

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPEDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPEDES DE MARÍLIA – UNIVEM
MESTRADO EM TEORIA DO DIREITO E DO ESTADO

CAMILA ROSSINI VIDAL ZANON

**VIOLAÇÃO DO SEGREDO DAS COMUNICAÇÕES INFORMÁTICAS
E TELEMÁTICAS FRENTE AOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS E AO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

MARÍLIA
2020

CAMILA ROSSINI VIDAL ZANON

VIOLAÇÃO DO SEGREDO DAS COMUNICAÇÕES INFORMÁTICAS E
TELEMÁTICAS FRENTE AOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS E AO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Teoria do Direito e do Estado da “Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Teoria do Direito e do Estado.

Orientador: Prof. Dr. MÁRIO FURLANETO NETO

MARÍLIA
2020

Zanon, Camila Rossini Vidal

Violação do segredo das comunicações informáticas e telemáticas frente aos avanços tecnológicos e ao estado democrático de direito; orientador: Prof. Dr. Mário Furlaneto Neto. Marília, SP, 2020. 136 p.

Dissertação – Curso de Mestrado em Teoria do Direito e do Estado da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, 2020.

1. Meios de Comunicação 2. Violação do segredo 3. Prova 4. Princípio da Proporcionalidade

CDD: 341.434

ATA DA DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO

Mestranda: Camila Rossini Vidal Zanon

Título: "VIOLAÇÃO DO SEGREDO DAS COMUNICAÇÕES INFORMÁTICAS E TELEMÁTICAS FRENTE AOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS E AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO".

Linha de Pesquisa: Construção do Saber Jurídico.

Em 06 de março de 2020, com início às 11:00 horas, realizou-se, nas dependências do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, a Defesa Pública da Dissertação de Mestrado. A Banca Examinadora, constituída pelos Professores Prof. Dr. Mário Furlaneto Neto - orientador (Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM), Prof. Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos (Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM) e Prof. Dr. José Geraldo Alberto Bertoncini Poker (Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" - UNESP/Marília), arguiu a candidata, tendo a examinada sido APROVADA. Encerradas as atividades, foi lavrada a presente ata que, posteriormente, segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Observações:

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Mário Furlaneto Neto (Orientador) _____
(Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM)

Prof. Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos _____
(Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM)

Prof. Dr. Jose Geraldo Alberto Bertoncini Poker _____
(Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" - UNESP/Marília)

Mestranda: Camila Rossini Vidal Zanon Camila Rossini Vidal Zanon

Marília, 06 de março de 2020.

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues
Coordenador do PPGD/UNIVEM

DEDICATÓRIA

A Deus, por ter iluminado os meus passos e proporcionar a realização de um sonho.

A minha mãe Ivete, que sempre esteve comigo em todos os momentos de dificuldades e se fez presente em todas as viagens para Marília.

Ao meu marido Daniel, minha gratidão pelo apoio incondicional durante mais essa etapa de nossas vidas. Perdão pelos momentos em que estive ausente.

Ao meu pai José e a minha irmã Daiani, pelo incentivo e apoio durante a realização desse curso.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Dr. Mário Furlaneto Neto, com quem aprendi muito, tendo contribuído para o meu crescimento científico e intelectual.

A todos os professores do curso de mestrado pela dedicação e ensinamentos que foram essenciais para a minha formação.

A todos os colegas de turma por terem colaborado nos momentos de dúvidas e incertezas.

Ao Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, pela oportunidade de realização deste curso de mestrado.

"Que os vossos esforços desafiem as impossibilidades, lembrai-vos de que as grandes coisas do homem foram conquistadas do que parecia impossível."

Charles Chaplin

ZANON, Camila Rossini Vidal. **Violação do segredo das comunicações informáticas e telemáticas frente aos avanços tecnológicos e ao Estado Democrático de Direito**. 2020. f. 136. Dissertação – Curso de Mestrado em Teoria do Direito e do Estado da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2020.

RESUMO

O tema se refere a meio de prova que seja eficiente para a investigação de crimes cometidos no meio digital, ou através dele, consistente na violação do segredo das comunicações de informática e telemática como meio de prova no processo penal brasileiro. A justificativa se constrói pela ausência de fronteiras em diferentes formas de comunicação trazidas pela evolução tecnológica, uma vez que o uso de meios tecnológicos para a prática de infrações penais tem se tornado cada vez mais comum. O problema a ser enfrentado na pesquisa é a regra do sigilo das comunicações de informática e telemática prevista no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal. Tendo como linha de pesquisa a crítica aos fundamentos da dogmática jurídica, no que concerne à escrita, utilizou-se o método dedutivo. Os procedimentos metodológicos utilizados foram a pesquisa bibliográfica e documental com abordagem qualitativa. A propósito do método dedutivo, a premissa maior é a possibilidade da violação do sigilo das comunicações de informática e telemática como meio de prova no processo penal brasileiro. As premissas menores consistem na viabilidade da interceptação do fluxo das comunicações de informática e telemática em crimes de ameaça contra a honra ou outros crimes e contravenções penais que não sejam punidos com reclusão; na utilização do princípio da proporcionalidade para invocar a prevalência do direito à segurança, em detrimento da intimidade, privacidade ou vida privada do usuário de comunicação de dados; no imperativo de que ninguém poderá se esconder atrás de um direito fundamental para praticar infração penal. O objetivo geral incide na análise de um meio de prova no processo penal brasileiro que atente aos anseios da sociedade informatizada do século XXI. Como objetivos específicos, pretende-se buscar fundamentos para a possibilidade de utilização da violação do sigilo das comunicações de informática e telemática como meio de prova no processo penal brasileiro; analisar a teoria geral da prova para a sua aplicação no meio de prova que consistirá na interceptação dos meios de comunicações de informática e telemática; e avaliar a possibilidade da utilização da aplicação da Lei n. 9.296/1996 para a interceptação do fluxo das comunicações de dados. Conclui-se que a violação do segredo das comunicações de informática e telemática como meio de prova no processo penal brasileiro será possível através da análise do princípio da proporcionalidade. E ainda, a fim de regular o meio de prova, chegou-se à possibilidade da aplicação da Lei n. 9.296/96 para a interceptação das comunicações de dados. Para isso, serão imprescindíveis, a autorização judicial e a observância das regras para tornar legal o procedimento.

Palavras-chave: Meios de Comunicação. Violação do Segredo. Prova. Princípio da Proporcionalidade.

ZANON, Camila Rossini Vidal. **Violação do segredo das comunicações informáticas e telemáticas frente aos avanços tecnológicos e ao Estado Democrático de Direito**. 2020. f. 136. Dissertação – Curso de Mestrado em Teoria do Direito e do Estado da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2020.

ABSTRACT

This theme refers through means of proof that it is efficient to the committed crimes investigation in the digital environment, or through it, consistent in the violation of confidentiality of computer and telematic communications as evidence in the Brazilian penal code. The justification is built by the absence of boundaries in different forms of communication brought by technological evolution, as the use of technological means for the criminal offences practice has become increasingly common. The problem to be faced in the research is the rule of confidentiality of computer and telematic communications provided at the article 5º, item XII of the Federal Constitution. Taking as a line of research the critique of the foundations of legal dogmatics, as regards writing, the deductive method was used. The methodological procedures used were the bibliographic and documentary research with qualitative approach. Regarding the deductive method, the major premise is the possibility of breaching the confidentiality of computer and telematic communications as evidence in Brazilian criminal proceedings. The minor premisses consists in viability of intercepting the flow of computer and telematic communications in honor-threatening crimes or other crimes and contraventions that are not punished with imprisonment; in the using the proportionality principle to invoke the prevalence of the right to security, to the detriment of the privacy or private life of the data communication user; on the imperative that no one can hide behind a fundamental right to commit a criminal offence. The general objective focuses on analyze a means of proof in the Brazilian criminal process that meets the desires of the XXI century computer society. As specific objectives, it is intended to seek reasons for the possibility of using breach of confidentiality of computer and telematic communications as evidence in the Brazilian criminal process; to analyze the general theory of proof for its application in the means of proof which will consist of the interception of the informatics and telematics communication means; and evaluate the possibility of using the application of Law no. 9.296 / 1996 for the flow interception of data communications. It can be concluded that violation of the confidentiality of computer and telematic communications as evidence in Brazilian criminal proceedings will be possible by analyzing the proportionality principle. However, in order to regulate the evidence, it was possible to apply Law no. 9.296 / 96 for the interception of data communications. For this, it will be essential, the judicial authorization and compliance with the rules to make the procedure legal.

Keywords: Means of Communication. Violation of Confidentiality. Evidence. Proportionality principle.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
1.1 Direitos fundamentais	15
1.2 Estado Democrático de Direito e a preservação dos Direitos Humanos	17
1.3 Direitos Humanos	32
1.4 Direitos inerentes à personalidade	35
1.4.1 Direito fundamental à liberdade individual na esfera da autonomia individual em face do Poder estatal.....	36
1.4.2 Princípio da inviolabilidade à privacidade	39
1.4.3 Princípio da inviolabilidade à intimidade.....	40
1.4.4 Princípio fundamental à vida privada.....	43
1.5 A colisão entre direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade a fim de restabelecer a paz jurídica	45
1.6 Novas tecnologias da informação e comunicação	50
1.7 Sigilo dos meios de comunicação.....	58
2 TEORIA GERAL DA PROVA PENAL	62
2.1 Princípios que regem a atividade probatória no âmbito do processo penal brasileiro	63
2.1.1 Princípio da livre convicção do juiz ou da persuasão racional do juiz.....	63
2.1.2 Princípio do contraditório.....	65
2.1.3 Princípio da comunhão dos meios de prova	69
2.1.4 Princípio da oralidade.....	70
2.1.5 Princípio da publicidade	70
2.1.6 Princípio do privilégio contra a autoincriminação	72
2.1.7 Princípio da presunção de inocência	75
2.2 Princípio da proibição da prova ilícita	76

2.2.1 Prova ilegal e prova ilegítima.....	78
2.2.2 Prova ilícita por derivação.....	79
2.2.3 Exceção da fonte independente para utilização da prova.....	81
2.2.4 A possibilidade da utilização da prova ilícita no processo penal: a proporcionalidade e a prova ilícita <i>pro reo</i>	82
2.3 A prova e a verdade.....	85
2.4 Finalidades da prova.....	98
2.4.1 O direito à prova no quadro do direito ao contraditório.....	99
2.4.2 A fundamentação da sentença.....	99
2.5 Fatos que devem ser provados e fatos que não precisam ser provados.....	101
2.6 Objeto da prova.....	103
2.7 Meios de prova.....	105
3 A VIOLAÇÃO DO SEGREDO DAS COMUNICAÇÕES INFORMÁTICAS E TELEMÁTICAS COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	109
3.1 As comunicações informáticas e telemáticas inseridas no contexto de comunicações de dados, referidas pelo dispositivo legal do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal.....	109
3.2 A lei n. 9.296/1996 que previu a interceptação telefônica também regulamenta as mesmas regras para as comunicações de dados.....	114
3.2.1 A natureza cautelar das decisões que autorizam a violação do sigilo das comunicações informáticas e telemáticas.....	117
3.2.2 Legalidade da violação do sigilo das comunicações informáticas e telemáticas como meio de prova no processo penal brasileiro.....	121
3.3 Acordos de cooperação internacional.....	123
REFERÊNCIAS.....	132

INTRODUÇÃO

A revolução tecnológica vivenciada no século XXI desencadeou a disseminação dos meios de comunicação e trouxe a abertura de fronteiras entre as nações, provocando, por conseguinte, o aumento da criminalidade em nível organizado e transnacional.

Ao se fundamentar nos preceitos Constitucionais, o presente estudo teve por escopo uma análise da possibilidade da violação do segredo das comunicações informáticas e telemáticas como meio de prova no processo penal brasileiro. O tema se refere a meio de prova que seja eficiente para a investigação de crimes cometidos no meio digital, ou através dele.

A violação do segredo das comunicações informáticas e telemáticas deve ser pautada no aspecto do Estado Democrático de Direito, com a visão de um Estado Liberal, para a preservação dos direitos humanos.

A interceptação das comunicações de informática e telemática, meio de prova legalmente admitido em nosso ordenamento jurídico, desde a vigência da ordem Constitucional de 1988, tem seus procedimentos traçados pela Lei n. 9.296/1996, sendo meio de prova valioso na investigação criminal e instrução processual penal, no contexto da revolução tecnológica vivenciada pela sociedade atual.

A justificativa da pesquisa se vislumbra com a ausência de fronteiras e o surgimento de diferentes formas de comunicação trazidas pela revolução tecnológica, visto que tais modificações propiciam às organizações criminosas praticarem crimes por meio do uso das comunicações informáticas e telemáticas. Nesse ínterim, nasce a dificuldade de investigação pautada em métodos convencionais, não se vislumbrando outra forma de obtenção da prova além da interceptação das comunicações de informática e telemática, desde que analisado caso a caso.

O problema a ser enfrentado na pesquisa é a regra do sigilo das comunicações de informática e telemática, prevista no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal. A propósito, é oportuno enfatizar que os direitos fundamentais são elementos essenciais para a ordem jurídica-constitucional, eis que representam o reconhecimento e a promoção de condições mínimas para uma vida digna.

Por serem inerentes ao sistema jurídico, os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas consagram-se entre os direitos e as liberdades fundamentais a serem assegurados ao indivíduo, impondo-se ao Estado tutelar a privacidade do homem na sociedade digital, ameaçada constantemente pelos novos meios de comunicação e de

informação.

Além da previsão constitucional, a vinculação dos direitos humanos, enquanto valores históricos e filosóficos, conduz às dimensões de direitos. A primeira dimensão de direitos é representada pelo lema revolucionário do século XVIII, exprimindo-se em três princípios cardeais, são eles: liberdade, igualdade e fraternidade.

A primeira dimensão dos direitos humanos possui como elemento principal a ideia clássica de direitos da personalidade, concentrada nos direitos civis e políticos. Esses direitos só poderiam ser conquistados mediante a abstenção do controle do Estado, já que sua atuação interfere na liberdade do indivíduo. Insere-se, nesse contexto, a necessidade de compreensão da liberdade individual, conforme exposto neste trabalho.

Ademais, é essencial elucidar que o trabalho possui como linha de pesquisa a crítica aos fundamentos da dogmática jurídica. No que concerne à escrita, utilizou-se o método dedutivo. Os procedimentos metodológicos utilizados foram a pesquisa bibliográfica e documental com abordagem qualitativa.

A propósito do método dedutivo, as premissas apresentadas na pesquisa são pontos iniciais e essenciais que auxiliam nas reflexões sobre o tema. A premissa maior é a possibilidade da violação do segredo das comunicações de informática e telemática como meio de prova no processo penal brasileiro. No que se refere as premissas menores, tem-se: I) a viabilidade da interceptação do fluxo das comunicações de informática e telemática em crimes de ameaça contra a honra ou outros crimes e contravenções penais que não sejam punidos com reclusão; II) a utilização do princípio da proporcionalidade para invocar a prevalência do direito à segurança, em detrimento da intimidade, privacidade ou vida privada do usuário de comunicação de dados; e III) no imperativo de que ninguém poderá se esconder atrás de um direito fundamental para praticar infração penal.

O objetivo geral consiste na análise de um meio de prova, no processo penal brasileiro, que atenda aos anseios da sociedade informatizada do século XXI. Como objetivos específicos, pretende-se buscar fundamentos para a possibilidade de utilização da violação do segredo das comunicações informáticas e telemáticas como meio de prova no processo penal brasileiro; analisar a teoria geral da prova para a sua aplicação no meio de prova que consistirá na interceptação dos meios de comunicações informáticas e telemáticas; e avaliar a possibilidade da utilização da aplicação da Lei n. 9.296/1996 para a interceptação do fluxo das comunicações de dados.

Para alcançar os objetivos delineados, no primeiro capítulo, vislumbrar-se-á os Direitos Fundamentais inerentes à personalidade e o direito fundamental à liberdade individual

na esfera da autonomia individual em face do poder estatal. Tratar-se-á ainda do Estado Democrático de Direito e a preservação dos Direitos Humanos, bem como da colisão entre direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade a fim de restabelecer a paz jurídica. No final do primeiro capítulo, serão enfrentadas questões inerentes às novas tecnologias da informação e comunicação vivenciadas no século XXI, bem como o sigilo previsto para o fluxo dos meios de comunicação.

No segundo capítulo, a abordagem será focada na teoria geral da prova, sobretudo, em como a violação dos meios de comunicação de informática e telemática será utilizada como prova no processo penal. Para tanto, necessário se faz abordar pontos como os princípios que regem a atividade probatória, a prova e a verdade, objeto da prova, meios de prova e a livre convicção do juiz.

No que concerne ao terceiro capítulo, serão abordadas as comunicações informáticas e telemáticas inseridas no contexto comunicações de dados, referidas pelo dispositivo legal do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal. Ainda, aspectos da Lei n. 9.296/96 que previu a interceptação telefônica e também regulamentou as mesmas regras para comunicações da informática e telemática. Por fim, apresentar-se-á considerações sobre cooperação jurídica internacional para os casos de investigação de crimes transnacionais.

1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são elementos essenciais para a ordem jurídica-constitucional, eis que representam o reconhecimento e a promoção de condições mínimas para uma vida digna. Para assegurá-los, a Constituição Federal Brasileira de 1988 faz a previsão de diversos direitos fundamentais em seu texto, caracterizando uma verdadeira intenção de transformar a sociedade.

Inicia-se o primeiro capítulo discorrendo sobre os direitos fundamentais, o Estado Democrático de Direito e a preservação dos direitos humanos. Em seguida, a importância do direito fundamental à liberdade individual na esfera da autonomia individual em face do poder estatal e os direitos inerentes à personalidade.

Surge a problematização entre a colisão de direitos fundamentais, quando se trata de um direito fundamental com observância aos direitos humanos em conflito com um meio de prova que visa, em outros aspectos, a segurança pública, que também constitui um direito fundamental. A colisão entre os direitos fundamentais surge em decorrência de crimes praticados através das novas tecnologias da informação e comunicação. Nesse contexto, inicia-se o primeiro capítulo da pesquisa.

1.1 Direitos fundamentais

A Constituição Federal de 1988, em seu Título II, artigo 5º, *caput*, classifica o gênero direitos fundamentais em grupos de direitos individuais e coletivos. No entanto, os direitos fundamentais não se restringem ao artigo 5º, da Constituição Federal e podem ser encontrados ao longo de todo o texto constitucional, expressos ou decorrentes dos tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte.

Os direitos tutelados pelos direitos fundamentais são indispensáveis à vida humana, são “situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados” (SILVA, 2005, p. 178).

Os direitos fundamentais remetem aos direitos previstos em uma constituição, “o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana)

reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado [...]” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 249).

Os direitos fundamentais visam a organização, os fins, o exercício e a limitação do poder estatal em relação à pessoa, à sua liberdade e às suas necessidades. Associam-se também às aspirações e pretensões individuais, institucionais ou coletivas reconhecidas, aos direitos e deveres da pessoa, à sua posição perante a sociedade e o Estado (MIRANDA, 2000, p. 12).

Aduz Miranda (2000, p. 12) que somente há direitos fundamentais, quando o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade se distinguem, até mesmo se contrapondo em maior ou menor medida.

Os direitos fundamentais podem ser conceituados, ainda, como:

[...] garantias de proteção, substancialmente conformadas, de determinados complexos de ações, organizações e matérias individuais e sociais. Esses âmbitos materiais são transformados em âmbitos normativos por meio do reconhecimento constitucional e da garantia da liberdade no campo da prescrição normativa, do programa da norma. Os âmbitos normativos participam da normatividade prática, isto é, eles são elementos co-determinantes [sic] da decisão jurídica (MÜLLER, 2008, p. 78).

Nesse sentido, os direitos fundamentais são “direitos limitativos do poder estatal, sendo uma decorrência da evolução e do aperfeiçoamento com conseqüente reconhecimento positivo, cujas raízes são a dignidade humana, a liberdade e a igualdade dos homens” (SANTOS, 2014, p. 33).

A base dos direitos fundamentais surgiu com a reunião de várias fontes, dentre elas o cristianismo, o direito natural, o constitucionalismo, e o socialismo, sendo o ponto de encontro entre estas fontes a luta pela limitação e controle dos abusos do próprio Estado e suas autoridades constituídas (BREGA FILHO, 2002, p. 03).

O cristianismo influenciou na criação da teoria dos direitos fundamentais, em razão da afirmação de que toda pessoa possui um valor intrínseco, pregando a igualdade entre todos os homens independentemente de cor, etnia, sexo ou cultura. No século XIII, Tomas de Aquino, disseminava a supremacia da lei eterna (aquela que somente Deus reconhece), estando abaixo dela a lei divina (declarada pela igreja) e a lei natural (proveniente da natureza humana e descoberta pela razão humana) e mais abaixo, a lei humana (aquela positivada pelo legislador) (BREGA FILHO, 2002, p. 05).

De acordo com Sarlet (2012, p. 37-38), embora não se reconheça o surgimento dos primeiros direitos fundamentais na antiguidade, não pode ser negado que a religião e a filosofia

foram inspirações para os ideais jusnaturalistas, especialmente no que tange à concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de direitos naturais e inalienáveis.

Para o desenvolvimento da pesquisa, passa-se a analisar o Estado Democrático de Direito e a preservação dos Direitos Humanos.

1.2 Estado Democrático de Direito e a preservação dos Direitos Humanos

O direito surgiu como objeto de preocupação filosófica na problemática análise do como agir ou da eleição de qual é a conduta correta. Os filósofos apontam que, mesmo de modo inconsciente, cada época possui uma explicação própria. Esse modelo de racionalidade, tende a ser universalizado e influenciar os indivíduos, posto que estes interpretam sua realidade a partir dessa compreensão.

Vários modelos foram criados para explicar a experiência jurídica e, mostra-se imponente a discussão do Estado de Direito e Estado Democrático de Direito, no aspecto dos direitos humanos. Para isso, inicialmente, busca-se os modelos normativos de democracia.

