado, porque está sob o controle do juiz de direito e porque as autoridades oficiam sem interesse próprio e sob a égide do juiz de direito. É procedimento porque se concretiza na sucessão de atos concatenados, sem disposição – previa e legalmente – estabelecida, bem como não desencadeada (o procedimento) por meio da ação (BARROS, 1999 *apud* GAIO JÚNIOR, 2014, p. 18)

Função Administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infraleais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submetidos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário (MELO, 2014, p. 36).

Considerando que o processo é o somatório dos atos que lhe dão forma, bem como a relação jurídica entre eles, o inquérito policial tem natureza jurídica processual, uma vez que possui procedimento próprio no Código de Processo Penal e tem uma relação jurídica própria entre o Estado na pessoa da Autoridade Policial e o indiciado.

5.2 Sigilo das comunicações telefônicas

A Emenda Constitucional de 1969, que editou Constituição Federal de 1967 abordava os direitos e garantias fundamentais, no capítulo IV e nele não previa nenhuma possibilidade sobre a inviolabilidade das comunicações telefônicas, estatuinto em seu artigo 153, §9º:

Art. 153 A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 9º - É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (BRASIL, 1969)

Entretanto, a Lei nº 4.117 de 27 de Agosto de 1962 que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações, que antevia a Constituição de 1969, estabelecia em seus artigo 57, inciso II, letra “e”:

Art. 57 Não constitui violação de telecomunicação:

[...]

II – O conhecimento dado:

[...]

e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste (BRASIL, 1962)

O sigilo das comunicações telefônicas atualmente é regulamentado pelo artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal de 1988:

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

Com o artigo 5º da Constituição Feral de 1988, a admissão da interceptação telefônica ficou prevista nas hipóteses e na forma da lei, entretanto, não havia nenhuma lei predizendo os casos de violação ao sigilo e o artigo 57, II, “e”, da Lei nº 4.117/1962 não expressava o que o Texto Maior reclamava, por não conter nenhuma circunstância que seria admitida a interceptação.

Com isso, era considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal toda e qualquer prova obtida pelo instituto da interceptação telefônica, mesmo nos casos em fossem autorizadas pela justiça, enquanto a matéria não estivesse devidamente regulamentada, não podendo dessa forma nenhum juiz autorizar sua utilização.

Nesse sentido a jurisprudência:

STF - SEGUNDO HABEAS CORPUS: HC 69912 RS
PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, "NAS HIPÓTESES E NA FORMA" POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 5º., XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; NÃO OBSTANTE, INDEFERIMENTO INICIAL DO HABEAS CORPUS PELA SOMA DOS VOTOS, NO TOTAL DE SEIS, QUE, OU RECUSARAM A TESE DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES DA ESCUTA TELEFÔNICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSÍVEL, NA VIA PROCESSUAL DO HABEAS CORPUS, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; NULIDADE DA PRIMEIRA DECISÃO, DADA A PARTICIPAÇÃO DECISIVA, NO JULGAMENTO, DE MINISTRO IMPEDIDO (MS 21.750, 24.11.93, VELLOSO); CONSEQUENTE RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, NO QUAL SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALÊNCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINÁ-LA E VIABILIZÁ-LA - CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE. (BRASIL, 1994)

A Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996¹², a fim de disciplinar o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, e preencher a lacuna existente na lei, regulamentou em seu texto a interceptação de conversas telefônica, podendo então o juiz autorizar a quebra do sigilo, de ofício ou a requerimento do membro do Ministério Público ou autoridade policial, respeitando os requisitos obrigatórios.

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática (BRASIL, 1996).

O referido dispositivo enseja a possibilidade do magistrado determinar a interceptação telefônica de ofício, não fazendo distinção entre a investigação criminal e a instrução processual penal, o que se presume a sua admissão nas duas fases.

Em decorrência desse entendimento, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4112, foi ajuizada pelo Partido Trabalhista Brasileiro, contra dispositivos da Lei nº 9.296/1996, que, dentre outros pontos, questionou a constitucionalidade do caput do artigo 3º, no ponto em que autoriza o juiz decretar de ofício a interceptação telefônica, embasando que tal deliberação viola os princípios da imparcialidade do juiz e do devido processo legal. Deborah Duprat, nesse seguimento elaborou o respeitável parecer para o feito:

[...] 26. Segundo o autor, a possibilidade de o juiz determinar de ofício interceptações telefônicas viola os princípios da imparcialidade e do devido processo legal. Também sustenta que a determinação de interceptações no curso de ações penais viola o princípio do contraditório.

[...]

29. Contudo, a determinação de interceptação telefônica de ofício pelo juiz já foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade, intentada pelo então Procurador-Geral da República Claudio Fonteles e autuada sob número 3.450.

[...]

30. Reiterando tais razões, entende-se que o dispositivo, nesse ponto, deve merecer interpretação conforme a Constituição, de modo que a possibilidade de o juiz decretar de ofício a interceptação telefônica fique limitada à fase processual. (BRASIL, 2010)

Sobrevém que, a ADI 4112, estipulou em seu parecer que não será possível realizar a interceptação telefônica decretada de ofício na fase de instrução processual, pois estaria dessa forma ferindo o devido processo legal por lesionar o princípio da imparcialidade do juiz.

¹² Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

Assim, tem-se que no curso processo nada impede o juiz de decretar a interceptação telefônica de ofício, entretanto no curso do inquérito policial essa medida não pode ser decretada dessa forma.

Nesse contexto, tem-se que, interceptação telefônica é medida cautelar, assegurada pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XII, e regulamentada pela Lei nº 9.296/1996, que pode ser decretada pelo juiz, de ofício ou a requerimento, conforme explana o artigo 3º da Lei:

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:
I - da autoridade policial, na investigação criminal;
II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal. (BRASIL, 1996, p.1)

Ademais, para melhor compreensão sobre conceito de interceptação telefônica e posteriormente de quebra de sigilo telefônico, faz-se necessário a exploração de outros institutos, explorando as diferenças entre eles, quais sejam: a interceptação em sentido estrito, escuta telefônica, gravação telefônica, interceptação ambiente e escuta ambiente.

Fernando Capez, conceitua os institutos da seguinte forma:

[...] a) interceptação telefônica em sentido estrito: consiste na captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores (é o chamado ‘grampeamento’);
b) escuta telefônica: é a captação da conversa com o consentimento de apenas um dos interlocutores (a polícia costuma fazer escuta em casos de sequestro, em que a família da vítima geralmente consente nessa prática, obviamente sem o conhecimento do sequestrador do outro lado da linha).
c) interceptação ambiental: é a captação da conversa entre presentes, efetuada por terceiro, dentro do ambiente em que se situam os interlocutores, sem o conhecimento por parte destes;
d) escuta ambiental: é a interceptação de conversa entre presentes, realizada por terceiro, com o conhecimento de um ou alguns;
e) gravação clandestina: é a praticada pelo próprio interlocutor ao registrar sua conversa (telefônica ou não), sem o conhecimento da outra parte. (CAPEZ, 2016, p. 418)

Fernando Capez considera que a interceptação telefônica em sentido estrito e a escuta telefônica são objetos na Lei nº 9.296/1996, ficando as demais hipóteses fora de seu regime jurídico, *in verbis*:

Tanto a interceptação stricto sensu quanto a escuta telefônica inserem-se na expressão “interceptação”, prevista no art. 5º, XII, da CF; logo, submetem-se às exigências da Lei n. 9.296/96. Diferente é o caso em que o próprio interlocutor

grava a conversa. Neste, não existe a figura do terceiro e, portanto, não se pode falar em interceptação. (CAPEZ, 2016, p. 418)

Fernando Capez foi categórico em sua descrição, “Interceptação provém de interceptar – intrometer, interromper, interferir, colocar-se entre duas pessoas, alcançando a conduta de terceiro que, estranho à conversa, se intromete a toma conhecimento do assunto tratado entre os interlocutores”. (CAPEZ, 2016, p. 418)

Diante o exposto, conclui-se há uma grande diferença entre interceptação telefônica, definida acima, e quebra de sigilo dos dados telefônicos.

Conclui-se que o sigilo dos dados telefônicos, compreendendo os dados e elementos que estão vinculados aos titulares da linha, como aos numerais de IMEI, aos Sim Cards (“chips”), bem como às ligações efetivadas e recebidas, não está abrangido nos dispositivos mencionados acima, que tratam apenas da interceptação telefônica.

Nesse sentido lecionado o Ministro Gilmar Mendes:

[...] não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados (BRASIL, 2012)

Ressalte-se que a não abrangência pela lei, não significa menos importância, pois protege informações ligadas à vida dos cidadãos. Ocorre que o sigilo dos dados não está abrangido pela cláusula de reserva de jurisdição por falta de previsão legal.