Na modernidade, as doutrinas normativas de democracia se dividiram em modelo republicano e modelo liberal. Através de sua proposta de política deliberativa, Habermas (1997) busca compatibilizar a soberania popular com a afirmação dos direitos humanos. Observa-se, a seguir, as discussões realizadas por Habermas (1997) e o contexto histórico do Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito no aspecto dos direitos humanos.

De acordo com a antropologia, o direito precede o surgimento do poder político, organizado no Estado, ao passo que o direito sancionado pelo Estado e o poder do Estado organizado juridicamente surgem simultaneamente na forma de poder político. Parece que o desenvolvimento arcaico do direito tornou possível o surgimento de um poder político soberano, no qual o poder do Estado e o direito do Estado se constituem reciprocamente (HABERMAS, 1997, p. 233).

Todavia, é difícil imaginar que, nesse contexto, o direito pudesse ser assimilado inteiramente pela política ou, ao contrário, ser separado completamente dela:

Esta constelação se estabelece, pela primeira vez, nas primeiras culturas superiores, acompanhando a simbiose entre direito e poder do Estado. Em sociedades tribais da era do neolítico, existem três mecanismos para a regulação de conflitos internos: práticas de auto-ajuda (desafio e vingança de sangue), a convicção ritual de forças mágicas (oráculo, duelo) e a mediação de um juiz como equivalente pacífico para a violência e a feitiçaria (HABERMAS, 1997, p. 233).

Os conceitos de justiça, que estão na base de todas as formas de regulação de conflitos, se entrelaçam com a interpretação mítica do mundo:

Tais mediadores ainda não têm a competência para decidir a disputa entre as partes, de modo autoritário ou obrigatório, nem a capacidade de impor a sentença contra a lealdade do parentesco. Também não existem tribunais, nem processos judiciais. Além disso, o direito permanece ligado tão estreitamente ao costume e às representações religiosas, que é difícil distinguir entre fenômenos genuinamente jurídicos e outros fenômenos relativos aos costumes (HABERMAS, 1997, p. 234).

Na modernidade, as normas do direito se reduzem apenas a ordens do legislador político, o direito dissolve-se em política. Isso, porém, implica a dissolução do próprio conceito do político. De acordo com Habermas (1997, p. 237) “De qualquer modo, sob esta premissa, o poder político não poderia mais ser entendido como poder legitimado pelo direito; pois um direito posto inteiramente à disposição da política perderia sua força legitimadora”.

Pressupondo que as sociedades modernas não podem prescindir do direito, nem exercer outra prática funcionalmente equivalente tal como o controle do comportamento, a positivação do direito cria um problema, inclusive em termos conceituais. Habermas (1997, p. 237) explica que “é preciso encontrar um equivalente para o direito sagrado profanizado e para um direito consuetudinário esvaziado, capaz de preservar um *momento de indisponibilidade* para o direito positivo”.

Surge, então, a figura do direito racional, introduzida para desempenhar essa função, adquirindo significado doutrinário e jurídico imediato, não somente para considerações de filosofia do direito, mas também para as grandes codificações e para a prática judicial do desenvolvimento do direito.

No direito racional, articula-se um novo nível pós-tradicional da consciência moral, que submete o direito moderno a princípios e o transpõe para o nível da racionalidade procedimental. Habermas (1997, p. 237) explica que “O direito racional reage à decomposição do direito natural, fundamentado na religião e na metafísica, e à desmoralização da política, que passa a ser interpretada de modo naturalista e centrada nos interesses de auto-afirmação”.

A partir do momento em que o Estado, monopolizador do poder, assume o papel do legislador soberano, que lhe permite um acesso exclusivo ao direito, este é reduzido a um simples meio de organização, dificultando qualquer ligação com a justiça e pondo em risco o caráter genuíno do direito. No entanto, a positividade do direito, agora dependente do soberano,

não elimina a problemática de fundamentação, pois ela apenas é deslocada para a base mais estreita de uma ética profana pós-metafísica, desacoplada de cosmovisões.

Na Alemanha, a teoria da substituição do direito racional pela ideia do Estado de Direito, dividiu o conteúdo moral do direito racional kantiano, canalizando-o inicialmente para os trilhões paralelos da doutrina do direito privado e da ideia do Estado de direito; porém, no decorrer do século XIX, esse conteúdo moral foi enxugado de modo positivista. (HABERMAS, 1997, p. 241).

Habermas (1997) explica que:

Nos países anglo-saxões, onde a ideia do Estado de direito foi desenvolvida, desde o início, em consonância com desdobramentos democráticos, ou seja, como “regras do direito” (*rule of law*), o processo judicial equitativo ou *due process* apresentou-se como modelo unitário de interpretação, aplicado simultaneamente à legislação e à jurisdição (HABERMAS, 1997, p. 243).

Após formular considerações históricas, Habermas (1997, p. 246) diz: “eu tenho em mente a ideia de um Estado de direito que separa os poderes e que apoia sua legitimidade na racionalidade de processos de legislação e de jurisdição, capazes de garantir a imparcialidade” (HABERMAS, 1997, p. 246).

O resultado obtido até agora resume-se a uma medida crítica para a análise da realidade constitucional. Após o colapso do direito racional, a racionalidade procedimental, que já emigrou para o direito positivo, constitui a única dimensão na qual é possível assegurar ao direito positivo um momento de indisponibilidade e uma estrutura subtraída a intervenções contingentes.

Habermas (1997, p. 247) explica que a pretensão de validade do direito positivo não consegue fugir da contingência que cerca a sua gênese, nem da facticidade da ameaça de sanção. Mesmo assim, as normas jurídicas positivas, emitidas conforme o processo, pretendem legitimidade, pois o modo de validade do direito aponta, não somente para a expectativa política de submissão à decisão e à coerção, mas também para a expectativa moral do reconhecimento racionalmente motivado de uma pretensão de validade normativa, a qual só pode ser resgatada através de argumentação.

Nesse sentido, Habermas (1997, p. 247) destaca a necessidade de lembra-se que a ideia do Estado de direito, que ele pretende verter numa teoria do discurso, “não é exaltada nem efusiva, pois brota do solo onde viceja a realidade do direito; e, sem essa ideia, não haveria como medir a autonomia do sistema jurídico”.

Assim, justificando a sua fala, para de chegar a um Estado de Direito, Habermas (1997)

descreve que:

Além disso, um sistema jurídico não adquire autonomia somente para si mesmo. Pois ele só é autônomo na medida em que os processos institucionalizados da legislação e da jurisdição garantem uma formação imparcial da opinião e da vontade, abrindo assim o caminho para a entrada da racionalidade moral procedimental no direito e na política. E não pode haver direito autônomo sem a consolidação da democracia (HABERMAS, 1997, p. 247).

Os liberais colocam no início a institucionalização jurídica de liberdades iguais, entendendo-as como direitos subjetivos. Para eles, os direitos humanos gozam de um primado normativo em relação à democracia e à constituição, que divide os poderes, tem o primado em relação à vontade do legislador democrático. De outro lado, os advogados do igualitarismo entendem a prática coletiva dos sujeitos livres e iguais como formação soberana da verdade. Eles interpretam os direitos humanos como manifestação da vontade soberana do povo, ao passo que a constituição *nasce* da vontade esclarecida do legislador democrático. (HABERMAS, 1997, p. 259).

O liberalismo limita a atuação da soberania popular a partir da afirmação de direitos humanos, e para resguardá-los estabelece um sistema de hierarquia de normas a partir da Constituição. Deste modo, a constelação inicial é caracterizada pela resposta que Rousseau dera a Locke. Rousseau, o precursor da Revolução Francesa, entende a liberdade como autonomia do povo e como participação de todos na prática da *autolegislação*. (HABERMAS, 1997, p. 259).

O modelo de liberalismo sustenta que existem determinadas questões que não devem ser discutidas pela soberania popular, privilegiando, nesse passo, a vontade individual. A ideia do constitucionalismo, por exemplo, é uma limitação à soberania popular, uma vez que este documento político-jurídico consagra os direitos, quase sempre, intocáveis da sociedade.

O ponto mais interessante desta consideração consiste no vínculo estabelecido entre razão prática e vontade soberana, entre direitos humanos e democracia. Habermas (1997) explica que:

E, para que a razão legitimadora do poder não se anteponha mais à vontade soberana do povo – como em Locke -, situando os direitos humanos num estado natural fictício, atribui-se uma estrutura racional à própria autonomia da prática de legislação. Uma vez que a vontade unida dos cidadãos só pode manifestar-se na forma de leis gerais e abstratas, é forçada *per se* a uma operação que exclui todos os interesses não generalizáveis, admitindo apenas as normalizações que garantem a todos iguais liberdades. O exercício da

soberania popular garante, pois, os direitos humanos (HABERMAS, 1997, p. 259).

Segundo a concepção liberal, o processo democrático cumpre a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade, entendendo-se o Estado como o aparato de administração pública e a sociedade como o sistema, estruturado em termos de uma economia de mercado, de relações entre pessoas privadas e do seu trabalho social (HABERMAS, 1995, p. 39).

Nesse ponto, Habermas (1995, p. 39) explica que “a política (no sentido da formação política da vontade dos cidadãos) tem a função de agregar e impor os interesses sociais privados perante um aparato estatal especializado no emprego administrativo do poder político para garantir fins coletivos”.

Nesse sentido, Locke (2005) explica que:

A força que faz uma comunidade é sempre o consentimento de seus indivíduos, e como todo objeto que forma um só corpo deve mover-se numa só direção, é necessário que o corpo se mova na direção para onde a força maior o conduz, que é o consentimento da maioria (LOCKE, 2005, p. 95).

Habermas (1997, p. 259) explica que os discípulos jacobinos colocaram este pensamento em prática, provocando a reação liberal. Os críticos argumentam que a ficção da vontade popular unificada só pode ser concretizada, mascarando ou suprimindo a heterogeneidade das vontades individuais.

De fato, Rousseau imaginara a constituição do soberano popular como um ato de socialização, através do qual os indivíduos particulares se transformam em cidadãos orientados pelo bem comum. E estes se transformam então em membros de um corpo coletivo, passando a ser o sujeito de uma prática de legislação que se distanciou dos interesses particulares das pessoas privadas, apenas submetidas às leis. No entanto, a sobrecarga moral do cidadão virtuoso lança uma extensa sombra sobre todas as modalidades de rousseunismo (HABERMAS, 1997, p. 260).

A adoção das virtudes republicanas só é realista para uma comunidade que possui um consenso normativo assegurado previamente através de tradição e do *ethos*, caracterizando a força do poder coercitivo com a menor interferência das vontades individuais na vontade geral, ou seja, nas leis e costumes. Deste modo, as objeções liberais contra o rousseunismo podem apoiar-se no próprio Rousseau, as sociedades modernas não são homogêneas (HABERMAS, 1997, p. 260).

Segundo a concepção republicana, a política é um elemento constitutivo do processo

de formação da sociedade como um todo. Habermas (1995) explica que:

A política é entendida como uma forma de reflexão de um complexo de vida ético (no sentido de Hegel). Ela constitui o meio em que os membros de comunidades solidárias, de caráter mais ou menos natural, se dão conta de sua dependência recíproca, e, com vontade e consciência, levam adiante essas relações de reconhecimento recíproco em que se encontram, transformando-as em uma associação de portadores de direitos livres e iguais (HABERMAS, 1995, p. 40).

De outro lado, com o olhar do modelo liberal de democracia e dando ênfase na proteção dos direitos humanos, mostra-se a proteção dos sindicatos contra o arbítrio da coletividade. Nesse sentido, Habermas (1997, p. 266) relata que os sindicatos e partidos reformistas que operam no quadro do Estado Democrático de Direito se frustraram, ao tentar concretizar o compromisso do Estado do bem-estar social, ou melhor, tiveram que contentar-se com uma simples adaptação da herança liberal-burguesa e renunciar ao cumprimento das promessas radical-democratas.

A normalização do status do trabalho dependente, a participação política e os direitos de participação social devem propiciar à massa da população a chance de viver em segurança, justiça social e bem-estar crescente. Os partidos que chegaram ao governo devem utilizar as alavancas do poder administrativo, para implantar estes objetivos de modo intervencionista, na base de um crescimento capitalista disciplinado e cultivado (HABERMAS, 1997, p. 266).

Segundo a representação ortodoxa, a emancipação social deveria ser conseguida pelo caminho de uma revolução política, a qual toma posse do aparelho do Estado apenas para desmantelá-lo. Para conseguir a pacificação social, o reformismo tem que seguir o caminho das intervenções do Estado do bem-estar social; porém, nesse processo, os partidos são sugados por um aparelho estatal em expansão. Com o processo da estatização dos partidos, a formação política da vontade desloca-se para um sistema político que se programa a si mesmo. E este adquire autonomia em relação às fontes democráticas de sua legitimação, na medida em que consegue extrair a lealdade das massas da esfera pública (HABERMAS, 1997, p. 266).

De outro lado, um Estado social relativamente bem-sucedido consiste numa democracia de massas a assumir feições de um processo de legitimação regulado administrativamente. E, no nível programático correspondente, temos a resignação, que aceita a renúncia à democracia e o escândalo de um “direito natural” imposto pelo mercado de trabalho (HABERMAS, 1997, p. 267).

As clássicas teorias da democracia partem do fato de que a sociedade tem influência sobre si mesma através do legislador soberano. O povo programa as leis e estas, por seu turno, programa o exercício e a aplicação das leis, de modo que os membros da sociedade obtêm as prestações e regulações através das decisões da administração e da justiça, que eles mesmos programaram, exercendo o papel de cidadãos. Essa *ideia da influência da sociedade sobre si mesma, programada através de leis*, torna-se plausível a partir da suposição de que a sociedade como um todo pode ser representada como uma superassociação que se determina a si mesma através do direito e do poder político (HABERMAS, 1997, p. 268, grifo nosso).

De fato, o Estado intervencionista transformou-se de tal modo num subsistema centrado em si mesmo, regulado pelo poder, e atraiu de tal modo os processos de legitimação para o seu ambiente, que se recomenda modificar a própria ideia normativa de uma auto-organização da sociedade. A discussão do autor surge na distinção no próprio conceito do político, seguindo uma dupla perspectiva instrumental-normativa (HABERMAS, 1997, p. 269).

Podemos fazer uma distinção entre poder produzido comunicativamente e poder empregado administrativamente. A partir daí, temos a esfera pública política dominada por dois processos que se cruzam em sentido contrário: a produção comunicativa do poder legítimo, para a qual H. Arendt esboçou um modelo normativo, e a obtenção da legitimação através do sistema político, através da qual o poder administrativo se torna reflexivo. Para saber como ambos os processos se interpenetram, ou seja, o processo de formação espontânea da opinião em esferas públicas autônomas e o processo de obtenção organizada da lealdade das massas, e, para saber quem sobrepuja quem, é preciso descer ao plano empírico. Porém a mim me interessa, antes de tudo, o fato de que, à medida que essa diferenciação se torna relevante empiricamente, a compreensão normativa de uma auto-organização democrática da comunidade jurídica tem que se modificar (HABERMAS, 1997, p. 270).

Por outro lado, Locke (1994, p. 100) refutando um Estado intervencionista, explica que o estabelecimento de um governo, mas não de um governo absoluto, é a solução adequada. Além disso, o homem não foi destinado a viver sozinho, pois Deus o colocou sob fortes imposições de necessidade, conveniência e inclinação, para guiá-lo para a sociedade, assim como o dotou de compreensão e de linguagem para permanecer e desfrutar dela.

É nesse passo que Habermas (1997, p. 271) explica que os processos democráticos do Estado de direito institucionalizam as formas de comunicação necessárias para uma formação racional da vontade. Sob este ponto de vista, é possível submeter a moldura institucional, na qual se realiza atualmente o processo de legitimação, a uma avaliação crítica.

Para que a racionalidade das decisões possa ser assegurada através do suposto

laço interno entre a formação política da opinião e da vontade, é necessário que as consultas no interior das corporações parlamentares não dependam de premissas ideológicas *previamente estabelecidas*. A reação contra isso sempre se deu no sentido da interpretação liberal-conservadora do princípio de representação, ou seja, tentando imunizar a política organizada contra a opinião popular facilmente manipulável. No entanto, é contraditório, do ponto de vista normativo, defender a racionalidade, contrapondo-a à soberania popular, pois, se a opinião dos eleitores é irracional, também o será a escolha dos representantes! (HABERMAS, 1997, p. 271, grifo nosso).

Segundo Habermas (1997, p. 273), a soberania já não consegue mais incorporar-se nas cabeças dos membros associados, ela pode parecer, quando muito, nas formas de comunicação destituídas de sujeitos, que regulam o fluxo da formação discursiva da opinião e da vontade, a ponto de se poder pensar que seus resultados falíveis têm a seu favor a suposição da razão prática.

Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito transforma-se num projeto, resultado e, ao mesmo tempo, mola de uma racionalização do mundo da vida, a qual ultrapassa as fronteiras do político. Segundo Habermas (1997):

O único conteúdo do projeto é a institucionalização progressivamente melhorada dos processos de formação racional e coletiva da vontade, os quais não podem prejudicar os objetivos concretos dos participantes. Qualquer, passo nesse caminho tem efeitos retroativos sobre a cultura política e as formas de vida, sem as quais não poderiam surgir formas de comunicação adequadas à razão prática (HABERMAS, 1997, p. 276).

Nesse ponto, Habermas (1997, p. 286) relata que na filosofia do direito se encontra duas interpretações contrárias e conflitantes acerca da cidadania ativa. Na tradição liberal do direito natural, que remonta a Locke, cristalizou-se uma compreensão individualista e instrumentalista do papel do cidadão; ao passo que a tradição republicana da doutrina do Estado, que remonta a Aristóteles, gira em torno de uma compreensão ético-comunitarista desse papel.

No primeiro caso, a cidadania é concebida de acordo com o modelo de uma pertença organizacional capaz de fundamentar uma posição jurídica; no outro, ela é vista através do modelo da pertença a uma comunidade ético-cultural que se determina a si mesma. Segundo a primeira interpretação, os indivíduos permanecem exteriores ao Estado, contribuindo de certa maneira para a sua reprodução – através de eleições e pagamento de impostos – a fim de conseguir em troca benefícios organizacionais (HABERMAS, 1997, p. 287).

Segundo a interpretação republicana, os cidadãos estão integrados na comunidade política como partes num todo, de tal modo que, para formar sua identidade pessoal e social,

eles necessitam do horizonte de tradições comuns e de instituições políticas reconhecidas. Segundo a interpretação liberal, os cidadãos não se distinguem essencialmente das pessoas privadas que fazem valer seus interesses pré-políticos contra o aparelho do Estado; ao passo que, na interpretação republicana, a cidadania se atualiza somente na prática de autodeterminação coletiva (HABERMAS, 1997, p. 287).

Os estudos de Habermas (1997) partem de que os direitos humanos liberais e a ideia comunista de soberania popular têm determinado a autocompreensão normativa das democracias constitucionais até os dias atuais. O autor propõe um modelo de síntese do republicanismo e do liberalismo, a partir das críticas mútuas e controvérsias entre os dois grupos e reformula a explicação dos sistemas sociais de sorte a obter um conceito de política deliberativa.

Habermas (1997), explica o seu modelo de política deliberativa:

Nele não se trata mais do macrossujeito de uma totalidade social, e sim de discursos encadeados anonimamente. Ele coloca o peso principal das expectativas normativas nos processos democráticos e na infra-estrutura de uma esfera pública política que se alimenta em fontes espontâneas. Hoje em dia, para fazer valer os seus direitos de participação política, a massa da população tem que integrar-se num fluxo informal de comunicação pública que brota de uma cultura política libertária e igualitária e tentar influir nele. Ao mesmo tempo, as deliberações, no âmbito das corporações parlamentares, têm que ser permeáveis a temas, valores, contribuições e programas que nascem em esferas públicas não encampadas pelo poder (HABERMAS, 1997, p. 295).

Levando em consideração as lições de Habermas (1997), a relação que se estabelece entre a formação institucionalizada da opinião e da vontade e as comunicações públicas informais permite que se veja a cidadania como algo que ultrapassa o nível de uma simples agregação de interesses individuais pré-políticos ou de um gozo passivo de direitos conferidos paternalisticamente.

Sua defesa da política deliberativa justifica-se no objetivo de buscar a compatibilização da ideia de justiça, representada pelos direitos humanos liberais, com o ideal de solidariedade republicano-comunitarista. Habermas critica ambas as correntes identificando que as suas promessas estão esgotadas. Um modelo político deve conferir ao indivíduo um objetivo, um caminho, com o qual ele norteará sua vida em sociedade.

Daí porque, ele afirma que uma nova utopia política deve ser buscada, dessa vez, com fundamento no entendimento que resulta da comunicação, uma teoria da justiça diretamente normativa e que, ao tentar justificar princípios para a construção de uma sociedade bem

ordenada, opera num plano situado acima das instituições e tradições existentes, tem que enfrentar o problema da relação entre ideia e realidade.

A política deliberativa é o modelo político que possibilita explicação de racionalidade no direito habermasiano. Nesse modelo, parte-se de que embora numa sociedade concreta não seja possível reunir todos os cidadãos numa praça para discussão das questões públicas, isso não afasta a necessidade de um cidadão mais ativo que o liberal e menos ativo que o republicano.

Para Habermas (1997), sua proposta não revoluciona a organização política, uma vez que o Estado Democrático de Direito já está impregnado com a racionalidade da modernidade. Falta, então, que esse efetivamente exerça as funções que lhe são peculiares.

Retomando a discussão inicial de democracia, em termos amplos, chega-se ao regime político baseado nos princípios da soberania popular. O que leva, desse modo, as discussões do Estado de Direito e Estado Democrático de Direito, no aspecto dos direitos humanos.

Quanto ao princípio da soberania popular, como bem explica Habermas (2003, p. 212), é aquele segundo em que todo o poder do Estado vem do povo, o direito subjetivo à participação, com igualdade de chances, na formação democrática da vontade, vem ao encontro da possibilidade jurídica-objetiva de uma prática institucionalizada de autodeterminação dos cidadãos (HABERMAS, 2003, p. 212).