Sobre a não reserva de jurisdição dispõe a doutrina:

Destarte, o objeto da lei n.º 9.296/96 não abrange a quebra do sigilo de dados telefônicos. Como já se manifestou a jurisprudência, a Lei n.º 9.296/96 é aplicável apenas às interceptações telefônicas (atuais, presentes), não alcançando os registros telefônicos relacionados a comunicações passadas. Logo, a quebra do sigilo dos dados telefônicos contendo os dias, os horários, a duração e os números das linhas chamadas e recebidas, não se submete à disciplina das interceptações telefônicas regidas pela lei 9.296/96. Em outras palavras, a proteção a que se refere o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, é da comunicação de dados, e não dos dados em si mesmos.

Portanto, diversamente da interceptação telefônica, a quebra do sigilo de dados telefônicos não está submetida à cláusula de reserva de jurisdição. Logo, além da autoridade judiciária competente, Comissões Parlamentares de Inquérito também podem determinar a quebra do sigilo de dados telefônicos com base em seus poderes de investigação (CF, art. 28, §3º), desde que o ato deliberativo esteja devidamente fundamentado (LIMA, 2014. p. 142).

Deste modo, constatado que a quebra de sigilo de dados telefônicos não está resguardada pela reserva de jurisdição, mas constituiu um elemento importante na investigação criminal, o legislador entendeu por bem atribuir prerrogativas ao Delegado de Polícia a fim de dar ao mesmo, autonomia nas investigações:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

[...]

4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares (BRASIL, 1988).

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

[...]

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias (BRASIL, 1941).

Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

[...]

.2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos (BRASIL, 2013)¹³

Com fulcro nos dispositivos acima, o Delegado de Polícia passou a ter poderes para requisitar as informações e diligências que entender pertinentes na busca da verdade real dos fatos.

Nesse sentido, os Tribunais Superiores:

Não há ilegalidade na quebra do sigilo de dados cadastrais de linhas telefônicas os quais, conforme o tribunal de origem, foram obtidos por autoridade policial que recebeu de magistrado senha fornecida pela Corregedoria de Polícia Judiciária. Isso porque, conforme entendimentos do STF e do STJ, o disposto no artigo 5º, XII, da CF não impede o acesso aos dados em si, ou seja, o objeto protegido pelo direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas tão somente a comunicação desses dados. O entendimento do tribunal de origem é que sobre os dados cadastrais de linhas telefônicas inexistia previsão constitucional ou legal de sigilo, já que não fazem parte da intimidade da pessoa, assim como sobre eles não paira o princípio da reserva jurisdicional. Tal entendimento está em consonância com a jurisprudência do STJ (BRASIL, 2014).

¹³ A Lei 12.830 de 2013 dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, positivando, de forma clara, o direito de a Autoridade Policial requisitar perícias, informações, documentos e dados, quando estiverem ligados diretamente à investigação criminal.

Conforme já exposto no primeiro capítulo deste trabalho, importante mencionar novamente que os direitos fundamentais não possuem tem caráter absoluto.

Assim, na quebra de sigilo telefônico, tem-se de um lado o direito à privacidade e a intimidade, enquanto do outro está configurada o direito da coletividade, em solucionar um determinado caso, através da investigação.

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (BRASIL, 2000).

Diante o conflito de princípios, prevalece aquele que vai de encontro com a sociedade. O Supremo Tribunal Federal entende que:

[...] o direito à privacidade e à intimidade do preso deve ceder espaço aos ditames de segurança pública, disciplina prisional e a própria preservação da ordem jurídica, uma vez que “a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas” (BRASIL, 1994)

Conforme estabelece o artigo 144 da Carta Magna, a segurança pública é um dever do Estado, um direito e uma responsabilidade de todos, que tem o objetivo de diminuir o conflito de princípios (MEURER, 2016).

Por fim, não se pode deixar de mencionar que o Delegado de Polícia, no uso de suas atribuições, deve também ser responsável pela coleta, pela garantia e sigilo das informações coletadas, sob pena de responder pelas violação de sigilo profissional¹⁴.

¹⁴ Art. 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:

I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;

II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa (BRASIL, 1940).

5.3 Vistoria e acesso da autoridade policial no aparelho telefônico

É sabido que a polícia, em regra, não dispõe da tecnologia adequada no auxílio de suas investigações, e em relação aos inquéritos policiais brasileiros não é diferente.