Esse princípio, segundo Habermas (2003, p. 212), forma a base entre o sistema dos direitos e a construção de um Estado de direito:

Interpretado pela teoria do discurso (a), o princípio da soberania popular implica: (b) o princípio da ampla garantia legal do indivíduo, proporcionada através de uma justiça independente; (c) os princípios da legalidade da administração e do controle judicial e parlamentar da administração; (d) o princípio da separação entre Estado e sociedade, que visa impedir que o poder social se transforme em poder administrativo, sem passar antes pelo filtro da formação comunicativa do poder (HABERMAS, 2003, p. 212).

Os princípios do Estado de direito desenvolvidos se juntam numa arquitetura construída sobre a seguinte ideia, segundo Habermas (2003):

A organização do Estado de direito deve servir, em última instância, à auto-organização política autônoma de uma comunidade, a qual se constituiu, com o auxílio do sistema de direitos, como uma associação de membros livres e iguais do direito. As instituições do Estado de direito devem garantir um exercício efetivo da autonomia política de cidadãos socialmente autônomos para que o poder comunicativo de uma vontade formada racionalmente possa surgir, encontrar expressão em programas legais, circular em toda a sociedade

através da aplicação racional, da implementação administrativa de programas legais e desenvolver sua força de integração social – através da estabilização de expectativas e da realização de fins coletivos (HABERMAS, 2003, p. 220).

Surge, assim, a importância da organização do Estado de direito, pois o sistema de direitos se diferencia numa ordem constitucional, a fim de que o direito se torne eficiente como transformador e amplificador dos fracos impulsos sociais e integradores da corrente de um mundo de vida estruturado comunicativamente. Nesse ponto, Habermas (2003, p. 221) esclarece “gostaria de destacar dois aspectos: de um lado, o Estado de direito institucionaliza o uso público das liberdades comunicativas; de outro lado, ele regula a transformação do poder comunicativo em administrativo”.

Bobbio (2000, p. 17) enfatiza a importância da distinção entre os limites dos poderes e os limites das funções do Estado. O liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções, sendo que os limites dos poderes representam o Estado de direito.

Nesse sentido, Bobbio (2000, p. 18) explica que, no Estado de direito, os poderes públicos são regulados por normas gerais, sejam elas leis fundamentais ou constitucionais, e devem ser exercidos no âmbito das leis que os regulam, salvo o direito do cidadão de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso ou excesso de poder.

Por outro lado, quando se fala de Estado de direito no âmbito da doutrina liberal do Estado “deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos” (BOBBIO, 2000, p. 18).

O Estado Brasileiro pode ser considerado um Estado liberal, seguindo a doutrina de Bobbio (2000, p. 18), quanto ao seu significado:

Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e, portanto, em linha de princípios invioláveis (BOBBIO, 2000, p. 18).

Nesse ponto, de acordo com o autor, o Estado de direito, próprio da doutrina liberal, é um Estado de direito em sentido forte, no qual são partes integrantes todos os mecanismos

constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder e impedem ou desencorajam o abuso ou o exercício ilegal do poder (BOBBIO, 2000, p. 19).

Nesse ponto, Bobbio (2000) explica os mecanismos mais importantes do Estado de direito em sentido forte:

1) o controle do Poder Executivo por parte do Poder Legislativo; ou, mais exatamente, do governo, a quem cabe o Poder Executivo, por parte do parlamento, a quem cabe em última instância o Poder Legislativo e a orientação política; 2) o eventual controle do parlamento no exercício do Poder Legislativo ordinário por parte de uma corte jurisdicional a quem se pede a averiguação da constitucionalidade das leis; 3) uma relativa autonomia do governo local em todas as suas formas e em seus graus com respeito ao governo central; 4) uma magistratura independente do poder político (BOBBIO, 2000, p. 19).

A fim de exercer um regime democrático, o Estado passou a submeter-se às leis que o mesmo editava, fato que acabou por desencadear o Estado de Direito. Nesse ponto, restaria garantida a necessária submissão do Estado e de seus governantes à vontade popular.

Além disso, mostrou-se necessário limitar as tarefas do Estado basicamente à manutenção da ordem, à proteção da liberdade e da propriedade individual, levando a ideia de um Estado mínimo que de forma alguma interviesse na vida dos indivíduos. Desencadeia-se, então, um processo de democratização do Estado; os movimentos políticos do final do século XIX, início do XX, transformam o velho e formal Estado de Direito num Estado Democrático, em que além da submissão à lei, o Estado deve se submeter à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos.

Além da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos, o Estado Democrático de Direito possui como princípio a garantia de direitos fundamentais dos indivíduos perante estes poderes. A nova aceção do Estado Democrático de Direito acabou por permitir a plenitude da democracia e do regime democrático, com a efetivação de uma série de princípios e a garantia dos direitos humanos. Isso quer dizer que, para que um Estado atinja o objetivo de ser considerado um Estado Democrático de Direito, todos os direitos dos cidadãos devem ter proteção jurídica e ser garantidos pelo Estado, através dos seus governos.

O Estado Democrático de Direito, como inserido na Constituição Federal brasileira, em seu artigo 1º, necessita que o poder emane do povo. Portanto, o Estado somente poderá ser democrático se, e quando, o povo exercer efetivamente o poder por meio de seus representantes, ou, em algumas circunstâncias, diretamente.

Como principal autor liberal, na proteção dos direitos humanos como defesa dos indivíduos, Bobbio (2000, p. 36) relata a importância da recuperação do Estado liberal na democracia moderna.

Se por democracia moderna entende-se a democracia representativa, e se à democracia representativa é inerente a desvinculação do representante da nação com respeito ao singular indivíduo representado e seus interesses particulares, então a democracia moderna pressupõe a atomização da nação e a sua recomposição num nível mais elevado e ao mesmo tempo mais restrito que é o das assembleias parlamentares. Mas tal processo de atomização é o mesmo processo do qual nasceu a concepção do Estado liberal, cujo fundamento deve ser buscado, como se disse, na afirmação dos direitos naturais e invioláveis do indivíduo (BOBBIO, 2000, p. 36).

Na ideia de se resgatar o Estado liberal de democracia, Bobbio (2000, p. 42) explica que não só o liberalismo é compatível com a democracia, mas a democracia pode ser considerada como natural desenvolvimento do Estado liberal, tomada não apenas pelo lado de seu ideal igualitário, mas pelo lado da sua fórmula política.

Nesse ponto, Bobbio (2000, p. 43) resgata a importância do poder de voto, como o único modo de tornar possível o exercício da soberania popular, como a atribuição ao maior número de cidadãos do direito de participação direta e indiretamente na tomada das decisões coletivas “é a maior extensão dos direitos políticos até o limite último do sufrágio universal masculino e feminino, salvo o limite da idade (que em geral coincide com a maioria)”.

Justificando o seu entendimento, Bobbio (2000, p. 43) relata que, hoje, Estados liberais não-democráticos não seriam mais concebíveis, nem Estados democráticos que não fossem também liberais. Nesse sentido, existem hoje, de acordo com o autor, boas razões para crer que o método democrático seja necessário para a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa, que estão na base do Estado liberal, e, que a salvaguarda desses direitos seja necessária para o correto funcionamento do método democrático.

Quanto ao método democrático necessário para a proteção dos direitos fundamentais da pessoa, na base do Estado liberal, Bobbio (2000), relata que:

Com respeito ao primeiro ponto deve-se observar o que segue: a maior garantia de que os direitos de liberdade sejam protegidos contra a tendência dos governantes de limitá-los e suprimi-los está na possibilidade que os cidadãos tenham de defendê-los contra os eventuais abusos. O melhor remédio contra o abuso de poder sob qualquer forma – mesmo que “melhor” não queira realmente dizer nem ótimo nem infalível – é a participação direta ou indireta dos cidadãos, do maior número de cidadãos, na forma das leis (BOBBIO, 2000, p. 43).

No que se refere a proteção dos direitos fundamentais para o correto funcionamento do método democrático, Bobbio (2000,) relata que:

Com respeito ao segundo ponto, que se refere não mais à necessidade da democracia para a sobrevivência do Estado liberal, mas ao contrário, ao reconhecimento dos direitos invioláveis da pessoa sobre os quais se funda o Estado liberal para o bom funcionamento da democracia, deve-se observar que a participação no voto pode ser considerada como correto e eficaz exercício de um poder político, isto é, o poder de influenciar a formação das decisões coletivas, apenas caso se desenvolva livremente, quer dizer, apenas se o indivíduo se dirige às urnas para expressar o próprio voto, goza das liberdades de opinião, de imprensa, de reunião, de associação, de todas as liberdades que constituem a essência do Estado liberal, e que enquanto tais passam por pressupostos necessários para que a participação seja real e não fictícia (BOBBIO, 2000, p. 44).

Por fim, Bobbio (2000, p. 44) relata que os ideais liberais e método democrático vieram gradualmente se combinando num modo tal que, se é verdade que os direitos de liberdade foram desde o início a condição necessária para a direta aplicação das regras do jogo democrático, é igualmente verdadeiro que, em seguida, o desenvolvimento da democracia se tornou o principal instrumento para a defesa dos direitos de liberdade. E, enfatiza que, “hoje, apenas os Estados nascidos das revoluções liberais são democráticos e apenas os Estado democráticos protegem os direitos do homem: todos os Estados autoritários do mundo são ao mesmo tempo antiliberais e antidemocráticos” (BOBBIO, 2000, p. 44).

No período de 1990, houve um apogeu a respeito da necessidade de efetivação dos direitos humanos, grandes eventos aconteceram. Já em 1969, a Convenção de Viena resultou em um importante tratado multilateral que teve por objetivo consolidar antigos costumes entre os povos e antigas regras esparsas acerca da celebração de tratados, afirmando a necessidade imperativa dos direitos humanos se estabelecerem como principal paradigma dos direitos em todos os países. O surgimento do Estado Democrático de Direito permitiu que houvesse um consenso a esse respeito, e fez com que os direitos humanos se desenvolvessem sobremaneira nesse período, trazendo uma esperança para os anos subsequentes, sobre a validade e efetividade dos direitos humanos.

Lamentavelmente, o início dos anos 2000 foi marcado pelo evento do 11 de setembro, atentado que teve impacto, não só nos Estados Unidos da América, mas sobre todas as democracias ocidentais, levando-as a repensar os aspectos sobre direitos humanos face ao problema da segurança. Surgiu, desde então, a discussão sobre qual direito deve prevalecer, os

direitos inerentes à privacidade do indivíduo, como o direito fundamental à intimidade ou o direito fundamental à segurança pública.

As conferências internacionais sobre direitos humanos oscilam a esse respeito, não chegando a uma conclusão, desde o atentado de 11 de setembro de 2000. Trata-se de uma questão em aberto, para a qual não há uma resposta definitiva, tudo precisa ser visto e analisado caso a caso.

Os entendimentos de Habermas (1997) citados anteriormente levam a entender que em alguns momentos é preciso privilegiar os direitos fundamentais e direitos humanos, em outro momento é preciso privilegiar o direito fundamental a segurança pública, não sendo possível estabelecer uma hierarquia entre esses direitos fundamentais.

Em seus relatos quanto à liberdade contra o poder, Bobbio (2000, p. 20) explica são garantias de liberdade, assim chamadas de liberdade negativa, preveem o direito do indivíduo não estar obrigado por quem detém o poder coativo a fazer aquilo que não deseja ou não está impedido de fazer aquilo que deseja. O poder e a liberdade são dois termos antitéticos, e possuem relações incompatíveis, levando a perceber que à medida que se estende o poder de comandar ou de impedir de um lado, diminui a liberdade em sentido negativo de outro, e vice-versa.

Nesse sentido, para o pensamento liberal, a liberdade individual está garantida pelos mecanismos constitucionais do Estado de Direito, mas também limitada à manutenção da ordem pública interna e internacional.

Para Locke (2005, p. 401), a sociedade política só existe onde os homens concordaram em desistir de seus poderes naturais e erigir uma autoridade comum para decidir disputas e punir ofensores. Isso só pode ser realizado por acordo e consentimento.

Liberdade não significa que um homem possa fazer exatamente o que lhe agrada, sem consideração a qualquer lei, pois “a *liberdade natural* do homem consiste em estar livre de qualquer poder superior sobre a Terra e em não estar submetido à vontade ou à autoridade legislativa do homem, mas ter por regra apenas a lei da natureza” (LOCKE, 2005, p. 401).

Um homem será livre quando tem “um regulamento determinado para guiá-lo, comum a todos daquela sociedade, e criado pelo poder legislativo nela erigido”. A essência da liberdade política, na verdade, é que um homem não deverá estar “sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outro homem” (LOCKE, 2005, p. 403).

Nesse passo, observa-se que o princípio da segurança pública, por exemplo, em detrimento do direito fundamental de liberdade, para meio de prova penal, deve ser observado minuciosamente, fazendo sentido, assim, explorar o Estado liberal para manter a

problematização em discussão, visto que escolher qual direito deve prevalecer pode implicar na violação da democracia.

O paradigma dos direitos humanos é um paradigma liberal, em que interessa, sobretudo, a proteção do indivíduo sobre o arbítrio da coletividade. No Estado liberal, o indivíduo luta contra a força da massa e contra a força Estatal. Mostra-se, nesse sentido, a necessária resistência na proteção dos direitos fundamentais em detrimento da soberania.

Passa-se a descrever os aspectos ligados aos direitos humanos como fundamentais na proteção da liberdade e forma de controle do poder público.

1.3 Direitos Humanos

Em 1789, decorrente da Revolução Francesa, deu-se a Declaração Francesa, considerada a mais importante e famosa declaração dos Direitos fundamentais. Denominada de Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, ela reconheceu os direitos da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade da lei penal, princípio da presunção de inocência, liberdade religiosa e a livre manifestação de pensamento (BREGA FILHO, 2002, p. 11).

Dois anos depois, a Constituição Francesa de 1791 trouxe algumas formas de controle estatal, mas foi com a Constituição de 1793 que a França melhor regulamentou os direitos fundamentais (BREGA FILHO, 2002, p. 12).

Após a devastação causada pela Segunda Guerra Mundial, viu-se que a proteção dos direitos fundamentais não poderia ficar adstrita a cada Estado, pois evidenciava-se o seu interesse internacional. Nesse sentido, em defesa da paz mundial, em 10 de dezembro de 1948, Estados se reuniram e criaram a Assembleia Geral das Nações Unidas que promulgou a Declaração Universal dos Direitos do Homem (BREGA FILHO, 2002, p. 16).

Para o Brasil, um evento importante foi a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, que gerou um documento importante, o Pacto de San José da Costa Rica. O Brasil promulgou o Pacto em 6 de novembro de 1992, por meio do Decreto nº 678/1992 e reafirmou o propósito de consolidar a democracia, um regime de liberdade pessoal e justiça social (BREGA FILHO, 2002, p. 18).

A vinculação dos direitos humanos, enquanto valores históricos e filosóficos, conduz às dimensões de direitos. Num primeiro momento, há de se destacar as críticas quanto ao termo geração dos direitos fundamentais, de modo que alguns autores preferem o termo dimensão,

isso porque a expressão geração pode ensejar o entendimento de que há a substituição gradativa de uma geração por outra, enquanto que possuem o caráter de complementação, de um processo cumulativo (SARLET, 2012, p. 45).

Nesse sentido, não há consenso em relação à terminologia “gerações dos direitos humanos” ou “dimensões dos direitos humanos”. Em um primeiro momento, fez-se o uso apenas da expressão “gerações de direitos”. Posteriormente, no entanto, surgiram críticas em relação a ela, as quais coincidiram com a indicação de uma expressão que se mostra mais adequada às características dos direitos humanos, qual seja a expressão, “dimensões de direitos”.

Enquanto a utilização da expressão “geração” tem sentido de substituição e sucessão, “dimensão” tem sentido de agregação. Dizer, portanto, que a segunda geração de direitos humanos substituiu a primeira está absolutamente incorreto, o que enseja a preferência da expressão “dimensão”, e a consagração de uma expressão que designe, não a substituição, mas a somatória e a cumulação.

A primeira dimensão de direitos leva o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimido em três princípios cardeais, são eles: liberdade, igualdade e fraternidade. Os direitos de segunda dimensão são os direitos dominantes do século XX, que consistem em direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividade (BONAVIDES, 2004, p. 564).

Com efeito, um novo meio jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor humanista e universal, os direitos da terceira dimensão tendem a cristalizar-se, no final do século XX, enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, mas tem por destinatário o gênero humano (BONAVIDES, 2004, p. 568).

Os direitos de terceira dimensão levam a reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade (BONAVIDES, 2004, p. 569).

Há ainda a tendência no reconhecimento da existência de uma quarta e quinta dimensões dos direitos fundamentais. No que se refere aos direitos de quarta dimensão, elenca o autor Bonavides (2004, p. 571) como sendo o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.

A quarta dimensão de direitos humanos foi concebida no século XX, resultado da globalização dos direitos humanos, o que significa universalizá-los no campo institucional. Sobre a relevância dessa dimensão, Bonavides aponta que “deles depende a concretização da

sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência” (BONAVIDES, 2004, p. 571).

Por outro lado, Bobbio possui a orientação de que a referida dimensão de direitos decorreria dos avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana, por meio da manipulação de seu patrimônio genético. Segundo o autor, “[...] já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo” (BOBBIO, 1992, p. 06).

A propósito dos direitos de quinta dimensão, Bonavides (2004, p. 571) entende que o direito à paz deva ser tratado em dimensão autônoma. Por outro lado, há entendimentos que os direitos de quinta dimensão estão relacionados à evolução da cibernética e de tecnologias como a realidade virtual e a internet.

Não há consenso na quantidade de dimensões dos direitos humanos, sendo que alguns doutrinadores já falam em sétima dimensão. Limitar-se-á à análise da primeira dimensão dos direitos humanos, pelo fato de nela se inserir a temática da presente pesquisa, que se trata de direitos da personalidade. Vale ressaltar que, a priori, os direitos humanos, na esfera das Constituições escritas, são frutos de uma busca de limitação do poder estatal, por isso afirmam-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, demarcando uma área de não intervenção do Estado na autonomia do sujeito (SARLET, 2012, p. 46-47).

Os direitos de primeira dimensão, denominados de direitos civis e políticos, apresentam-se como direitos negativos, uma vez que buscam a abstenção dos poderes públicos e possuem forte inspiração jusnaturalista, sendo alguns deles o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Esses direitos foram complementados por algumas liberdades, como a liberdade de expressão, e pelos direitos de participação política (SARLET, 2012, p. 47).

De acordo com Bonavides (2004):

Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (BONAVIDES, 2004, p. 563).

A primeira dimensão dos direitos humanos possui como elemento principal a ideia clássica de direitos da personalidade, concentrada nos direitos civis e políticos. Esses direitos só poderiam ser conquistados mediante a abstenção do controle do Estado, já que sua atuação

interfere na liberdade do indivíduo. Exemplos de direitos civis são: a liberdade de expressão; o direito ao devido processo legal; a presunção de inocência; a proteção à vida privada; a liberdade de locomoção, bem como a liberdade individual que será tratada adiante.

1.4 Direitos inerentes à personalidade

Os direitos inerentes à personalidade constituem direitos necessários para a caracterização da própria pessoa, para sobreviver e adaptar-se às condições do ambiente em que se encontra. São direitos que integram a condição essencial da pessoa humana, como pressuposto de sua dignidade e de sua existência.

Os direitos de personalidade abarcam os direitos de estado, como o direito de cidadania, os direitos sobre a própria pessoa, que se relacionam com o direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade, e os direitos distintivos da personalidade, tais como, o direito à identidade pessoal, direito à informática e muitos dos direitos de liberdade, como o direito de expressão (CANOTILHO, 1993, p. 520).

Dado o exposto, entende-se os direitos de personalidade como sendo aqueles relacionados à vida, à privacidade, à imagem, à integridade física, entre outros. Constituem-se como direitos necessários ao desenvolvimento da dignidade da pessoa humana em aspectos morais, físicos e psíquicos.

Como bem define os direitos de personalidade, Miranda (2000, p. 58-59) assenta que:

Os direitos de personalidade são posições jurídicas fundamentais do homem que ele tem pelo simples facto de nascer e viver; são aspectos imediatos da exigência de integração do homem; são condições essenciais ao seu *ser* e *dever*; revelam o conteúdo necessário da personalidade; são emanções da personalidade humana em si; são direitos de exigir de outrem o respeito da própria personalidade; têm por objeto, não algo de exterior ao sujeito, mas modos de ser físicos e morais da pessoa ou bens da personalidade física, moral e jurídica ou manifestações parcelares da personalidade humana (MIRANDA, 2000, p. 58-59).

Os direitos de personalidade foram adquiridos no decorrer dos movimentos sociais para constituir a sua legalidade, “uma legalidade autêntica e autônoma capaz não só de redefinir democraticamente as regras institucionais de convivência, mas também de influenciar, reordenar e alterar os critérios que fundamentam o Direito Estatal Moderno” (WOLKMER, 2001, p. 158).

Para isso, iniciar-se-á a análise do direito à liberdade individual, pois estabelece

fundamental importância para a análise dos direitos à privacidade, à intimidade e à vida privada. Os reflexos do direito à liberdade individual em relação aos direitos inerentes à personalidade mostram-se imprescindíveis para uma convivência harmônica perante a sociedade, sendo invioláveis para a existência do ser humano.

1.4.1 Direito fundamental à liberdade individual na esfera da autonomia individual em face do Poder estatal

O direito fundamental à liberdade está previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal Brasileira, ao passo que diversos de seus incisos cuidam das liberdades em espécie, tais como, a liberdade de manifestação do pensamento, as liberdades de informação e de imprensa, a liberdade de exercício profissional, as liberdades religiosas.

O direito à liberdade individual foi reconhecido na primeira dimensão de direitos, definido por cunho individualista, assegura os direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa. A liberdade individual é marcada como um direito de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder.

Nesse sentido, explica Sarlet (2012):

São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei (SARLET, 2012, p. 33).

A ordem constitucional democrática necessita de direito de defesa, assim como é o direito à liberdade individual, para evitar abuso de poder do Estado. A busca da limitação estatal assegura ao indivíduo uma esfera de liberdade e autonomia pessoal.

A proteção da liberdade individual por meio dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal Brasileira pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais. Segundo Canotilho (1993, p. 541), os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva:

(1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, 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, 1993, p. 541).

Na esteira dessas considerações, explica Sarlet que:

[...] importa consignar, que esta “função defensiva” dos direitos fundamentais não implica, na verdade, a exclusão total do Estado, mas, sim, a formalização e limitação de sua intervenção, no sentido de uma vinculação da ingerência por parte dos poderes públicos a determinadas condições e pressupostos de natureza material e procedimental, de tal sorte que a intervenção no âmbito de liberdade pessoal não é vedada de si, mas, sim, de modo que apenas a ingerência em desconformidade com a Constituição caracteriza uma efetiva agressão (SARLET, 2012, p. 142).

Partindo da premissa de que os direitos fundamentais e a soberania popular seguem até hoje determinando e condicionando a autoevidência normativa do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico (SARLET, 2012, p. 47).

Miranda (2000, p. 104) ressalta que a propósito do direito à liberdade “parte-se da ideia de que as pessoas, só por o serem, ou por terem certas qualidades ou por estarem em certas situações ou inseridas em certos grupos ou formações sociais, exigem respeito e protecção por parte do Estado e dos demais poderes”. Nesse sentido, o direito à liberdade individual reconhece autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado.

Os direitos de liberdade são relacionados por Miranda (2000, p. 105) como conteúdo positivo ao direito de agir e por conteúdo negativo não sofrer o sujeito interferência ou impedimentos. Dentre os apontamentos de Miranda (2000, p. 113) sobre o direito à liberdade, o autor entende que a existência das pessoas é afetada tanto por direitos de liberdade quanto pelos direitos sociais, sendo indissociáveis, pois, uns dos outros, pois inserem-se numa unidade axiológica e sistemática dentro da Constituição e da ordem jurídica como um todo. Ressalta-se com os direitos de liberdade:

é a sua esfera de autodeterminação e expansão que fica assegurada, com os direitos sociais é o desenvolvimento de todas as suas potencialidades que se pretende alcançar; com os primeiros, é a vida imediata que se defende do arbítrio do poder, com os segundos é a esperança numa vida melhor que se afirma; com uns, é a liberdade actual que se garante, com os outros é uma liberdade mais ampla e efectiva que se começa a realizar (MIRANDA, 2000, p. 105).

Constitui, dessa forma, direito inerente à personalidade enquanto cidadão. “Os direitos, liberdades e garantias são direitos de *libertação do poder* e, simultaneamente, *direitos à proteção* do poder contra outros poderes” (MIRANDA, 2000, p. 105).

Com entendimento diverso sobre a expressão liberdade individual, Silva (2005, p. 236) a chama de “liberdade da pessoa física”, impropriamente foi denominada “liberdade individual”, já que todas o são, e consiste na primeira forma de liberdade que o homem teve que conquistar.

Oferece a noção de liberdade da pessoa física como sendo a possibilidade jurídica reconhecida a todas as pessoas de terem vontade própria, bem como a locomoção, entrada e saída livremente dentro do território nacional (SILVA, 2005, p. 237).

Silva (2005, p. 232) explica que liberdade não deve ser definida como ausência de coação estatal, esclarece, portanto, que:

O que é válido afirmar é que a liberdade consiste na ausência de toda coação *anormal, ilegítima e imoral*. Daí se conclui que toda lei que limita a liberdade precisa ser lei normal moral e legítima, no sentido de que seja consentida por aqueles cuja liberdade restringe (SILVA, 2005, p. 232).

A luz da interpretação de Silva (2005), a liberdade não consiste apenas na ausência de coação estatal, mas toda coação que não é consentida por aquele cuja liberdade restringe.

O direito positivo, assim, concentra-se em disciplinar apenas a liberdade objetiva, ou seja, assegurar ao homem o direito de agir livre de coações do poder estatal ou do particular, sem ferir direitos e garantias fundamentais de outro ente social.

Dentro desse contexto, o preceito amplo de liberdade engloba outros direitos fundamentais como a privacidade, a intimidade e a vida privada, compondo, assim, uma linha de limites passíveis de manipulação.

Parte-se do pressuposto de que o indivíduo tem o direito de manter aspectos de sua vida em sigilo, seja no âmbito familiar, profissional ou em face do vínculo social, incluindo os meios de comunicação digital que utiliza. Logo, busca-se assegurar que as informações de caráter íntimo ou privado de cada pessoa não sejam manipuladas sem o seu consentimento, posto que tal ação pode violar a tutela à liberdade.

A liberdade individual tutela a esfera secreta da vida do indivíduo, que possui o direito de evitar levar ao conhecimento de outrem aquilo que é pessoal, ou seja, de foro moral e íntimo do indivíduo. O direito à liberdade individual ganha ainda maior amplitude quando se aborda a

temática sob o viés do meio digital, na medida em que há uma grande disseminação dos meios de comunicação eletrônicos e a possibilidade de interconexão entre arquivos.

Partindo da análise realizada acima, do direito à liberdade individual na esfera da autonomia individual em face do Poder estatal e particulares, observar-se-á os direitos fundamentais à privacidade, à intimidade e à vida privada que se referem aqueles inerentes à própria pessoa e visam assegurar o desenvolvimento pleno da personalidade, sem temores ou apreensões de que venha a ser surpreendido.

1.4.2 Princípio da inviolabilidade à privacidade

No que se refere ao direito à privacidade, apenas ao titular compete a escolha de divulgar ou não seu conjunto de dados, informações, manifestações e referências individuais.

No contexto da análise do direito à liberdade e as vertentes dos direitos à intimidade, à privacidade e à vida privada, Scarmanhã; Furlaneto Neto e Santos (2014, p. 238) relatam que por ser inerente ao sistema jurídico, o direito à intimidade e à vida privada consagram-se entre os direitos e as liberdades fundamentais a serem assegurados ao indivíduo, impondo-se ao Estado tutelar a privacidade do homem na sociedade digital, ameaçada constantemente pelos novos meios da comunicação e de informação.

Silva (2005, p. 206) usa a expressão direito à privacidade num sentido de abarcar todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional consagrou. Dessa forma, em sentido amplo, o direito à privacidade comporta toda e qualquer forma de manifestação da intimidade, privacidade e, até mesmo, da personalidade da pessoa humana. O conceito de privacidade compõe um conjunto mais amplo que a intimidade, pois compete a cada indivíduo delimitar os fatos e informações que deseja manter sob sigilo.

No mesmo sentido, ao abordar o fator privacidade e informática, Silva (2005, p. 209) explica que a disseminação complexa da informática, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas possibilita que a individualidade das pessoas seja inteiramente devassada.

Salienta Silva (2005, p. 209) que o perigo cresce em decorrência da maior utilização da informática, que facilita a “interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento”.

Davara Rodríguez (2008, p. 55) explica que os dados pessoais têm conexão com a intimidade (unidos ao indivíduo e em seu entorno social) e que a privacidade é a possibilidade

de mantê-los em sigilo, resguardados de acesso e de intromissões alheias, ressaltando, no entanto, que o surgimento da informática e o conseqüente aceleração da transmissão de informações possibilitaram uma fonte potencial de agressividade contra a intimidade da pessoa em diferentes formas e proporções exponenciais.

O Princípio da inviolabilidade à privacidade garante que o indivíduo possa ter controle sob as informações sobre ele divulgadas. Todavia, deve-se entender a privacidade não apenas como a não interferência do Estado na vida do indivíduo, mas também como o poder de se reivindicar ao Estado a tutela dessa privacidade, protegendo o indivíduo de terceiros.

Nesse cenário, a privacidade no meio digital ganhou destaque com a aprovação da Lei 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet. O artigo 3º disciplina o uso da Internet no Brasil e possui como princípio a proteção da privacidade. Nesse ínterim, é prudente enfatizar que, na sociedade contemporânea, a noção de privacidade extravasa os conceitos de isolamento ou tranquilidade, revelando-se insuficiente em um meio onde os meios de violação da privacidade caminham paralelamente aos diversos e importantes avanços tecnológicos.

A fim de coibir a violação da privacidade, a Lei 12.965/14, artigo 7º, inciso I, assegura e prevê ao lesado, direito à indenização por dano material ou moral decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, em suma, do direito à privacidade (SILVA, 2005, p. 210).

Não obstante todos os dispositivos legais invocados que resguardam o direito à privacidade, Costa Júnior (2007, p. 115) considera que, nos dias hodiernos, o sistema normativo mostra-se impotente, inadequado e desatualizado para a proteção efetiva da privacidade.

1.4.3 Princípio da inviolabilidade à intimidade

O direito à inviolabilidade da intimidade, previsto legalmente no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, é voltado à proteção do indivíduo considerando a maior extensão possível, de modo que, proteja o indivíduo de outro indivíduo ou de outros interesses.

A proteção da intimidade constitui uma das principais expressões do princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de associar ao livre desenvolvimento da personalidade, garantindo um direito de autodeterminação sobre os assuntos que dizem respeito à sua esfera particular, assim como à garantia de um espaço privativo no âmbito do qual o indivíduo se encontra resguardado contra ingerências em sua esfera pessoal (SARLET, 2012, p. 80).

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças (SARLET, 2012, p. 80).

A integração feita por Sarlet (2012) entre o direito à intimidade e a dignidade da pessoa humana diz respeito à limitação do poder como uma necessidade para se evitar ingerências na esfera pessoal. De forma complementar, aduz Dotti (1980, p. 115) que a intimidade se caracteriza como esfera secreta da vida das pessoas, as quais possuem o “poder legal de evitar os demais”. Há, portanto, a prerrogativa da limitação e mesmo da exclusão do conhecimento de outrem da vida particular.

Basicamente, duas correntes de pensamento procuram definir a origem da intimidade. Uma delas, integrada por doutrinadores anglo-saxões como Alan Westin, Paul J. Muller e H.H. Kulmann, tem a intimidade como característica natural ou biológica do ser humano, que, em consequência, deve receber tutela jurídica. A outra, da qual são adeptos André Vitalis, Gérald Messadié, Stefano Rodotà, Perez Luño e L. Munford, entende que o reconhecimento do direito à intimidade é fundamentalmente consequência de fatores culturais e políticos (REMEDIO; SILVA, 2018, p. 3226).

Ante as duas correntes de pensamentos supracitadas, pode-se concluir dialeticamente, que a intimidade se configura como característica natural do ser humano, porém, não se deve desconsiderar a ideia de que fatores culturais e políticos influenciam sua construção doutrinária e tratamento jurídico.

Suplementarmente, Costa Júnior (2007, p. 30) afirma que “no bojo da esfera privada está contida a esfera da intimidade ou esfera confidencial. Dela participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade”. O direito à intimidade merece tutela pronta e urgente do direito, “a necessidade de encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometidos pelo ritmo da vida moderna” (COSTA JÚNIOR, 2007, p. 10).

Nesse sentido, a pessoa possui o direito de manter-se isolada, retirada do alarde e da publicidade, fechada em sua intimidade e resguardada da curiosidade dos olhares e ouvidos indiscretos. Poder-se-ia falar numa intimidade exterior e noutra interior:

Aquela, como a intimidade de que o homem haveria de desfrutar, abstraindo-se da multidão que o engloba. Insulando-se em meio a ela. E alheando-se, mesmo estando em companhia. A intimidade interior, que muitas vezes não implica solidão, já que o homem pode trazer para sua companhia os fantasmas que mais lhe apeteçam, é aquela de que o indivíduo goza materialmente, apartado de seus semelhantes (COSTA JÚNIOR, 2007, p. 10).

A intimidade exterior, portanto, é aquela de natureza psíquica, em meio à multidão, o indivíduo permanece só. A intimidade interior reveste-se de natureza física e material, pois o indivíduo se afasta da multidão, recolhe-se e desce às profundezas de sua alma e sai em busca do seu ser. Nada impede que o solitário físico se mantenha em contato com a vida social, por intermédio dos meios de comunicação de que dispõe (COSTA JÚNIOR, 2007, p. 10-11).

Por outro lado, Ferreira (1994, p. 96) explica que, modernamente, a intimidade consubstancia-se não apenas em isolamento, mas em conduta de “resguardo das interferências alheias, de não ser o indivíduo importunado pela curiosidade ou pela indiscrição, de poder desfrutar a sua paz de espírito e ver respeitados os atributos de sua personalidade, frente aos outros indivíduos, ou o Estado”.

Com o desenvolvimento das tecnologias da informação, as pessoas passaram a ter suas vidas mais expostas, tiveram mais de suas informações pessoais conhecidas pelo restante da sociedade, daí o desejo imperativo de resguardo.

A fim de garantir a proteção do direito à intimidade no meio digital, foi promulgada a Lei 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet. O artigo 7º prevê que o acesso à Internet é essencial ao exercício da cidadania e ao usuário é assegurado, entre outros direitos, conforme inciso I, à inviolabilidade da intimidade.

Com o advento da era tecnológica, é inegável o processo de modificação das fronteiras da intimidade; o devassamento da vida privada se tornou mais agudo e inquietante. As conquistas da era tecnológica, em tese, destinam-se a enriquecer a personalidade, ampliar a capacidade de domínio sobre a natureza, aprofundar o conhecimento, multiplicar e disseminar a riqueza, revelando e promovendo novos rumos de acesso ao conforto (COSTA JÚNIOR, 2007, p. 14). Todavia, concretamente, o que se verifica é que:

[...] o propósito dos inventores, cientistas, pesquisadores sofre um desvirtuamento quando se converte de ideia beneficente em produto de consumo. A revolução tecnológica, sempre mais acentuadamente, ganha um dinamismo próprio, desprovido de diretrizes morais, conduzido por um “cientificismo” ao qual são metafísicas, humanísticas. Torna-se cega e desordenada, subtraindo-se ao controle até mesmo dos sábios, que a desencadeiam (COSTA JÚNIOR, 2007, p. 14).

A preocupação com o progresso desordenado, segundo Costa Júnior (2007), pode acarretar alterações não necessariamente positivas e desejáveis. Imersos na civilização da técnica, identificando o homem com sua função social, transformando-o em insignificante peça da complexa engrenagem industrial, prevalecem os sentimentos de desvalorização e frustração.

Na moderna sociedade de massas, a existência da intimidade, privativamente contemplação e interiorização, vem sendo “posta em xeque, numa escala de assédio crescente”, sem que reações proporcionais possam ser notadas (COSTA JÚNIOR, 2007, p. 17).

No âmbito do direito à intimidade, podem ser tutelados dois interesses que se somam, porém o direito é o mesmo “a invasão e a divulgação não autorizada da intimidade legitimamente conquistada” (COSTA JÚNIOR, 2007, p. 27). Os interesses colocados pelo autor referem-se a dois momentos do mesmo direito subjetivo. Um momento antecedente, de reação à interferência ilícita na intimidade e, um momento subsequente, de repulsa à divulgação indevida da intimidade legitimamente alcançada.

Nesse sentido, o primeiro momento seria constituído pela interferência ou intromissão, e o momento subsequente pela divulgação das notícias, nem sempre obtidas de modo clandestino ou abusivo, sendo os atos reveladores aqueles que servem de meios de comunicação de massa, pela interferência dos meios de comunicação, como a interceptação telefônica, segundo o autor (COSTA JÚNIOR, 2007, p. 27).

Não obstante, o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal e a Lei 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, no seu artigo 7º, inciso I, assegurarem o direito à intimidade, uma verdadeira tutela da intimidade ainda não é concretizada, por carência normativa, segundo relata o autor Costa Júnior (2007, p. 115) em suas considerações.

1.4.4 Princípio fundamental à vida privada

O direito à vida privada está expressamente previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal Brasileira, ao estabelece que a vida privada é inviolável, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A Constituição Federal deu destaque ao conceito de vida privada como a constatação de que a vida das pessoas compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro para o interior. A vida privada estaria relacionada com a vida interior, que é voltada para a própria pessoa e para sua família, bem como para seus amigos, integrando, assim, o conceito de vida privada, inviolável nos termos da Constituição Federal (SILVA, 2005, p. 208).

Nesse sentido, “a tutela constitucional visa proteger as pessoas de dois atentados particulares: (a) ao *segredo da vida privada*; e (b) à *liberdade da vida privada*. O segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade” (SILVA, 2005, p. 208).

Para tanto, é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros. Os principais atentados contra a vida privada que o autor coloca é a divulgação de eventos relevantes da vida pessoal e familiar ao conhecimento do público; e a investigação de acontecimentos referentes à vida privada pessoal e familiar, no sentido de conservação de informações para não serem obtidas por meio ilícito (SILVA, 2005, p. 208).

Por outro lado, Costa Júnior (2007, p. 23) relata que, na vida privada, cogita-se a inviolabilidade da personalidade dentro de seu retiro, necessário ao seu desenvolvimento e evolução, em seu mundo particular, à margem da vida exterior.

Ademais, segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas em 1948, tem-se garantido como um dos direitos humanos, a vida privada, quando prevê em seu artigo 12 que “ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques a sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito à proteção da lei” (DECLARAÇÃO, 1948).

A discussão do conceito de vida privada envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como as relações comerciais, financeiras, de trabalho, de estudo e outras. A importância de tal direito vem crescendo no século XXI, na medida em que a autonomia da vida privada é ameaçada pelas novas modalidades de invasão científica e tecnológica.

A sociedade foi se tornando mais complexa, e o avanço das tecnologias, associado à possibilidade de exposição do sujeito a níveis antes inimagináveis, foi fazendo surgir a necessidade de uma melhor compreensão do que seria efetivamente o direito a uma vida privada. Dessa forma, o conceito de vida privada em matéria de direitos fundamentais se fortaleceu, reconhecendo-se a necessidade de inclusão de um rol mínimo dos direitos fundamentais na Constituição, inclusive a internacionalização e a universalização do direito fundamental à vida privada.

Suplantada a análise dos direitos inerentes à personalidade, o direito à liberdade individual e os princípios elencados acima, far-se-á necessária, para o desenvolvimento do trabalho, a apreciação do princípio da proibição da prova ilícita no processo penal brasileiro.

1.5 A colisão entre direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade a fim de restabelecer a paz jurídica

Os direitos fundamentais cumprem papel fundamental na vida social, pois, em razão de seus fundamentos históricos e filosóficos, como os princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado de Direito, garantem o reconhecimento, proteção e promoção de condições mínimas de sobrevivência.

O problema surge quando os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente entram em colisão. Restando dúvidas da aplicação de um direito fundamental em detrimento de outro direito fundamental.

Hodiernamente, vivencia-se um pluralismo social que possui um conjunto de valores conflituosos, especialmente quando o direito fundamental de um indivíduo entra em conflito com outro direito fundamental, ambos previstos na Constituição Federal Brasileira. Destarte, os direitos fundamentais não se revestem de caráter absoluto.

Uma das principais características dos direitos fundamentais, enquanto princípios que são, é a sua relatividade. Nos casos de conflitos entre os princípios, cabe o sopesamento de um sobre o outro para que se decida daquele mais adequado. A convivência em um ordenamento jurídico demanda a contínua relação entre os valores constitucionalmente previstos, que, por vezes, representam uma nítida limitação a um direito em virtude de outro, em uma dada circunstância específica.

Vivencia-se, no momento atual da sociedade, a busca pelo restabelecimento dos direitos humanos. Nesse sentido, não é possível a criação de uma regra geral a fim de resolver conflito entre direitos fundamentais, sendo necessário observar caso a caso, visto que, em alguns momentos deve-se privilegiar os direitos humanos e, conseqüentemente, os direitos fundamentais da personalidade; e, em outros momentos, deve-se privilegiar a segurança pública.

Para Dworkin, quando os princípios se cruzam, o que se deve levar em consideração é a dimensão do peso ou importância. Assim, quando os princípios se cruzam aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um, “que peso ele tem ou quão importante ele é” (DWORKIN, 2002, p. 42-43).

No caso de colisão entre princípios, Alexy (2015, p. 93) explica que um princípio tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Isso porque os princípios possuem pesos diferentes e os princípios com maior peso têm precedente em determinado caso.

Visando solucionar a colisão entre princípios, Alexy (2015, p. 116-117) apresenta a

“máxima da proporcionalidade” mais conhecido como princípio da proporcionalidade, que é utilizado predominantemente no ordenamento jurídico brasileiro.

Alexy (2015) explica que o princípio da proporcionalidade é válido de forma estrita quando as normas de direitos fundamentais têm o caráter de princípios. A natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade:

[...] três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza (ALEXY, 2015, p. 116-117).

Nesse sentido, explica Trindade e Duarte Neto:

Assim, quando dois ou mais comandos de otimização entram em choque, eles devem ser harmonizados a fim de possibilitar a maior concretização de todos, sem excluí-los totalmente. A adequação e a necessidade passam pelo crivo do faticamente possível (exame fático). Já a proporcionalidade em sentido estrito envolve a análise do juridicamente possível (exame normativo) (TRINDADE; DUARTE NETO, 2017, p. 20).

É exatamente numa situação em que há conflito entre princípios, ou entre eles e regras, que o princípio da proporcionalidade mostra sua grande significação no ordenamento jurídico brasileiro. Por meio da proporcionalidade, é possível analisar a legitimidade das restrições a direitos fundamentais, para verificar se respeitam a justa medida, a proporção entre causa e efeito, entre meio e fim. Vale ressaltar que o princípio da proporcionalidade não é uma regra geral, ele deve ser aplicado com a observância de um caso concreto.