A vistoria dos aparelhos telefônicos é realizada pela polícia judiciária e se refere ao conjunto de atos realizados a fim de apurar uma infração penal, bem como proceder a busca imediata de provas em tempo pertinente para elucidação de confecção de provas, fornecendo ao órgão de acusação todos os elementos necessários para propositura da ação penal.

Atualmente, não há dúvidas que o telefone celular se tornou indispensável, uma vez que possui inúmeras funções que vão além de uma simples ligação.

Por essa razão, tais objetos constituem uma fonte enorme de informações que podem auxiliar no esclarecimento de infrações penais.

Importante ressaltar que a extração de dados e mensagens implica no reconhecimento da privacidade do agente que não pode, pela simples abordagem, perder-se em análise de seu histórico e arquivos por profissionais que não são, necessariamente, preparados para garantia da autenticidade e validade das provas extraídas.

A polícia judiciária tem a finalidade de apurar a infração penal e sua autoria, de modo que o titular da ação possa ter elementos necessários e suficientes para propô-la. Para atingir esse intento as investigações policiais devem ser realizadas em tempo hábil tendo em vista que existe a finalidade de impedir a prática de atos que também lesem outras pessoas naquele decurso de tempo, frisando caráter preventivo.

Conforme já destacado anteriormente, o Inquérito Policial é um procedimento no qual as atividades de investigações concentram-se nas mãos de uma única autoridade, ou seja, o Delegado de Polícia, que, deve desempenhar seu papel com discricionariedade, responsabilidade, ética e sigilo, tudo em prol da elucidação do delito e de sua autoria.

6 CONCLUSÃO

A obtenção das provas no momento do ato da atuação policial é importante e tem grande contribuição no alcance da verdade real dos fatos.

O ordenamento jurídico é a disposição hierárquica das normas jurídicas, onde a Constituição Federal tem papel preponderante, ou seja todas as leis devem ser compatíveis à Lei Maior.

Os direitos e garantias fundamentais, na evolução da sociedade, tiveram como finalidade limitar o poder do Estado, reforçando a personalidade humana, já que representam a vontade dos cidadãos.

As provas visam verificar a existência ou não de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação, portanto, trata-se de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de um fato, e consequentemente dando uma ideia de segurança à sociedade.

As provas representam a luz do sistema processual, pois é por meio delas que ocorre toda a discussão processual, uma vez que sem provas robustas e verídicas não seria possível o aprofundamento de debates jurisprudenciais e doutrinários.

É justamente durante o inquérito policial que há a reconstrução dos fatos ocorridos e a coleta de provas, onde irá também se observar os princípios morais e éticos, repassando pelos mesmos caminhos traçados pelas partes.

Ao final dessa pesquisa foi possível concluir que a quebra de sigilo dos dados telefônicos pela autoridade policial não está abrangida pela reserva da jurisdição.

Ressalte-se que na coleta de tais dados, nos deparamos com o conflito dos princípios que envolvem a intimidade e liberdade individual e a segurança pública, prevalecendo no presente caso aquele que vai de encontro com a sociedade.

Desta forma, os Delegados de Polícia são autorizados pelo sistema legislativo e pela jurisprudência, a requisitar e coletar os dados necessários a investigação e essa requisição pode ser feita diretamente à parte indiciada, ou diretamente às operadoras de telefonia.

Por fim, caberá ao poder judiciário o controle posterior dos atos investigatórios, bem como a todos os elementos de prova.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR FILHO, Oliveiros Guanais. **Igualdade, sistema penal e criminalidade de poder**. 1. ed. Salvador: Podivm, 2007.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.
- BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 22.jul.2018.
- _____. **Decreto 678 de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 22.set.2018.
- _____. **Decreto 2848 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30.set.2018.
- _____. **Decreto 4.824 de 22 de novembro de 1871**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM4824.htm>. Acesso em: 22.set.2018.
- _____. **Decreto Lei n.º. 3.689/1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20.jul.2018.
- _____. **Emenda Constitucional n.º. 1 de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 18.out.2018.
- _____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 20.set.2018
- _____. _____. HC 69912 RS. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. 23. mar. 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+69912%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+69912%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ar8a3na>>. Acesso em: 20.set.2017.
- _____. _____. Habeas Corpus n.º 91.867/PA. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília /DF: DJ 24.04.2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891867%2ENUME%2E+OU+91867%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zxu6p5>>

>. Acesso em: 19.out.2018.