São tradicionalmente apontados como elementos da proporcionalidade, em atenção à teoria formulada no Direito alemão: a adequação, a necessidade (exigibilidade) e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação corresponde à idoneidade do meio para atingir o fim, sendo que o meio usado para restringir o direito deve ser adequado ao fim que se quer alcançar. A necessidade é a imprescindibilidade de sua utilização, na qual o meio usado para restringir o direito deve ser estritamente necessário ou o meio menos gravoso possível. Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, ela se relaciona com a utilização do meio e da mensuração do fim, com o objetivo de averiguar se o ato não utilizou o meio de forma exagerada ou insuficiente.

Quanto ao que sustentam Alexy e Dworkin sobre o conflito normativo entre direitos fundamentais, o autor Ávila (2005, p. 44) diz que é preciso aperfeiçoar esse modo, “isso porque

não é apropriado afirmar que a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios *possuem* uma dimensão de peso”. Ávila (2005, p. 44) explica que a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios, podendo estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja “aplicação é preliminarmente havida como automática”.

Já no caso de colisão entre princípios, Ávila explica que o aplicador – “porque, em vez de descrição há o estabelecimento de um estado de coisas a ser buscado – possui maior espaço de apreciação, na medida em que deve delimitar o comportamento necessário à realização ou preservação do estado de coisas” (ÁVILA, 2005, p. 48).

Já na hipótese de relação entre princípios, para Ávila (2005), quando dois princípios determinam a realização de fins divergentes, deve-se escolher um deles em detrimento do outro, para a solução do caso. E, mesmo que ambos os princípios estabeleçam os mesmos fins como devidos, nada obsta a que demandem meios diversos para atingi-los. Assim, Ávila assenta que “nessa hipótese, deve-se declarar a prioridade de um princípio sobre o outro, com a conseqüente não-aplicação de um deles para aquele caso concreto” (ÁVILA, 2005, p. 48).

Quanto à colisão entre princípios, Santos (2017, p. 20) explica que um prevalece sobre o outro, ante a possibilidade de sua satisfação em graus variados, um deles acabará por deixar de ser aplicado, em preferência sobre o outro, que falar em sua invalidade. Nesse caso, Santos (2017, p. 21) entende que os princípios são relativos, na medida em que o aplicador deverá realizar uma verificação de ponderação, de sopesamento, diante do caso concreto, analisando qual deverá prevalecer.

Cabe sublinhar ainda que Santos (2014, p. 93) entende que “a questão da proporcionalidade e ponderação de direitos fundamentais parece ser a melhor forma de dirimir eventuais conflitos entre tais direitos, ressaltando-se que seu núcleo essencial é intangível”. Assim, tal ponderação deve seguir a forma jurisdicional, pois será efetivada por um magistrado, tendo em vista a convivência harmônica entre direitos essenciais.

Diversa teoria relacionada à prática jurídica, visando solucionar conflito entre normas jurídicas, Santos (2017) estabelece que, diante de um caso concreto, seja pela falha legislativa ou pela busca de direitos fundamentais, em que o dispositivo legal existente para o caso não se mostra correto, apesar de adequado, conforme o conceito de regras jurídicas já analisadas, busca-se uma alternativa, diferente da prevista em lei, afastando a sua aplicação. Tal caso é denominado por Santos como derrotabilidade:

A derrotabilidade é algo concreto no Direito, que vem sendo utilizada sem

atentar-se para o fato de que constitui propriedade de uma teoria relacionada à prática jurídica, sem causar qualquer tipo de transtorno à segurança jurídica e ao direito positivo, constituindo, na verdade, uma correção deste último em casos determinados, de modo diverso de convenções previamente estabelecidas e que podem contrariar o ideal de justiça (SANTOS, 2017, p. 68).

Para o autor, a aplicação da derrotabilidade deve ser motivada e fundamentada, demonstrando as razões da decisão pelo intérprete, de forma a deixar clara a exceção que no caso se apresentou, exceção essa que Santos (2017, p. 69) entende ser “mais como uma característica das regras, as quais tratam de condutas, de forma que, estando presentes seus requisitos, devem ser aplicadas, salvo se houver a presença de uma exceção [...]”. O autor considera a derrotabilidade como uma manifestação de excluir a consequência jurídica de uma regra, tendo em vista a presença de uma exceção a essa regra.

Por outro lado, para o autor Bäcker (2011, p. 61), os princípios são mandamentos de otimização, não acomodam, nesse sentido, exceções. Para aplicar um princípio é preciso otimizar, ou seja, necessariamente considerar todas as circunstâncias dadas. Portanto, nenhuma exceção pode surgir na aplicação de um princípio. Em outras palavras, princípios não são derrotáveis, uma vez que o fato de todas as circunstâncias dadas serem consideradas sempre, e a cada vez que um princípio é aplicado, constitui parte de sua estrutura (BÄCKER, 2011, p. 68).

Assim, levando em consideração as circunstâncias dos casos futuros, juntamente com outras condições, por exemplo, princípios concorrentes, já estão implícitas no conceito de otimização, e são, portanto, parte integral da própria aplicação do princípio (BÄCKER, 2011, p. 61)

Contudo, vale dizer que o princípio da proporcionalidade tem sido utilizado no Brasil como um critério para analisar a constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais, quando entram em conflito com outros direitos também fundamentais. Visando, dessa forma, assegurar a maior eficácia dos próprios direitos, visto não poderem todos, concretamente, serem atendidos absoluta e plenamente. Para isso, deve-se levar em consideração o caso concreto, não constituindo o princípio da proporcionalidade uma conclusão definitiva sobre qual direito fundamental privilegiar.

Quanto da utilização do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes acentua que “o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como instrumento para solução de colisão entre direitos fundamentais” (MENDES, 2001, p. 18).

Quando da análise de decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro reconhece que “tem-se aqui, notoriamente, a utilização da proporcionalidade como ‘regra de ponderação’ entre os direitos em conflito, acentuando-se a existência de outros meios de prova igualmente idôneos e menos invasivos ou constrangedores” (MENDES, 2001, p. 18).

A restrição aos direitos fundamentais poderá ocorrer através do princípio da proporcionalidade, que irá definir qual princípio constitucional deve prevalecer na análise de determinada circunstância fática. Dessa forma, o sigilo das comunicações informáticas e telemáticas poderá ser restringido em casos recomendados pelo princípio da proporcionalidade.

O artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal Brasileira, prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. A violação ao sigilo das comunicações informáticas e telemáticas estão inseridas no contexto previsto em comunicações “de dados”.

Nesse sentido, levando em consideração que os direitos fundamentais à liberdade individual, à privacidade, à intimidade e direito à vida privada não se revestem de caráter absoluto e analisando a possibilidade de restrição desses direitos, em detrimento da aplicação do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, como meio de prova, é que surge a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade, como já analisado acima, aplica-se nos casos de colisão entre princípios. Alexy (2015, p. 93) explica que um princípio tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Isso porque os princípios possuem pesos diferentes e os com maior peso têm precedente em determinado caso.

Os direitos da personalidade que consistem em princípios poderão ficar restritos em face de interesses mais abrangentes para o Estado, como a segurança pública. Assim, a própria norma constitucional prevê exceção à exigibilidade do sigilo das comunicações acima mencionados. Portanto, a aplicação do princípio da proporcionalidade será o instrumento para que se possa restringir direitos fundamentais em detrimento de provas que possam ser utilizadas no processo penal brasileiro, para que se chegue ao autor do fato criminoso. Nesses casos, a ponderação deverá se atentar ao caso concreto.

O fundamento para a aplicação da violação do sigilo de comunicações de dados, em detrimento de direitos fundamentais da personalidade e direitos humanos, funda-se no meio de prova no processo penal, como forma de segurança pública. É corrente, em meio aos movimentos sociais brasileiros, o entendimento de que o controle social seria uma estratégia

própria da chamada sociedade civil organizada para o monitoramento das políticas públicas e para a garantia dos direitos sociais.

Nas últimas duas décadas, o tema da segurança pública tem se destacado no cenário nacional pelos elevados índices de violência urbana e pelas deficiências dos métodos e técnicas adotados pelos sistemas de segurança. É nítido que os sistemas de segurança pública têm se mostrado, muitas vezes, ineficientes na tarefa de controlar a escalada da violência.

A recorrência do tema na cena pública brasileira, seja por noticiários na imprensa periódica, seja por programas de rádio e televisão que promovem a popularização do crime e da violência, cria uma sensação de medo e insegurança na população. Essa ambiência se torna propícia para a disseminação dos chamados discursos da “lei e da ordem”, que propõem alternativas conservadoras e antidemocráticas para resolução do problema da segurança pública e ferem, inclusive, algumas garantias constitucionais.

Nesse ínterim, é imperativo confirmar que não se pode deixar de lado o que se compreende como conteúdo dos direitos humanos na atualidade, posto que tais direitos se constituem como resultado de um processo de lutas sociais e de conquistas. Hodiernamente, o Brasil conta com uma Constituição Federal considerada avançada, por ter sido resultado de um intenso processo de discussão protagonizado por setores da sociedade civil organizada, contemplando demandas dos mais diversos segmentos dos movimentos populares, que se organizaram durante a Constituinte para assegurar no texto constitucional o respeito aos seus direitos.

No entanto, na dinâmica do sistema segurança, o que se evidencia é uma atuação pautada na seletividade dos casos a serem apurados. Pressupõe-se que concorrem para isso diversos fatores, inclusive o grau de complexidade do crime a ser investigado, que pode ser aumentado pelo uso de novas tecnologias da informação e comunicação.

Visto que o conflito entre os direitos fundamentais surge, cada vez mais, de práticas criminosas ocorridas no meio digital, a fim de buscar um meio de prova, passa-se a analisar as novas tecnologias da informação e comunicação.

1.6 Novas tecnologias da informação e comunicação

A disseminação da rede mundial de computadores no final do século XX e o conseqüente impulsionamento de seu uso doméstico proporcionaram relevantes e profundos impactos sociais no século XXI. O desenvolvimento das tecnologias da informação e da comunicação, associado à interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos, tem

marcado uma era chamada de quarta revolução industrial.

Atualmente, enfrenta-se uma grande diversidade de desafios marcados pela revolução tecnológica que traz transformações para toda a humanidade. A revolução tecnológica é impulsionada pela Internet, impactando em transformações na maneira como vivemos, de forma ampla e veloz.

Os estudos e o desenvolvimento da computação de grande porte – *mainframe* – realizados no início da década de 1960, são apontados como fundamentais para o princípio da então terceira revolução industrial. No início, tinham-se grandes computadores, capazes de armazenar e processar uma grande quantidade de informações para a época. Isso possibilitou, nas décadas de 1970 e 1980, o avanço da computação pessoal e, posteriormente, na década de 1990, a evolução em massa da Internet, a denominada rede mundial de computadores (SCHWAB, 2016).

Oliveira (2011, p. 20) retrata que no Brasil, a Internet foi possível a partir da rede precedente *Because It's Time Network* – Bitnet. Credita-se ao Laboratório Nacional de Computação Científica (LNCC), no Rio de Janeiro, a primeira conexão com a Bitnet, em setembro de 1988, ao fazer link com a Universidade de Maryland, nos Estados Unidos.

A Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), em abril de 1989, estabeleceu conexão com o laboratório de física de altas energias especializado no estudo de partículas atômicas (FERMILAB), situado em Batavia, no Estado de Illinois/EUA, porém, naquela época, apenas para troca de e-mails, pois não era possível enviar pacotes de dados contendo imagens ou áudios (OLIVEIRA, 2011, p. 18).

A conexão era operada a partir da infraestrutura da rede telefônica e administrada pela *Academic Network at São Paulo* (ANSP). Com a experiência da FAPESP, em 1989, o Ministério da Ciência e Tecnologia criou a Rede Nacional de Ensino e Pesquisa (RNP), com a missão de interligar-se a Internet, via protocolo TCP/IP, o que já era realidade nos Estados Unidos e Europa (OLIVEIRA, 2011, p. 19).

Não há registro oficial das primeiras comunicações via Internet no Brasil, porém, em 1992, foi possível interligar, por meio dela, as principais instituições de ensino superior brasileiras. Com a difusão do protocolo *world wild web*, a partir de 1994, a Internet definitivamente estendeu-se aos ambientes comerciais, de forma que o ano de 1995 é marcado pela criação do Comitê Gestor de Internet do Brasil (CGI), pelo Ministério das Comunicações (OLIVEIRA, 2011, p. 18).

A era digital, impulsionada pela propagação da Internet, possibilitou interligar computadores e outros dispositivos informáticos ao redor do globo terrestre. Abriu-se um novo

espaço de comunicação, quebrando os paradigmas de tempo e espaço territorial. O protocolo *www* – *world wide web* – permitiu a troca de pacotes em uma velocidade inferior a um piscar de olhos e entre dispositivos informáticos manipulados por pessoas em qualquer lugar do globo terrestre.

Preocupados com a virtualização das relações sociais, filósofos passaram a estudar o novo fenômeno e explicar os novos impactos sociais. Nesse sentido, Giddens (1991, p. 15) salientou que:

[...] mudanças ocorridas durante os últimos três ou quatro séculos – um diminuto período de tempo histórico – foram tão dramáticas e tão abrangentes em seu impacto que dispomos apenas de ajuda limitada de nosso conhecimento de períodos precedentes de transição na tentativa de interpretá-los (GIDDENS, 1991, p. 15).

Para Lévy (1999, p. 22), a tecnologia enfatiza a parte material e artificial dos fenômenos humanos, criando, de maneira indissolúvel, interações entre “pessoas vivas e pensantes, entidades materiais, naturais e artificiais, ideias e representações”.

É inegável que os avanços tecnológicos gerados a partir da “revolução digital” impactaram a vida do ser humano, gerando mudanças sistemáticas e profundas. Castells (2003, p. 8) aduz que no final do século XX, a Internet “[...] tornou-se a alavanca na transição para uma nova forma de sociedade – a sociedade de rede –, e como ela para uma nova economia”.

Para tanto, a junção de três fatores foi essencial:

[...] as exigências da economia por flexibilização administrativa e globalização do capital, da produção e do comércio; as demandas da sociedade, em que os valores da liberdade individual e da comunicação aberta tornaram-se supremos; e os avanços extraordinários na computação e nas telecomunicações possibilitados pela revolução microeletrônica (CASTELLS, 2003, p. 8).

A revolução tecnológica transforma, efetivamente, as condições de vida em sociedade. A propósito, Lévy (1999, p. 111) explica o que chama de “ciberespaço”:

A cada minuto que passa, novas pessoas passam a acessar a Internet, novos computadores são interconectados, novas informações são injetadas na rede. Quanto mais o ciberespaço se amplia, mais ele se torna “universal”, e menos o mundo informacional se torna totalizável. O universo da cibercultura não possui nem centro nem linha diretriz (LÉVY, 1999, p. 111).

O processo de interconexão já tem, e terá ainda mais no futuro, imensas repercussões

na atividade econômica, política e cultural. Lévy (1999, p. 113) esclarece que “o desenvolvimento do digital é, portanto, sistematizante e universalizante não apenas em si mesmo, mas também, em segundo plano, a serviço de outros fenômenos tecno-sociais que tendem à integração mundial”. Dessa forma, a integração mundial e sistematizante do comércio, da pesquisa científica, das mídias, dos transportes e da produção industrial acontece a todo tempo.

As mudanças na sociedade relacionadas à revolução tecnológica são tão profundas quanto potencialmente promissoras e perigosas, devido à proliferação das redes virtuais ocorrerem em um ritmo demasiado acelerado. Segundo Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2018, p. 15), a rede mundial de computadores, marcada pela internet, apresenta várias características:

[...] a instantaneidade, eliminando as barreiras do tempo e espaço; a isonomia entre os que a utilizam, ressaltando-se questões tecnológicas e de conhecimento pessoal; o dinamismo, pontuado pelo armazenamento e acesso a uma infinidade de textos, imagens e sons, isoladamente, ou em um mesmo documento (hipertexto); a possibilidade de sensação de anonimato àqueles que não querem se identificar etc (FURLANETO NETO, SANTOS E GIMENES, 2018, p. 15).

Os avanços cada vez mais acentuados em tecnologia da informação fazem Schwab (2016) afirmar que o início do século XXI é marcado pelo limiar da quarta revolução industrial. O autor justifica seu posicionamento ao afirmar que os avanços tecnológicos permitem estabelecer “ondas de novas descobertas” em diferentes áreas do conhecimento que “vão desde o sequenciamento genético até a nanotecnologia, das energias renováveis à computação quântica” (SCHWAB, 2016, p. 16).

Assim, o que “torna a quarta revolução industrial fundamentalmente diferente das anteriores é a fusão dessas tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos” (SCHWAB, 2016, p. 16). Com o objetivo de conscientizar sobre a abrangência e a velocidade da revolução tecnológica, bem como seu impacto multifacetário, o autor reconhece que estamos vivenciando, no século XXI, a “quarta revolução industrial”, marcada por três aspectos importantes a saber: velocidade, amplitude/profundidade e impacto sistêmico (SCHWAB, 2016, p. 13).

Quanto à velocidade, Schwab (2016, p. 13) destaca que “ao contrário das revoluções industriais anteriores, esta evolui em um ritmo exponencial e não linear”. Mostrando-se assim, os resultados do mundo multifacetário e profundamente interconectado em que vivemos. Em

adição, a propósito da amplitude e profundidade, o autor afirma que a quarta revolução industrial “tem a revolução digital como base e combina várias tecnologias, levando a mudanças de paradigma sem precedentes da economia, dos negócios, da sociedade e dos indivíduos”. O autor explica que a revolução tecnológica não está modificando apenas o “o que” e o “como” fazemos as coisas, mas também “quem” somos.

Por último, não menos importante, Schwab (2016, p. 13) justifica a sua convicção da ocorrência de uma quarta revolução industrial no “impacto sistêmico”, posto que “ela envolve a transformação de sistemas inteiros entre países e dentro deles, em empresas, indústrias e em toda sociedade”. Dessa forma, o que tornaria a quarta revolução industrial diferente das antecedentes seria a fusão das tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos.

Cada vez mais se produz processadores menores – nanotecnologia –, mais econômicos e com maior capacidade de processamento de dados e informações, permitindo com que as potencialidades das novas tecnologias possam alcançar mais pessoas, em uma velocidade infinitamente superior as modernidades apresentadas nas revoluções industriais precedentes.

O ponto comum das inovações contemporâneas e das novas tecnologias é a “capacidade de disseminação da digitalização e da tecnologia da informação” (SCHWAB, 2016, p. 23). Essas características permitem surgir megatendências e inovações, tais como, veículos autônomos, impressão 3D, robótica avançada, novos materiais, Internet das Coisas (IoT), inteligência artificial etc., que geram impactos sociais, em especial na economia, nos negócios e na governança (tanto no plano nacional quanto internacional).

Sob o ponto de vista da governança, passa-se a exigir novas formas de colaboração entre o governo e os cidadãos, provocando novas reflexões, no plano internacional, no relacionamento entre Estados. Diante desse contexto, insere-se a questão do respeito aos direitos à privacidade, à intimidade e à vida privada no espaço da Internet, contrastando com o caráter de transnacionalidade da web e o papel do Estado na regulamentação e tutela desses direitos.

Parte-se do pressuposto de haver um efeito potencializador nas condutas praticadas no ambiente Internet, o que gera, na visão de Schwab (2016), novos impactos. Ao mesmo tempo em que novas aplicações e ferramentas melhoram a qualidade de vida das pessoas, tem-se, de outro lado, a potencialização de infrações penais praticadas por meio de rede mundial de computadores.

Em adição, Beck (2011, p. 328) relata os riscos de experiências socioindustriais decorrentes da tecnologia. Os riscos produzidos pela industrialização não representam qualquer

ameaça realmente nova, “eles eram e continuam sendo os desafios autoimpostos do amanhã, mobilizam novas forças criativas, científicas e tecnológicas, e geram assim rebentos ao longo da ladeira do progresso”. Dessarte, muitos procuram oportunidades de mercado e seguem, segundo, segundo o autor, “confiando na verdade lógica, empurrando as ameaças do presente para o passivo a ser futuramente saldado com meios tecnológicos adequados” (BECK, 2011, p. 328).

O dilema da política tecnológica levantado por Beck é que a indústria dispõe, em relação ao Estado, de uma dupla vantagem, a autonomia de decisão de investimento e o monopólio do emprego da tecnologia. O controle sobre as metas do avanço tecnológico é secundário em relação ao Estado, a indústria está nas mãos da “subpolítica econômica, as linhas decisivas do processo de modernização, sob a forma do cálculo e do rendimento (ou risco) econômicos e da configuração tecnológica nas próprias empresas” (BECK, 2011, p. 313).

Confirma-se, portanto, que a tecnologia e a informatização são onipresentes na vida e no cotidiano da sociedade, visto que, dentre várias influências, a internet tem sido fundamental para a comunicação, com a troca de e-mails, o acesso a informações, notícias, publicações; além de essencial para o trabalho, transações financeiras, comércio eletrônico, robótica avançada e inteligência artificial.

Apesar das muitas facilidades e avanços que a revolução tecnológica proporcionou nos dias atuais, parcela da sociedade utiliza o meio eletrônico para a prática de crimes e violência. A sensação de insegurança gerada pela tecnologia da informação está presente na sociedade civil brasileira, grande parte da população teme ter sua privacidade invadida e ser vítima de outros tantos crimes associados ao uso de informações que deveriam ser mantidas em sigilo ou mesmo de golpes com veiculação de informações falsas.

Os impactos das novas tecnologias também repercutem na política, para o autor Beck (2011, p. 275), atualmente, a sociedade se vê, ao lidar com riscos, “confrontada consigo mesma”, isso porque, “[...] os riscos convertem-se no motor da *autopolitização* da modernidade na sociedade industrial – e mais: com eles, alteram-se *conceito, lugar e meios da ‘política’*”.

Nesse sentido, as questões da política, citada pelo autor Beck (2011, p. 275) tomam uma direção diferente, ante a sociedade moderna. O autor cita que “ondas de transformações já em curso, previstas ou que se anunciam, perpassam e sacodem a sociedade”. Dentre essas ondas, marcadas pelas grandes inovações tecnológicas, explica Beck:

[...] somam-se a uma *dissolução das fronteiras da política* e, na verdade, em duplo sentido: de um lado, direitos estabelecidos e assim percebidos reduzem

as margens de manobra *no* sistema político e fazem com que surjam *fora* do sistema político demandas por participação política sob a forma de uma *nova cultura política* (iniciativas da sociedade civil, movimentos sociais). A perda em termos de poder estatal de conformação e realização não é, nesse sentido, expressão de um certo fracasso político, e sim produto da democracia e da política social *realizadas*, em meio as quais os cidadãos sabem dispor de todos os meios de intervenção e controle público e judicial para a defesa de seus interesses e direitos (BECK, 2011, p. 278).

Dessa forma, a participação ativa da sociedade na política é um fato da modernidade não concentrando, assim, as responsabilidades somente no Estado. Da mesma forma ocorrem com os direitos fundamentais, os quais, entende Beck (2011, p. 289) “[...] configuram-se possibilidades de controle e participação democrática em campos variados da subpolítica”, ganhando destaque para uma nova cultura política, “[...] diversos centros da subpolítica, apoiados em direitos fundamentais usufruídos, atuam sobre o processo de formação em implementação de decisões políticas”.

Zygmunt Bauman, sociólogo polonês, apresenta a experiência individual humana e sua história conjunta e, ao descrever sobre a sociedade e a relação com o Estado, o autor diz que:

Em um Estado que não é mais a ponte segura além do confinamento da moralidade individual, um chamado ao sacrifício do bem-estar individual, para não falar da vida individual, em nome da preservação ou da glória imorredoura do Estado soa vazio e cada vez mais bizarro, se não engraçado (BAUMAN, 2001, p. 212).

Segundo Bauman (2001, p. 212) esclarece, a nação e o Estado devem “viver juntos”, no sentido de que “o andaime institucional capaz de manter a nação unida é pensável cada vez mais como um trabalho do tipo faça-você-mesmo”. A cooperação entre nação e Estado é responsável por trazer “[...] os sonhos de certeza e segurança, e não suas disposições órfãs a abrigar-se sob as asas da nação, enquanto buscam a segurança teimosamente fugidia”.

No sentido de participação ativa da sociedade nas questões políticas, é que Schwab (2016, p. 64), explica que devido as transformações atuais, “[...] as empresas precisarão investir pesadamente em sistemas cibernéticos e de segurança de dados para evitar a interrupção direta, causada por criminosos, ativistas ou falhas não intencionais da infraestrutura digital”.

Nesse contexto, é de suma importância uma responsabilidade coletiva por um futuro em que a tecnologia está focada no interesse da humanidade. Mas, como bem lembra Schwab (2016, p. 73), aos governos, também será preciso mudar, à medida que seu papel central de conduzir a política ficar cada vez menor, devido aos crescentes níveis de concorrência e à

redistribuição e descentralização do poder que as novas tecnologias tornam possíveis. E, completa o pensamento dizendo, “cada vez mais, os governos serão vistos como centros de serviços públicos, avaliados por suas capacidades de entregar seus serviços expandidos de forma mais eficiente e individualizada” (SCHWAB, 2016, p. 73).

Devido ao crescente e rápido desenvolvimento tecnológico, recentemente, Schwab (2018, p. 29) lançou a obra “Aplicando a quarta revolução industrial”, na qual explica que, em 2016, “todos nós deveríamos assumir uma responsabilidade coletiva, por um futuro em que a inovação e a tecnologia estão focadas na humanidade e na necessidade de servir o interesse público”.

Segundo Schwab (2018, p. 29), a relevância desse apelo só aumentou desde 2016, à medida que os departamentos de pesquisa e desenvolvimento tiveram maiores avanços nas tecnologias mais dinâmicas, as empresas adotaram novas abordagens e surgiram novas evidências empíricas sobre os impactos disruptivos causados pelas tecnologias emergentes, bem como novos modelos de negócio ao mercado de trabalho, às relações sociais e aos sistemas políticos.

Em seu novo livro, Schwab (2018, p. 29) relata que se complementa a quarta revolução industrial de duas maneiras:

Primeiro, destina-se a ajudar o leitor – desde líderes globais até cidadãos engajados – a “ligar os pontos”, abordando as questões por uma perspectiva sistemática, destacando as conexões entre as tecnologias emergentes, os desafios globais e as ações tomadas hoje. Segundo, permite que o leitor mergulhe mais profundamente no cerne de tecnologias específicas e nos tópicos de governança, ilustrados por exemplos recentes e sustentados pelas perspectivas dos principais especialistas do mundo (SCHWAB, 2018, p. 29).

Analisando as perspectivas desencadeadas pela quarta revolução industrial, Schwab (2018, p. 30) explica que não se deve considerar as tecnologias emergentes como “meras ferramentas” que estão completamente sob nosso controle consciente, nem como forças externas que não podem ser orientadas. Em vez disso, deve-se procurar entender como e onde os valores humanos estão incorporados às novas tecnologias e como elas podem ser moldadas para melhorar o bem comum, a gestão ambiental e a dignidade humana.

As novas tecnologias digitais estão expandindo no mundo material através das tecnologias da computação em nuvem, ligada a robôs (robótica em nuvem), sequenciadores genéticos, tecnologias vestíveis, *drones* e dispositivos de realidade virtual e aumentadas. As plataformas de inteligência artificial estão alimentando aplicações em todas as indústrias e

aumentando a capacidade de tomadas de decisão das empresas (Schwab, 2018, p. 112).

Assim, como as redes elétricas na segunda revolução industrial, na quarta revolução industrial, as tecnologias estão aproveitando a expansão da banda larga, a crescente disponibilidade de serviços na nuvem e a crescente velocidade e capacidade de processamento que tirará as tecnologias da tela e as colocará na produção industrial, na infraestrutura de transportes das cidades e nos dispositivos interativos (Schwab, 2018, p. 113).

Ocorre que, o uso extensivo de grande volume de dados; a crescente dependência dos algoritmos para a execução de tarefas, configuração de escolhas e tomada de decisões; e a redução gradual do envolvimento humano, ou mesmo a fiscalização sobre muitos processos automáticos, juntos, colocam questões prementes de equidade, responsabilidade, igualdade e respeito aos direitos humanos em risco (SCHWAB, 2018, p. 163).

Esses desafios servem como oportunidade para a promoção e o desenvolvimento da garantia ao respeito dos direitos humanos e dos valores que sustentam sociedades da informação abertas, pluralistas e tolerantes. É nesse ponto que, torna-se imperativo preservar o sigilo dos meios de comunicação.

Para encerrar o capítulo inicial, que se atendeu aos direitos fundamentais, faz-se necessário, para o desenvolvimento do trabalho, o estudo do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal Brasileira, que prevê, como regra, a inviolabilidade do sigilo dos meios de comunicação.

1.7 Sigilo dos meios de comunicação

A comunicação permite que a sociedade possa compartilhar informações entre si, por isso, configura-se como uma ferramenta de integração, instrução e desenvolvimento mútuos. Comunicar-se é uma ação de liberdade cuja realização social se efetiva tanto em manifestações individuais quanto coletivas.

A comunicação é indissociável das relações interpessoais da vida em sociedade. De acordo com Silva (2007, p. 90), o homem não vive concentrado apenas em seu espírito, não vive isolado, tendo “a viva tendência e necessidade de expressar e trocar suas ideias e opiniões com outros homens, de cultivar mútuas relações, seria mesmo impossível vedar, porque fora para isso necessário dissolver e proibir a sociedade”.

Para Miranda (1974, p. 170), a natureza jurídica de liberdade de pensamento em relação à comunicação pode ser observada a partir da gradação “liberdade de pensar, liberdade de não pensar; liberdade de emitir o pensamento, liberdade de não emitir o pensamento;

liberdade de emitir o pensamento para todos, liberdade de só o emitir para alguns ou para alguém, ou para si mesmo”. Nessa gradação, permite observar que a comunicação possui natureza jurídica de liberdade positiva de emitir o pensamento.

Segundo Silva (2007, p. 823), toda manifestação ou exteriorização do pensamento é forma de comunicação que pode dar-se entre interlocutores presentes ou ausentes. A comunicação entre interlocutores presentes, pode ser concretizada de pessoa a pessoa, como forma de diálogo ou conversação, como a comunicação entre dois amigos e a comunicação realizada por um casal.

No caso da comunicação entre ausentes, pode ocorrer entre pessoas determinadas, por meio de correspondência pessoal e particular sigilosa, como a carta, telegrama, telefone, entre outras que estejam ligados ao direito à privacidade (SILVA, 2007, p. 823).

Para o desenvolvimento do trabalho, importa a comunicação privada, que é desenvolvida entre pessoas, em que há o desejo ou a intenção de limitação de acesso ao conteúdo comunicado. A expectativa de sigilo é um elemento implícito à comunicação, somente sendo afastado quando voluntariamente o indivíduo torna público o conteúdo.

O conteúdo da comunicação privada não é disponibilizado a terceiros, mas caracterizado pela restrição de acesso àquilo que foi comunicado. Dessa forma, o conteúdo da comunicação privada fica reservado ao comunicador e ao destinatário da conversação, não sendo admitido acesso de outrem.

Nesse ínterim, é conveniente destacar que a comunicação ganhou novos contornos, na sociedade contemporânea, com o surgimento da internet, que viabilizou o estreitamento das fronteiras entre pessoas, possibilitando certa universalidade comunicacional em ambiente virtual, transcendendo os limites impostos pelo tempo e espaço. Nesse contexto, surgiram as comunicações de dados, que consistem em comunicações informáticas e telemáticas.

As comunicações informáticas se dão através de computadores, periféricos, *softwares*, e outros que possibilitam o processamento, o armazenamento e a comunicação de grandes quantidades de dados, nos formatos de texto, imagem e som. As comunicações telemáticas são resultantes do conjunto de tecnologias advindas das telecomunicações, como a telefonia, satélite, cabo e fibra.

O artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal Brasileira, prevê a inviolabilidade do sigilo das comunicações telegráficas e de dados. Considerando, na segunda parte do artigo, em último caso e através de ordem judicial, a violação à previsão legal, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A expressão “dados”, utilizada no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal

Brasileira, implica em comunicação dos fluxos de informática e telemática tratados na Lei n. 9.296/96. O direito ao sigilo do fluxo das comunicações de dados, que ocorrem especialmente no âmbito da Internet, obteve ascensão com a previsão legal na Lei 12.965/14, que previu no artigo 7º, inciso II, a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela Internet, salvo por ordem judicial.

O artigo 1º da Lei n. 9.296/1996 define o objeto de aplicação como sendo a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, e, no parágrafo único, a interceptação de comunicações em sistemas de informática e telemática. Desta forma, a Lei n. 9.296/1996 que previu a interceptação telefônica também regulamenta as mesmas regras para comunicações de dados, sejam elas, informáticas ou telemáticas.

Discorrendo sobre a interpretação do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, e a sua aplicação em comunicação dos fluxos de informática e telemática tratados na Lei n. 9.296/1996, o autor Rangel (2000) explica que o dispositivo constitucional está dividido em dois grupos, o primeiro abrange o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, e o segundo, o das comunicações telefônicas e de dados.

A expressão do artigo “último caso”, do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, compreende dados e comunicações telefônicas, pois do contrário, o legislador deveria ter dito: “sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas onde a expressão “último caso” teria como ponto de apoio somente a expressão isolada pela disjuntiva” (RANGEL, 2000).

Segundo o autor, o constituinte quis e permitiu a quebra do sigilo de dados, sejam dados das comunicações telefônicas ou quaisquer outros dados de comunicação, pois ao:

[...] defendermos tese diferente estaríamos imaginando que o Constituinte somente se preocupou com a comunicação via telefone deixando de fora a comunicação de dados sem o uso de telefone. Ou seja, o criminoso da era da informática, ou o criminoso via satélite, ou da fibra óptica, ou ainda o que utilizasse infravermelho estaria protegido diante da norma constitucional. Nada mais errado (RANGEL, 2000).

Com posição análoga, Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2018, p. 142) explicam que o debate doutrinário a respeito da questão faz surgir um outro ponto crítico, pois, salvo na hipótese da corrente que admite a quebra do sigilo das comunicações de dados, ainda que pela adoção do princípio da proporcionalidade:

[...] qualquer outra interceptação doutrinária fará com que os crimes praticados por meio da informática dificilmente sejam investigados no Brasil, tornando o país um verdadeiro paraíso do crime informático, por não se admitir o rastreamento de e-mails ou a quebra do sigilo de comunicação de dados (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2018, p. 142).

O direito à inviolabilidade do sigilo das comunicações, que, salvo se houver preenchimento da cláusula de exceção inserida na parte final do dispositivo, deve ser visto como um direito sem restrições.

O constituinte brasileiro de 1988 concebeu o direito ao sigilo dos meios de comunicação, fazendo inserir uma cláusula de exceção, por meio da qual delegou ao legislador ordinário o estabelecimento das hipóteses e das formas pelas quais se poderiam impor restrições ao direito, a saber, desde que o faça para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Tal delegação foi cumprida pelo legislador infraconstitucional por meio da Lei nº 9.296/96, que previu a interceptação telefônica, que também regulamenta as mesmas regras para comunicações da informação.

Ante a previsão constitucional do artigo 5º, inciso XII, e a promulgação da Lei nº 9.296/96, constata-se que não impuseram ao sigilo das comunicações de informáticas e telemáticas uma inviolabilidade absoluta, posto que a medida de violação das comunicações informáticas e telemáticas é uma providência cautelar que constitui um meio de obtenção de prova típico, sendo seu resultado uma fonte de prova de investigação criminal ou instrução processual penal.

A fim de especificar a utilização da prova obtida pela violação ao sigilo dos meios de comunicação é que passar-se-á para o Segundo Capítulo deste trabalho.

2 TEORIA GERAL DA PROVA PENAL

Não obstante ao conteúdo apresentado no primeiro capítulo referente à preservação dos direitos fundamentais inerentes à personalidade e aos direitos humanos, no Estado Democrático de Direito, observa-se, neste segundo capítulo, o direito fundamental à produção da prova penal. A observância da teoria geral da prova será fundamental para a garantia da preservação dos direitos constitucionais e processuais penais, sobretudo, para o investigado.

A prova é a demonstração que uma afirmação ou um fato são verdadeiros ou falsos. Tal finalidade para o direito é a formação da convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoccorrência de certos fatos para a solução do caso concreto. O direito fundamental à prova tem fundamento constitucional na garantia do devido processo legal, a teor do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, em seu sentido formal, por ter relação com a possibilidade de introduzir no processo as demonstrações de suas alegações sem qualquer vedação, a menos que prevista em lei.

Há, ainda, fundamento para o direito constitucional à prova o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, o qual estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Assim, pode-se considerar a existência de direitos fundamentais expressos não impedirem a existência de outros previstos em tratados internacionais firmados pelo Brasil.

Quanto aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, o direito à prova é assegurado pelo Pacto de São José da Costa Rica, pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e pela Declaração de Direitos e Liberdades Fundamentais. Esses documentos internacionais foram incorporados ao ordenamento jurídico interno e passaram a integrar o catálogo dos direitos fundamentais, trazendo novos dados normativos que auxiliam no reconhecimento do direito à prova.

A utilização da prova penal obtida através da violação do segredo das comunicações deverá se pautar nas regras constitucionais e processuais penais quanto ao meio de prova. Ante a relevância da aplicação da teoria geral da prova para o meio de prova especificado, inicia-se o segundo capítulo com a análise dos princípios que regem a atividade probatória.

2.1 Princípios que regem a atividade probatória no âmbito do processo penal brasileiro

Os princípios jurídicos são os pilares, as bases do ordenamento, servindo como mandamentos do sistema processual penal. Para a efetivação da norma no processo penal, o intérprete não pode prescindir de uma visão principiológica.

Dessa maneira, os princípios apresentados a seguir servirão de estrutura sobre a qual se construirá a atividade probatória, posto que regem a atividade probatória e, por isso, deverão ser observados durante a fase de investigação criminal e processual penal, a fim de que sejam obedecidos princípios constitucionais e infraconstitucionais no tocante à aplicação da lei.

2.1.1 Princípio da livre convicção do juiz ou da persuasão racional do juiz

A produção da prova no processo penal objetivará formar a convicção do juiz a respeito da existência ou inexistência dos fatos e situações relevantes para a sentença. A prova possibilitará o desenvolvimento do processo enquanto reconstrução de um fato pretérito. Nesse momento, reconstruídos os fatos, surge a questão referente à apreciação da prova.

Há, historicamente, três princípios que orientam a regência da prova pelo juiz:

(i) o valor das provas é dado pelo juiz que, livremente, empresta a ela a sua subjetividade: trata-se do princípio da convicção íntima ou certeza moral; (ii) o valor das provas é atribuído taxativamente pela lei: trata-se do princípio da certeza legal ou tarifamente legal; (iii) o valor das provas é atribuído livremente pelo juiz, a partir de sua convicção pessoal, porque não há como ser diferente, na estrutura atual do processo, mas todas as decisões devem ser fundamentadas: trata-se do princípio do livre convencimento ou da convicção racional (COUTINHO, 1998, p. 196).

Com referência ao embasamento sobre a matéria, é necessário destacar que muitas legislações consideraram a possibilidade de o juiz incorrer em erro na valoração dos meios de prova utilizados, motivo pelo qual foi fixada na lei uma hierarquia de valores referentes a tais meios (COUTINHO, 1998, p. 196).

No sistema processual inquisitório medieval, por exemplo, a confissão, no topo da estrutura, era considerada prova plena, tudo como fruto do tarifamento previamente estabelecido. Observava-se a transferência de valor do julgador à lei, a fim de evitar-se manipulações, já que existiria a garantia de proteção ao arguido contra os abusos recorrentes da subjetividade. Entretanto, tal funcionamento se configurou apenas retórico, na medida em que a história demonstrou que a tortura irrestrita foi utilizada como meio de forjamento de provas

(COUTINHO, 1998, p. 196).

Observada tal problemática, após a Revolução Francesa, passou-se a sustentar que o valor e força dos meios de prova não podem ser aferidos a priori, com base em critérios legais, mas tão-só a partir da análise do caso concreto (COUTINHO, 1998, p. 196). Passou-se a substituir, paulatinamente, o princípio da valoração legal das provas pelo princípio da livre apreciação delas pelo juiz, com a devida fundamentação. Segundo Coutinho (1998, p. 196), “teríamos chegado, com o livre convencimento, à fase científica”.

No Brasil, de acordo com o artigo 155 do Código de Processo Penal, adotou-se o princípio da livre convicção do juiz ou da persuasão racional do juiz, que confere ampla liberdade ao magistrado para formar seu convencimento, sem subordinar-se a critérios predeterminados pela lei acerca do valor que se deve atribuir a cada um dos meios de prova.

Além disso, segundo orientação do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, o juiz deve fundamentar a sua decisão de maneira a demonstrar que seu convencimento é produto lógico da análise crítica dos elementos de convicção existentes nos autos. Destarte, compete ao juiz da causa valorar com ampla liberdade os elementos de prova constantes dos autos, desde que o faça motivadamente, com o que se permite a aferição dos parâmetros de legalidade e de razoabilidade adotados nessa operação intelectual.

O livre convencimento do magistrado é limitado, pois, pela proibição de o juiz fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, conforme prevê o artigo 155, caput, segunda parte, do Código de Processo Penal, já que em tal etapa não é garantido o exercício do contraditório, prerrogativa de estatura constitucional, de acordo com o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Portanto, para que possa formar sua convicção em relação a determinado fato ou circunstância, o juiz deve valer-se, necessariamente, de algum elemento de convicção produzido ou reunido perante o juízo ou tribunal, mostrando-se a prova colhida na fase investigatória, portanto, ineficaz para, de forma isolada, servir de lastro para a decisão.

Nesse sentido, explica Nucci (2014, *E-book*) que “a fundamentação da decisão judicial, mormente condenatória, não pode calcar-se exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação”. Ademais, se a decisão judicial for proferida com base única em fatores extraídos do inquérito policial, por exemplo, seria, no mínimo, inconstitucional, por não respeitar as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Por evidente, o princípio da livre convicção do juiz não deve implicar numa valoração arbitrária da prova por parte do magistrado:

[...] se a apreciação é na verdade, discricionária, tem evidentemente esta discricionariedade (como já dissemos que a tem toda a discricionariedade jurídica) os seus limites que não podem ser licitamente ultrapassados: a liberdade de apreciação da prova é, no fundo, uma liberdade de acordo com um dever – o dever de perseguir a chamada <<verdade material>> -, de tal sorte que a apreciação há de ser, em concreto, reconduzível a critérios e, portanto, em geral susceptível de motivação e de controlo (possa embora a lei renunciar à motivação e ao controlo efetivos) (DIAS, 1974, p. 202).

Coutinho (1998, p. 197) critica tal princípio e diz que “faz-se imprescindível reconhecer que o princípio do livre convencimento pode ser manipulado pelo julgador, razão por que a consciência de tanto é necessária a fim de controlar-se, dando efetividade à garantia constitucional”. Segundo Coutinho (1998, p. 197), geralmente, quando chega o momento de proferir a sentença penal, o juiz já decidiu se condenará ou absolverá o réu. O juiz chega à essa decisão por vários motivos, nem sempre lógicos ou derivados da lei, muitas vezes, a tendência de condenar está fortemente influenciada pela extensão da folha de antecedentes do réu.

Sobre a pauta, para Lopes Junior (2012, *E-book*), na análise do alcance da liberdade que o julgador tem para formar sua convicção:

Ela se refere à não submissão do juiz a interesses políticos, econômicos ou mesmo à vontade da maioria. A legitimidade do juiz não decorre do consenso, tampouco da democracia formal, senão do aspecto substancial da democracia, que o legitima enquanto guardião da eficácia do sistema de garantias da Constituição na tutela do débil submetido ao processo (LOPES JUNIOR, 2012, *E-book*).