_____. _____. Mandado de Segurança de nº23452/RJ . Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília/DF. DJ 16/09/1999. DJe 12/05/2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2823452%2ENUM%2E+OU+23452%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j498glu>>. Acesso em: 18.out.2018.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4112 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4112&processo=4112>>. Acesso em: 18.out.2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental em Habeas Corpus de nº 181546/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília/DF. DJ 11/02/2014. DJe 18/02/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=181546&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 18.out.2018.

_____. **Lei nº 4.117 de 27 de Agosto de 1962**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4117.htm>. Acesso em: 18.out.2018.

_____. **Lei 9.296 de 24 de julho de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 20.set.2018

_____. **Lei 12.830 de 20 de junho de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm>. Acesso em: 20.set.2018

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Almedina, 2003.

CAPEZ, FERNANDO. **Curso de processo penal**. 21.ed. São Paulo: Saraiva 2014.

_____. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre elProceso Penal**. Traducción de Santiago SentísMelendo. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1960. Disponível em: <<http://www.nparangaricutiro.gob.mx>>. Acesso em: 06.jun.18

CURSOS IPED. **O que é um inquérito policial?** 2018. Disponível em: <<https://www.iped.com.br/materias/direito/inquerito-policial.html>>. Acesso em: 09.out.2018.

ESTRELA, Wallace. **O princípio da verdade real no âmbito do processo penal**. 2017. Disponível em: <<https://wallacestrela.jusbrasil.com.br/artigos/456090513/o-principio-da-verdade-real-no-ambito-do-processo-penal>>. Acesso em: 10.out.2018.

FIDALGO, Amanda Cabral. **Princípios do direito processual**. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67331/principios-do-direito-processual>>. Acesso em: 10.out.2018.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instruções de Direito Processual Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Verdade Real**. 2011. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121915673/principio-da-verdade-real>>. Acesso em: 01.out.2018.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. 1 ed. São Paulo-SP, Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Provas ilícitas, ônus da prova e constituição**. 1. ed. Salvador: Podivm, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades publicas e processo penal**. 2 ed. São Paulo-SP, Editora Revista dos Tribunais, 1982.

HERTEL, Daniel Roberto. **Reflexos do princípio da isonomia no direito processual**. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7112/reflexos-do-principio-da-isonomia-no-direito-processual>>. Acesso em: 02.set.2018.

HOLTHAUSEN. Fábio Zobot. **Prova judicial: conceito, origem, objeto, finalidade e destinatário**. [20-]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5043#>. Acesso em: 10.set.2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Penal Comentada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Procesual Penal**. 11.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MAIA, Lorena Duarte Lopes. **Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal**. 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242>. Acesso em: 13.out.2018.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

MEURER, Alexander. **Da desnecessidade de ordem judicial para quebra de sigilo de dados telefônicos pela autoridade policial**. 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/da-desnecessidade-de-ordem-judicial-para-quebra-de-sigilo-de-dados-telefonicos-pela-autoridade-policial>>. Acesso em: 01.out.2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo:Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. Forense, 2014.

_____. **Provas no Processo Penal** – o valor da confissão como meio de prova no processo penal 2.ed. São Paulo: ERevista dos Tribunais, 2011

PACELLI, Eugêncio. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2011

PARANÁ. **Tribunal de Justiça**. TJ-PR - AC: 2035289 PR Apelação Cível - 0203528-9, Relator: Nilson Mizuta, Data de Julgamento: 16/09/2003. Publicação: 03/10/2003. Disponível em: < <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4976572/apelacao-civel-ac-2035289-pr-apelacao-civel-0203528-9>>. Acesso em: 05.out.2018.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

ROVEGNO, André. **O inquérito Policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. Campinas: Bookseller, 2005.

SANTOS, Evandro Marcelo dos. **A força normativa da Constituição e o nivelamento dimensional dos Direitos Fundamentais**. In: Reflexões do Direito Brasileiro na Contemporaneidade. Curitiba: CRV, 2017.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOARES, Renan. **Princípios e sistemas processuais penais**. 2018. Disponível em: < <https://renansoares7127.jusbrasil.com.br/artigos/555992576/principios-e-sistemas-processuais-penais>>. Acesso em: 12.out.2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 1 v. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Processo Penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.