Para que possa existir efetividade do princípio da livre convicção do juiz ou da persuasão racional do juiz, faz-se necessário, dentre outros aspectos, o contraditório dentro do processo penal. Nesse contexto, passemos a análise do próximo princípio na atividade probatória.

2.1.2 Princípio do contraditório

O princípio do contraditório está previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal. A previsão constitucional estabelece que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral é assegurado o contraditório, com os meios e recursos a ele inerentes. Nesse sentido, quando uma das partes faz uma alegação, há de ser ouvida também a outra, dando-lhe oportunidade de resposta.

Convém destacar que o princípio do contraditório estabelece a necessidade de garantir

a ambas as partes o direito de presenciar a produção das provas ou de conhecer o seu teor, de manifestar-se sobre elas e, ainda, de influir no convencimento do juiz por meio da produção de contraprova. Segundo o autor Tourinho Filho (2012, p. 236), o princípio do contraditório permite que, após produzida a prova, a parte adversa tem o direito constitucional de poder manifestar-se sobre ela.

Traduz-se na necessidade de se dar às partes a possibilidade de exporem suas razões e requererem a produção das provas que julgarem importantes para a solução do caso penal. A audiência realizada de modo paritário entre as partes é vital à própria existência do processo (COUTINHO, 1998, p. 187).

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado entre partes contrapostas. O ato de contradizer a versão afirmada na acusação é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética (LOPES JUNIOR, 2012, *E-book*).

Assim, o juiz deve ouvir ambas as partes, sob pena de parcialidade, na medida em que pode ter conhecido apenas metade do que deveria. O princípio do contraditório é observado quando se criam as condições ideais de fala e oitiva de ambas as partes, ainda que uma delas não queira utilizar-se de tal faculdade.

Numa visão contemporânea, o contraditório engloba o direito das partes de debater frente ao juiz. Segundo o autor Lopes Junior (2012, *E-book*), não é suficiente que tenham a faculdade de ampla participação no processo:

[...] é necessário também que o juiz participe intensamente (não confundir com juiz-inquisidor ou com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz), respondendo adequadamente às petições e requerimentos das partes, fundamentando suas decisões (inclusive as interlocutórias), evitando as atuações de ofício e as surpresas. Ao sentenciar, é crucial que observe a correlação acusação-defesa-sentença (LOPES JUNIOR, 2012, *E-book*).

O autor Coutinho (1998) também faz um alerta quanto ao princípio do contraditório, e diz que a sua aplicação depende:

[...] sobremaneira, em primeiro lugar, do conhecimento do órgão julgador e, depois, do rigor que impõe a si mesmo ao respeito pela garantia constitucional, até porque os princípios relativos às invalidades abrem um campo tão amplo de ação a ponto de, se bem operados, quase tornar possível a invalidade (COUTINHO, 1998, p. 188).

Coutinho (1998, p. 188), usando como exemplo o artigo 563 do Código de Processo Penal, explica que não há nulidade sem prejuízo no processo, em que prejuízo, sendo um conceito indeterminado, vai encontrar seu referencial semântico naquilo que entender o julgador; e aí não é difícil perceber, manuseando as compilações de julgados, que não raro expressam decisões teratológicas.

Em que pese o contraditório ser princípio que, em regra, se aplica no curso da ação penal, há literatura sustentando sua aplicação também na fase de investigação criminal, mais precisamente no inquérito policial.

O inquérito policial é um procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pela autoridade policial. Consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa com o fito de realizar a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e à materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

Considerando o exposto, Nucci (2014) entende que é necessário aplicar o princípio do contraditório na fase de investigação quando:

A Constituição Federal, através dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, seria maculada quando uma prova, possível de ser concretizada em juízo, fosse antecipada para a fase extrajudicial, valendo, posteriormente, como meio de prova contra o réu (NUCCI, 2014, *E-book*).

Além disso, Nucci (2014, *E-book*) relata ser verdade que muitos sustentam, em nosso país, ser a natureza do inquérito a de um procedimento meramente preparatório, formador da opinião do representante do Ministério Público, porém, na prática, terminam conferindo validade e confiabilidade àquilo que foi produzido pela polícia judiciária. Para firmar o seu entendimento, o autor afirma ser suficiente a observação das referências feitas pelas sentenças condenatórias:

[...] basta ver as referências que as sentenças condenatórias costumam fazer aos depoimentos colhidos na fase extrajudicial, muitas vezes dando maior credibilidade ao que teria dito a vítima, o réu – à época, indiciado – ou alguma testemunha à autoridade policial do que ao magistrado (NUCCI, 2014, *E-book*).

Segundo Nucci (2014, *E-book*), provoca um sério erro pensar que o inquérito é um procedimento meramente preparatório, pois, “o que se apregoa na teoria não é seguido na

prática, desacreditando no sistema processual e tornando letra morta as garantias fundamentais, previstas na Carta Magna” (NUCCI, 2014, *E-book*).

Nesse sentido, no caso de as provas merecerem ser colhidas com rapidez, outras formas de desenvolvimento do inquérito, alheadas às modificações e aos princípios que o regem, precisam ser empreendidas. (NUCCI, 2014, *E-book*). Enquanto isso não se der, admite-se que sejam válidas em juízo somente as provas periciais, impossíveis de serem postergadas, como ocorre com o exame de corpo de delito. E, mesmo assim, estão sujeitas ao crivo da defesa, que, em juízo, pode postular o refazimento, na medida em que for possível, indicando assistente técnico, ou requerer esclarecimentos ao perito, quando necessário e demonstrado o prejuízo ao réu (NUCCI, 2014, *E-book*).

Nesse mesmo compasso, Gomes Filho (1997, p. 149) entende ser cabível o contraditório em fase de inquérito policial.

Ainda, a fim de oportunizar ao investigado um inquérito policial revestido pelo contraditório e ampla defesa, garantindo ao acusado o direito à igualdade entre as partes como previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, em 12 de janeiro de 2016, foi publicada a Lei n. 13.245/16, que versa sobre esse assunto, abordando a possibilidade do contraditório e da ampla defesa durante a fase preliminar de investigação. A lei altera dispositivos do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, a fim de ampliar os direitos dos advogados acessarem os autos da investigação, para acompanharem todas as oitivas na fase investigativa.

Além da lei, a Súmula Vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal denota compreensão equivalente ao acesso do advogado aos autos da investigação criminal, prevendo ser direito do advogado o amplo acesso aos elementos de prova que se encontrem nos autos do inquérito policial, apresentando-se tal intento como corolário do direito de defesa do indiciado.

Diferentemente da literatura que admite o contraditório na fase de investigação, Tourinho (2012, p. 76) explica que, no inquérito policial, “não se pode invocar o princípio da *par conditio* – igualdade de armas. Todos sabemos que não se admite decreto condenatório respaldado, exclusivamente, nas provas apuradas na etapa pré-processual. A Autoridade Policial não acusa; investiga”. Nesse sentido, para o autor, as provas e os indícios apurados durante o inquérito policial servem de subsídio na análise da conduta delitiva. O magistrado, já durante o curso da ação penal, pode analisar os elementos apurados no inquérito policial com os complementares aos outros indícios obtidos através do contraditório.

Complementarmente, porém, é necessário sublinhar a existência do contraditório diferido, que será aplicado na hipótese de produção de provas cautelares sigilosas. Nesses

casos, o sigilo é indispensável no ato da produção da prova, para viabilizar uma prova robusta e eficaz. O contraditório diferido ocorrerá após findada a produção da prova cautelar, momento em que o acusado terá o direito de conhecer as provas ali produzidas. Desse modo, não haveria prejuízo a seus interesses.

As provas cautelares sigilosas podem ser produzidas tanto na fase da investigação criminal, como no curso da instrução processual penal e, especificamente a interceptação das comunicações de dados, estão sujeitas ao contraditório diferido. A interceptação das comunicações de dados está regulamentada na Lei n. 9.296/1996, e o artigo 1º, *caput*, prevê a forma sigilosa para a produção da prova.

Na interceptação das comunicações de dados, o investigado tem as suas comunicações interceptadas, por essa razão, não poderá ter conhecimento da produção da prova, ou, do contrário, evitará qualquer comunicação que possa prejudicá-lo, e, conseqüentemente, a diligência será inútil. Nesse caso, ocorrerá o contraditório diferido e a prova obtida, por meio da violação do sigilo das comunicações informáticas e telemáticas, será utilizada contra o investigado, podendo ser contraditada apenas posteriormente à sua produção.

A adoção do contraditório diferido em casos excepcionais que possuem urgência e perigo de ineficácia da medida, nos termos do artigo 282, §3º, do Código de Processo Penal, justifica-se em virtude “dos interesses do Estado no exercício do *jus persecutionis*, manifestando-se imprescindível a tutela cautelar para que ela não perca o denominado efeito *surpresa* (às vezes necessário para atender a fins processuais)” (CÂMARA, 2011, p. 74). Nessas condições, portanto, mostra-se “razoável a adoção do denominado contraditório diferido” (CÂMARA, 2011, p. 76).

No âmbito do contraditório no processo penal brasileiro, impera o princípio da comunhão dos meios de prova, conforme subitem desenvolvido a seguir.

2.1.3 Princípio da comunhão dos meios de prova

De acordo com o princípio da comunhão dos meios de prova, uma vez produzida, a prova poderá ser utilizada por qualquer uma das partes, independentemente de qual dos litigantes a indicou ou introduziu no processo. Tourinho Filho (2012, p. 236) relata que uma vez produzida a prova, esta pode ser aproveitada tanto pela acusação como pela defesa, inclusive, pelo juiz.

O princípio da comunhão dos meios de provas não suscita complexas questões na

doutrina. O princípio determina que uma prova produzida passa a ser do processo, pouco importando se o responsável pelo requerimento ou determinação de sua produção tenha sido o autor, réu, ou mesmo o juiz de ofício.

Além disso, outros sujeitos processuais poderão ter requerido a produção de uma prova, como os terceiros intervenientes ou o Ministério Público como fiscal da lei. A prova não possui uma identidade subjetiva, pouco importando quem tenha sido responsável por sua produção. Uma vez produzida a prova, pouco importa quem foi o responsável pelo seu ingresso no processo, a mesma gerará efeitos para todos os sujeitos processuais indistintamente.

2.1.4 Princípio da oralidade

O princípio da oralidade consagra a preponderância da linguagem falada sobre a escrita em relação aos atos destinados a formar o convencimento do juiz. Para exemplificar, de acordo com o artigo 405, §1º, do Código de Processo Penal, sempre que possível, serão realizados de forma oral o depoimento do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas, com a utilização de meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar.

Quanto ao princípio da oralidade, Tourinho (2012, p. 236) explica que normalmente as provas são produzidas oralmente, por isso a oralidade na colheita das provas em audiência corroborará para que o juiz tenha contato direto com as partes e as provas, recebendo assim, também de maneira direta, o material e os elementos de convicção nos quais se baseará o julgamento.

2.1.5 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade das provas está previsto no artigo 93, IX, da Constituição Federal e garante que a instrução seja acompanhada pelos sujeitos processuais, bem como pelo público, vedando, assim, qualquer atividade secreta.

O artigo 5º, inciso LX, da Constituição Federal, também consagra o princípio da publicidade, ao passo que estabelece que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

Ademais, determina o artigo 8º, §5º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que o processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

A publicidade surge como uma garantia individual, determinando que os processos

penais e as provas a ele inerentes sejam, em regra, públicos, para evitar abusos dos órgãos julgadores, limitar formas opressivas de atuação da justiça criminal e facilitar o controle social sobre o Judiciário e o Ministério Público.

Excepcionalmente, de acordo com o artigo 201, §6º, do Código de Processo Penal, o juiz poderá determinar o segredo de justiça, para tutela dos direitos da personalidade, como o direito à intimidade, vida privada, honra ou imagem do ofendido, o segredo de justiça e relação a dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a respeito da vítima, evitando, desta forma, sua exposição aos meios de comunicação.

Constitui, ainda, caso excepcional ao princípio da publicidade, presente em legislação infraconstitucional, o segredo de justiça, como é o caso do artigo 1º da Lei n. 9.296/1996. A referida lei prevê o procedimento de interceptação telefônica e de dados em comunicações de informática e telemática.

Ademais, a Resolução do Conselho Nacional de Justiça, número 59, de 9 de setembro de 2008, no seu artigo 1º, estabelece que as rotinas de distribuição, registro e processamento das medidas cautelares serão de caráter sigiloso em matéria criminal, cujo objetivo seja a interceptação de comunicações telefônicas, de sistemas de informática e telemática.

Nesse caso, o segredo de justiça versará sobre a prova colhida em investigação criminal e em instrução processual penal. Consiste no material da interceptação telefônica e de dados em comunicações de informática e telemática. De acordo com Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997):

Que as operações técnicas de interceptação devam ser cobertas pelo segredo de justiça não se discute. É da própria natureza da captação e gravação da conversa telefônica o sigilo a respeito de sua realização. O art. 8.º, *caput*, alusivo ao “sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas”, só pode dizer respeito aos momentos anteriores à atuação, em apartado, acima referida. Mas, após a atuação, não pode haver sigilo para as partes, e muito menos para a defesa. Não há lugar para prova secreta no processo acusatório [...] (GRINOVER; FERNADES; GOMES FILHO, 1997, p. 190).

Não obstante, os artigos 16 e 17 da Resolução número 59 do Conselho Nacional de Justiça constituem obrigação de sigilo dos agentes públicos, quanto à interceptação:

Art. 16. No recebimento, movimentação e guarda de feitos e documentos sigilosos, as unidades do Poder Judiciário deverão tomar as medidas para que o acesso atenda às cautelas de segurança previstas nesta norma, sendo os servidores responsáveis pelos seus atos na forma da lei.
Parágrafo único. No caso de violação de sigilo de que trata esta Resolução, o magistrado responsável pelo deferimento da medida determinará a imediata

apuração dos fatos.

Art. 17. Não será permitido ao Magistrado e ao servidor fornecer quaisquer informações, direta ou indiretamente, a terceiros ou a órgão de comunicação social, de elementos sigilosos contidos em processos ou inquéritos regulamentados por esta Resolução, ou que tramitem em segredo de Justiça, sob pena de responsabilização nos termos da legislação pertinente (RESOLUÇÃO N. 59, CNJ, 2008).

Após a autuação em apenso e antes da inutilização dos trechos de conversa impertinentes e irrelevantes à apuração dos fatos, o segredo de justiça ainda é válido para preservar a intimidade de terceiros. Mas, após a degravação e a retirada, da transcrição, dos trechos que não dizem respeito aos fatos a serem provados, não há nenhum sentido em manter-se o sigilo (GRINOVER; FERNADES; GOMES FILHO, 1997, p. 190).

O segredo de justiça da prova sigilosa colhida através da interceptação telefônica e de dados em comunicações de informática e telemática deve perdurar, de acordo com interpretação do artigo 8, *caput*, da Lei n. 9.296/1996, até a degravação e a retirada, da transcrição, dos trechos que não dizem respeito aos fatos a serem provados.

Explicam Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997, p. 191) que “deve ser interpretada a restrição à publicidade prevista no inc. LX do art. 5º da CF, nos expressos termos do dispositivo no inc. IX do art. 93 da mesma Constituição”.

Se o segredo de justiça da prova ocorrer na fase de inquérito policial, o contraditório será diferido. Conforme analisado no item 2.1.2 deste trabalho, o contraditório diferido é aplicado no processo penal porque poderia colocar em risco a própria utilidade do ato investigativo no inquérito policial. O investigado poderá contestar a prova produzida no inquérito policial sob segredo de justiça, na fase processual.

2.1.6 Princípio do privilégio contra a autoincriminação

O princípio do privilégio contra a autoincriminação confere ao investigado ou acusado o direito de abster-se de praticar qualquer conduta que possa acarretar a obtenção de prova em seu desfavor. Também conhecido como *nemo tenetur se detegere*, tem caráter essencialmente negativo, pois consagra um direito de não fazer, de não colaborar.

Segundo Tourinho Filho (2012, p. 298), o princípio *nemo tenetur se detegere* consiste no direito de calar-se, sem que a autoridade possa extrair desse silêncio qualquer indício de culpa. Consiste na garantia constitucional do indivíduo de permanecer em silêncio na persecução do Estado a um ilícito, independentemente de sua natureza, conforme disposto

no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal.

O princípio do privilégio contra a autoincriminação envolve o direito ao silêncio. Consiste em garantia integrante do devido processo legal, artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, e emana do princípio da presunção de inocência elencado no artigo 5º, inciso LVII do mesmo diploma legal.

A previsão no Código de Processo Penal está presente no artigo 186. O dispositivo prevê que, depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder a perguntas que lhe forem formuladas. O parágrafo único do diploma estabelece que o silêncio não importará em confissão e não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Quanto ao direito ao silêncio, Tourinho Filho (2012, p. 305) relata que “o acusado tem a faculdade de responder, ou não, às perguntas que lhe forem formuladas pelo Juiz. É a consagração do direito ao silêncio que lhe foi conferido constitucionalmente como decorrência lógica do princípio de *nemo tenetur se detegere* e do da ampla defesa”.

Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997, p. 81) explicam que, no momento do interrogatório do acusado ou mesmo em suas declarações espontâneas perante o órgão estatal, os depoimentos e declarações somente serão válidos desde que tenha havido informação sobre o direito de se calar.

A ausência de informação do direito ao silêncio implica nulidade do interrogatório, a qual, por sua vez, pode assumir duas dimensões:

[...] a mais grave, consubstanciada na nulidade de todo o processo, a partir do interrogatório, se, no caso, o ato viciado redundou no sacrifício da autodefesa e, conseqüentemente, da defesa como um todo. Ou, na dimensão mais moderada, pela invalidade do interrogatório, com sua necessária repetição, mas sem que os atos sucessivos fiquem contaminados, se se verificar que o conteúdo das declarações não prejudicou a defesa como um todo e os atos sucessivos (GRINOVER; FERNANDES e GOMES FILHO, 1997, p. 81).

Haverá que verificar se a advertência quanto à possibilidade de o silêncio ser interpretado em prejuízo da defesa pode ter induzido o acusado a falar contra sua vontade. O exame concreto de circunstâncias (como o contato do acusado com o defensor, antes do interrogatório, o estado social e cultural do acusado, a sua personalidade) poderá levar à conclusão correta quanto às conseqüências do vício, isto é, se houve ou não indução. Trata-se de constatar-se o prejuízo para a autodefesa, podendo chegar-se à declaração da nulidade,

total ou parcial do relato (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1997, p. 82).

Nesse sentido, àquele que estiver perante uma autoridade pública dentro de um procedimento investigatório, é lícito não produzir provas contra si mesmo, dada a existência do direito de não incorrer em autoincriminação. O direito de permanecer calado significa também o direito de não declarar contra si próprio, direito de não confessar, direito que não ceder seu corpo para produção de prova etc.

O princípio do privilégio contra a autoincriminação que faz parte da autodefesa e possui várias dimensões, como o direito ao silêncio; o direito de não colaborar com a investigação ou com a instrução criminal; o direito de não declarar contra si mesmo; o direito de não confessar; o direito de declarar o inverídico, sem prejudicar terceiros, e o direito de não apresentar provas que prejudiquem sua situação jurídica. Além disso, pode o acusado ou o réu não produzir ou não contribuir ativamente para a produção de provas contra si mesmo; direito de não praticar nenhum comportamento ativo que lhe comprometa; direito de não participar ativamente de procedimentos probatórios incriminatórios.

Ocorre que, nenhum indivíduo pode ser obrigado, por qualquer autoridade ou mesmo por um particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação, declaração, dado, objeto ou prova que o incrimine direta ou indiretamente. Qualquer tipo de prova produzida contra o réu só terá validade se o ato ocorrer de forma voluntária e consciente. Por conseguinte, são intoleráveis a fraude e/ou a coação física ou moral.

O silêncio do acusado assume dimensão de verdadeiro direito, cujo exercício há de ser assegurado de maneira plena, sem poder vir acompanhado de pressões, diretas ou indiretas, destinadas a induzir o acusado a prestar depoimento (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1997, p. 80).

O juiz e também o delegado no interrogatório policial devem deixar ao acusado a mais ampla liberdade, quando não quiser indicar as razões pelas quais prefere o silêncio, adaptando com sensibilidade e bom senso o disposto na lei. O direito ao silêncio deve ter seu pleno exercício, não podendo haver pressões ou sanções que limitem o pleno exercício de um direito constitucional (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1997, p. 81).

O acusado é o único julgador da conveniência, ou não, de responder, isso firmado ninguém pode impedir-lhe o exercício desse direito, muito menos ameaçá-lo sob a alegação de que o silêncio poderá prejudicar a sua defesa (TOURINHO FILHO, 2012, p. 306).

Nesse sentido, Tourinho Filho (2012, p. 306) explica que é possível que o Magistrado tenha uma impressão desfavorável quando o acusado ficar em silêncio, entretanto, não se pode admitir que tal impressão se converta em indício para um decreto condenatório.

Complementar, Nucci (2014, *E-book*) enfatiza que o processo penal deve ter instrumentos suficientes para comprovar a culpa do acusado, sem a menor necessidade de se valer do próprio interessado para compor o quadro probatório da acusação.

Além do direito ao silêncio estar previsto em nossa Constituição e no Código de Processo Penal, é importante destacar sua previsão também em tratados internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 8º, n. 2, alínea g, e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 14, n. 3, alínea g. Ambos os documentos também se referiram expressamente ao princípio do direito ao silêncio, que estabelece o direito de não produzir provas contra si mesmo à toda pessoa acusada de um crime.

O princípio do privilégio contra a autoincriminação é válido tanto para a fase investigatória, qualquer que seja ela, como para a fase processual. Vale também perante qualquer outro juízo (por exemplo, o juízo trabalhista, civil e administrativo) desde que da fala ou do comportamento ativo do sujeito possa resultar uma persecução penal contra ele.

Na fase de julgamento do réu, Nucci (2014, *E-book*) ratifica que “o silêncio jamais deve compor o contexto de argumentos do julgador para sustentar a condenação do acusado”. Em suma, o silêncio não poderá ser interpretado em desfavor do réu.

Assim como o silêncio do acusado assume dimensão de direito, o princípio da presunção de inocência também impera no processo penal brasileiro, como será exposto no próximo subitem desta seção.

2.1.7 Princípio da presunção de inocência

A presunção de inocência está expressamente consagrada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. O princípio da presunção de inocência, também conhecido como princípio da não-culpabilidade, estabelece que toda pessoa acusada de infração deve ser reconhecida como inocente até que se comprove sua culpa perante a lei, através do trânsito em julgado de uma decisão. Isso impede que um cidadão seja acusado injustamente e ao mesmo tempo protege o restante da sociedade, dando uma garantia jurídica de que ele sofrerá as sanções necessárias se ficar provada a sua culpa.

Lopes Junior (2012, *E-book*) explica que “a complexidade do conceito de presunção de inocência faz com que dito princípio atue em diferentes dimensões no processo penal. Contudo, a essência da presunção de inocência pode ser sintetizada na seguinte expressão: dever de tratamento”.

Esse dever de tratamento, segundo Lopes Junior (2012, *E-book*), atua em duas dimensões, interna e externa ao processo. Dentro do processo, a presunção de inocência implica um dever de tratamento por parte do juiz e do acusador que deverão efetivamente tratar o réu como inocente, não usando das medidas cautelares e, principalmente, não olvidando que a partir dela se atribui a carga da prova integralmente ao acusador (LOPES JUNIOR, 2012, *E-book*).

Tal disposto se dá em decorrência do dever de tratar o réu como inocente, logo, a presunção deve ser derrubada pelo acusador. Na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência impõe limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado (diante do dever de tratá-lo como inocente) (LOPES JUNIOR, 2012, *E-book*).

Indaga-se se, quando o réu alega uma causa excludente da ilicitude, ele deve provar sua alegação. Sobre a pauta, Lopes Junior (2012, *E-book*) relata que, a partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu e muito menos o juiz tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução.

Na análise da prova, de acordo com o princípio da presunção de inocência, Ferrajoli (1997, p. 152) esclarece que a acusação tem a carga de descobrir hipóteses e provas, já a defesa tem o direito, mas não o dever, de contradizer. O juiz, que deve ter por hábito profissional a imparcialidade e a dúvida, tem a tarefa de analisar todas as hipóteses, aceitando a acusatória somente se estiver provada e, não a aceitando, se desmentida ou, ainda que não desmentida, não restar suficientemente provada.

Ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução da incerteza judicial, o princípio do *in dubio pro reo* corrobora a atribuição da carga probatória ao acusador e reforça a regra de julgamento, no sentido de não condenar o réu sem que sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada. A única certeza exigida pelo processo penal se refere às provas da autoria e da materialidade, necessárias para que se prolate uma sentença condenatória. Do contrário, em não sendo alcançado esse grau de convencimento, impõe-se a absolvição.

Ainda quanto à análise dos princípios que regem a atividade probatória, passar-se-á a análise do princípio da proibição da prova ilícita.

2.2 Princípio da proibição da prova ilícita

O tema prova ilícita ganhou ascensão, entre as preocupações fundamentais do direito processual moderno, em virtude do grande desenvolvimento da tecnologia que acabou por

interferir na vida privada, na intimidade e em questões de honra da pessoa humana, posto que o indivíduo se tornou mais vulnerável a violações.

O princípio da proibição da prova ilícita configura restrições ao direito à prova, a fim de não se admitir a sua produção em detrimento dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal. Segundo o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Sobre o assunto, Dinamarco (2002, p. 50-51) aponta que:

Provas ilícitas são as demonstrações de fatos obtidas por modos contrários ao direito, quer no tocante às fontes de prova, quer quanto aos meios probatórios. A prova será ilícita – ou seja, antijurídica e, portanto, ineficaz a demonstração feita – quando o acesso à fonte probatória tiver sido obtido de modo ilegal ou quando a utilização da fonte se fizer por modos ilegais. Ilícitude da prova, portanto, é ilicitude na obtenção das fontes ou ilicitude na aplicação dos meios. No sistema do direito probatório, o veto às provas ilícitas constitui limitação ao direito à prova. No plano constitucional, ele é instrumento democrático de resguardo à liberdade e à intimidade das pessoas contra atos arbitrários ou maliciosos (DINAMARCO, 2002, p. 50-51).

Portanto, a prova ilícita surge quando ocorrer violação de qualquer vedação constante no ordenamento jurídico. Pode ocorrer a ofensa à norma substancial, ou seja, as normas constitucionais ou legais; bem como a ofensa ao preceito processual. Ademais, a prova será ilícita toda vez que a sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Nesse sentido, a vedação à prova pode ser estabelecida quer pela lei processual ou pela norma material (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1997, p. 131).

Em consonância com tal entendimento, explica Fernandes (2010):

[...] a prova é vedada em sentido absoluto quando o direito proíbe em qualquer caso sua produção. Haverá prova vedada em sentido relativo quando, embora admitido o meio de prova, condiciona-se a sua legitimidade à observância de determinadas formalidades. A violação será sempre ilegal, mas a violação de uma proibição de natureza substancial torna o ato ilícito, enquanto a violação de impedimento de ordem processual faz com que o ato seja ilegítimo. Em síntese, a prova ilegal consiste em violação de qualquer vedação constante do ordenamento jurídico, separando-se em prova ilícita, quando é ofendida norma substancial, e prova ilegítima, quando não é atendido preceito processual (FERNANDES, 2010, p. 81-82).

Na esfera da prova ilícita, impõe-se ao legislador cuidado para, na concessão de mecanismos hábeis e eficiente repressão à criminalidade, não autorizar invasões desnecessárias ou desmedidas à vida da pessoa (FERNANDES, 2010, p. 81).

A distinção da vedação da prova ilegal é relevante, pois, segundo Luvolone *apud* Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997, p. 131) a violação do impedimento configura, em ambos os casos, uma ilegalidade.

Seja qual for a espécie de prova ilícita, prova ilegal que viole norma de direito constitucional ou norma legal; ou prova ilegítima, que viole norma de direito processual, sua utilização será sempre vedada, constituindo o reconhecimento de sua ineficácia importante mecanismo para evitar abusos e arbitrariedades pelos órgãos incumbidos da investigação.

2.2.1 Prova ilegal e prova ilegítima

A prova ilegal é a denominação empregada para designar a prova obtida por meio de violação de norma legal ou constitucional, de direito material. Nesse caso, a violação ocorreu independentemente da existência do processo. As provas são lícitas em si mesmas, no entanto, foram produzidas por meio ilegal¹.

O artigo 157 do Código de Processo Penal brasileiro prevê que provas ilegais são as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, portanto, são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo. Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997, p. 131) apontam que:

[...] a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade. Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, da CF) ou das comunicações (art. 5º XII, da CF); as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (art. 5º, III, da CF); as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, da CF) etc (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1992, p. 131).

De modo complementar, convém destacar que os autores Grinover, Fernandes e Gomes Filho reconhecem a prova ilegal como prova ilícita em sentido estrito, que possui natureza substancial quando, embora servindo imediatamente também a interesses processuais, é colocada essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1997, p. 131).

¹ Para exemplificar, tem-se como base a interceptação obtida sem prévia autorização legal. A Lei n. 9.296/96, no artigo 1º, parte final, regulamenta a interceptação de comunicações mediante ordem do juiz competente da ação principal. Não resguardar tal procedimento na ação causaria uma prova com vício de ordem material, pois haveria a violação da intimidade do indivíduo.

A prova ilegal viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este. Nesse sentido, a prova ilegal está diretamente vinculada com o momento da obtenção da prova, a título de exemplo, tem-se a confissão alcançada mediante tortura.

No que concerne à prova ilegítima, trata-se da obtida ou introduzida na ação por meio de violação de norma de natureza processual, consiste na prova que deriva de comportamento processualmente ilícito. Nesse caso, revolve-se pela declaração de nulidade do ato cumprido e da ineficácia da decisão que se fundar sobre os resultados do acerto.

Diversamente, a prova ilegítima é a que viola regra de direito processual no momento de sua produção em juízo, por exemplo, a oitiva de pessoas que não podem depor, como o caso de um advogado que não pode nada informar sobre o que soube no exercício da sua profissão; o interrogatório sem a presença de advogado; a coleta de um depoimento sem advogado.

A proibição possui natureza processual ou substancial da vedação, sendo que a proibição tem natureza exclusivamente processual quando for colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo, chamada de prova ilegítima (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1997, p. 131).

As provas ilegítimas são nulas e serão declaradas quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal, no momento da sua produção em juízo, no processo.

A prova será ilícita, ainda, como regra, por derivação, conforme especificar-se-á na subseção seguinte.

2.2.2 Prova ilícita por derivação

As provas ilícitas por derivação dizem respeito àquelas provas em si mesmas lícitas, mas a que se chegou por intermédio da informação obtida por prova colhida ilicitamente. As provas obtidas por meio ilícito contaminam as provas ulteriores que, embora produzidas licitamente, tenham se originado das primeiras.

Para que a prova derivada seja prova ilícita por derivação, é necessário demonstrar o nexo de causalidade entre a prova originariamente ilícita e a prova derivada. Nesse caso, a ilicitude da prova derivada tem total conexão com a ilicitude da prova originária.

Quando houver uma conexão relativa entre a prova derivada e a prova obtida por meio ilícito, não existe verdadeiramente a contaminação daquela, que poderá ser utilizada no processo penal. Quando a ligação entre a prova ilícita e a que dela deriva for de tal maneira

tênue, não há que se falar em derivação da prova ilícita. Apesar de haver uma conexão entre as provas, trata-se de uma conexão tênue, não suficiente para configurar a prova como derivada das demais provas ilícitas.

A inadmissibilidade da prova ilícita por derivação está consagrada no artigo 157, § 1º, primeira parte, do Código de Processo Penal brasileiro, ou seja, deverá ser excluída dos autos. Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997, p. 135) explicam que é o caso da confissão mediante tortura, na qual o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido. Um ato ilícito contamina outro ato, que dele dependa diretamente ou que lhe seja consequência. Se da confissão obtida por tortura encontra-se a *res furtiva* em razão do que foi confessado, essa segunda prova também é ilícita, por derivação.

A inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas leva em conta, precipuamente, o resguardo da pessoa humana e a unidade do ordenamento jurídico, portanto, sua aceitação constituiria estímulo à violação de direitos fundamentais da pessoa humana. Tal raciocínio é fundamentado na teoria dos frutos da árvore envenenada, cunhada pela Suprema Corte americana.

Em garantia aos direitos da pessoa humana, e, conseqüentemente, mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transfere-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo. Trata-se da referida teoria dos frutos da árvore envenenada, “segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1997, p. 135).

No entanto, a doutrina diverge da limitação imposta à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação. Segundo Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997, p. 135-136), excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita quando, a conexão entre umas e outras é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito; ou, ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo serem descobertas por outra maneira.

Explicam Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997, p. 136) que “fala-se, no primeiro caso, em *independente source* e, no segundo, na *inevitable discovery*”. Isso significa que se a prova ilícita não foi determinante para o descobrimento das derivadas, ou se as provas ilícitas derivadas decorrem de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo.

Articula Fernandes (2010, p. 87), dizendo que uma aplicação extremamente rígida da orientação do artigo 157, § 1º, primeira parte, do Código de Processo Penal brasileiro, não é adequada.

Pretendeu o legislador incorporar tais limitações ao direito brasileiro nos §§ 1.º e 2.º do art. 157, mas o fez de maneira infeliz, exigindo que tais dispositivos sejam cuidadosamente interpretados sob pena de se esvaziar a própria regra geral da inadmissibilidade das prova derivadas das ilícitas (FERNANDES, 2010, p. 87).

A primeira limitação consiste na exigência denexo de causalidade entre a prova ilícita e a dela derivada, assim, sem o nexo de causalidade não há contaminação de uma prova por outra. A segunda limitação do § 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal brasileiro materializa-se quando as provas derivadas das ilícitas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

2.2.3 Exceção da fonte independente para utilização da prova

As provas derivadas das ilícitas serão admissíveis quando obtidas através de fonte independente das ilícitas, conforme previsão do artigo 157, § 1º, do Código de Processo Penal brasileiro. Em tais casos, apenas aparentemente as provas secundárias derivam da ação ilícita, pois, na verdade, foram alcançadas em decorrência de meios lícitos².

Para definir o que significa fonte independente, o legislador utilizou o § 2º do artigo 157, permitindo ao magistrado, no exame de ilicitude de uma prova derivada, afastar o ilícito, com fundamento no juízo de probabilidade, pois a ela se poderia chegar por meios de investigação ou de instrução normalmente utilizados, mediante observância dos procedimentos legais.

A aplicação da prova por fonte independente da prova ilícita pressupõe a existência de duas vias de busca da prova, uma lícita e outra ilícita, em ambas se chega à prova derivada. A lei atribui validade à prova derivada da ação ilícita quando, embora existindo nexocausal entre ambas, trate-se de hipótese de descoberta inevitável³.

² O Superior Tribunal de Justiça, conquanto tenha reconhecido a invalidade da decisão judicial que autorizou a busca domiciliar na residência do acusado, declarou a validade das provas obtidas por meio de revista em sua casa, já que o réu foi preso em flagrante antes do início da execução da medida de busca e apreensão, circunstância que autoriza, por expressa previsão constitucional, o ingresso no domicílio a despeito da inexistência de autorização judicial. HC 106.571/PR – 5ª Turma – Rel. Min. Jorge Mussi – Julgamento 16.09.2010 – Publicação no Diário de Justiça Eletrônico 16.11.2010.

³ Ao apreciar a validade da utilização de documentos relativos à movimentação bancária de conta corrente de cotitularidade da acusada e de vítima falecida, obtidos sem autorização judicial, o Superior Tribunal de Justiça concluiu que “o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação do inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta era inevitável”. HC 52.995/AL – 6ª Turma – Rel. Min. Og Fernandes – Julg. 16.09.2010 – Publicação no Diário de Justiça Eletrônico 04.10.2010.

Fernandes (2010, p. 88) relata que isso é perigoso, pois viabiliza a prova derivada ser atingida por forma lícita de investigação, embora ela tenha sido alcançada a partir de uma prova ilícita.

Por isso, mister se dar aos preceitos orientação restritiva, somente de admitindo a exclusão da contaminação da prova derivada, quando existam duas linhas de investigação, uma lícita e outra ilícita, e, apenas de se atingir a prova derivada pela ilícita, se seria necessariamente alcançada a mesma prova por aquela lícita (FERNANDES, 2010, p. 88).

As duas exceções acima expostas diferenciam-se pela circunstância de que, enquanto a exceção da fonte independente exige que a prova contestável seja realmente obtida de forma legal, a exceção da descoberta inevitável exige que haja fundada convicção de que a prova, conquanto obtida ilegalmente, seria inevitavelmente descoberta por meios lícitos.

Existem, ainda, possibilidades da utilização da prova ilícita no processo penal brasileiro que consistem na proporcionalidade e a prova ilícita *pro reo*, em conformidade com o detalhamento da subseção seguinte.

2.2.4 A possibilidade da utilização da prova ilícita no processo penal: a proporcionalidade e a prova ilícita *pro reo*

A fim de regulamentar a violação de direitos fundamentais para produção de prova, o legislador constituinte vedou expressamente a admissibilidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos, no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

Nesse sentido, torna-se difícil o ponto de equilíbrio entre conceder poderes suficientes para o Estado enfrentar a criminalidade e garantir ao cidadão a sua tranquilidade, a sua privacidade e os seus direitos inerentes. Conforme explica Fernandes (2010):

Não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceder, em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em seus direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios ilícitos (FERNANDES, 2010, p. 81).

Segundo Fernandes (2010, p. 83), a doutrina defende a teoria da proporcionalidade, visando evitar a aplicação rígida do inciso LVI, do artigo 5º, “quando a ofensa a determinada

vedação constitucional é feita para proteção de valor maior também garantido pelo Constituição”. Fernandes (2010) defende a utilização do princípio da proporcionalidade para a admissão de provas ilícitas no processo penal. Isso porque, segundo o autor, “seria inaceitável que o acusado fosse condenado apenas porque a demonstração de sua inocência só pôde ser realizada por meio de prova obtida de forma ilícita” (FERNANDES, 2010, p. 84).

A possibilidade de admissão da prova ilícita no processo se dá diante da incongruência existente entre a segurança social em contraposição à liberdade individual, tendo em vista a questão do respeito e da defesa dos direitos fundamentais expressos constitucionalmente.

No mesmo sentido, Bonfim (2011, p. 362), por sua vez, aponta que, no caso da ocorrência de conflito entre princípios ou direitos no caso concreto, “[...] um dos métodos mais utilizados pela moderna hermenêutica para o correto solucionamento do impasse é o chamado 'princípio da proporcionalidade', que pode revestir-se de variantes mais ou menos aperfeiçoadas [...]”.

O princípio da proporcionalidade, segundo Bonfim (2011, p. 94), estabelece que a maneira adequada de resolver um conflito de interesses, envolvendo princípios constitucionais, legais ou direitos fundamentais é “[...] através de seu método, um controle intersubjetivo das ações do juiz-Estado ou de qualquer órgão estatal incumbido da aplicação do direito [...]”.

O princípio da proporcionalidade é aplicado, nesse contexto, para avaliar os valores dos bens jurídicos envolvidos na produção da prova ilícita e o fato que tal prova busca demonstrar ao juízo, conforme explica Fernandes (2010):

Em suma, a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada (FERNANDES, 2010, p. 85).

Diante disso, através de dois requisitos essenciais, a adequação e a necessidade, “[...] julga-se a admissibilidade ou não de determinados meios de prova, mitigando [...] as vedações às provas obtidas por meios ilícitos e das provas ilícitas por derivação, com filtro final da proporcionalidade em sentido estrito” (BONFIM, 2011, p. 95).

Há aceitação da utilização do princípio da proporcionalidade aos casos em que a prova da inocência do réu depende de prova produzida com violação a uma garantia constitucional. Isso porque, na ótica do direito de defesa, também assegurado constitucionalmente, admite-se a utilização da prova ilícita em consonância com o princípio do *favor rei* (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1992, p. 135).

A análise do caso concreto, levando-se em conta o princípio da proporcionalidade, o princípio constitucional da vedação das provas ilícitas pode vir a sucumbir diante de outros direitos tutelados que, para aquele caso específico são bem mais relevantes. Nesses casos, procura-se mitigar o aparente caráter absoluto do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, admitindo, a utilização no processo da prova ilícita.

A proibição da valoração da prova adquirida de forma ilícita, segundo o princípio da proporcionalidade, deve ser o resultado de apreciação judicial que, por sua vez, precisa considerar o interesse concreto da persecução em curso, o bem jurídico tutelado pela norma constitucional violada e a carência de tutela do interesse lesado.

Nesse sentido, após apreciar as peculiaridades do processo, se chegar ao consenso de que o bem jurídico tutelado guarda maior importância e valor do que o bem violado, na colheita da prova, é possível a admissibilidade de tais provas no processo. Ressalva-se, contudo, que tal apreciação seja feita à luz de um critério razoável, levando-se em consideração os valores dos bens jurídicos postos em questão, para que, assim, e pautado no princípio da proporcionalidade, seja possível afastar a vedação probatória e admitir as provas ilícitas e suas derivadas, em caráter excepcional no processo.

Admite-se, ainda, no processo penal brasileiro, a utilização da prova ilícita *pro reo*. A rigor, doutrina e jurisprudência têm admitido a possibilidade de utilização de prova ilícita no processo quando ela for produzida em benefício do acusado.

Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997, p. 136) relatam que preponderante é a posição que, conquanto contrária à admissibilidade processual das provas obtidas por meios ilícitos, abre exceção, no processo penal, à prova ilícita quando utilizada *pro reo*.

É ampla a aceitação da prova ilícita *pro reo*, cabendo sua aplicação aos casos em que a prova da inocência do réu depende de prova produzida com violação a uma garantia constitucional. Não se justificando, assim, a condenação, até mesmo a pena elevada de uma pessoa, quando há nos autos prova de sua inocência, ainda que tenha sido obtida por meios ilícitos (FERNANDES, 2010, p. 85).

Nesse sentido, relata Lopes Junior (2012):

[...] a prova ilícita poderia ser admitida e valorada apenas quando se revelasse a favor do réu. Trata-se da proporcionalidade *pro reo*, em que a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência) (LOPES JUNIOR, 2012, *E-book*).

Quanto à admissibilidade da prova ilícita a partir da análise da proporcionalidade *pro reo*, explica Lopes Junior (2012, *E-book*) que o réu estaria, quando da obtenção ilícita da prova, “acobertado pelas excludentes da legítima defesa ou do estado de necessidade, conforme o caso. Também é perfeitamente sustentável a tese da inexigibilidade de conduta diversa (excluindo agora a culpabilidade)”. Para o autor, tais excludentes afastariam a ilicitude da conduta e da própria prova, legitimando o seu uso no processo.

Fernandes (2010, p. 84) admite a utilização da prova ilícita quando o réu a obteve mediante interceptação telefônica não autorizada, em contradição, portanto, à Constituição Federal e à Lei n. 9296/1996, se esse é o único meio de que dispõe para provar a sua inocência. Nesse sentido, o autor explica que “seria inaceitável que o acusado fosse condenado apenas porque a demonstração de sua inocência só pôde ser realizada por meio de prova obtida de forma ilícita.”

Nesse mesmo sentido, Lopes Junior (2012, *E-book*) explica que a prova ilícita *pro reo* poderá ser aceita no processo penal quando o réu, “injustamente acusado de um delito que não cometeu, viola o direito à intimidade, imagem, inviolabilidade do domicílio, das comunicações etc. de alguém para obter uma prova de sua inocência.”

O princípio da proporcionalidade será utilizado, ainda, para resolver a colisão entre direitos fundamentais e restabelecer a paz jurídica.

Finda a análise dos princípios que regem a atividade probatória, inclusive do princípio da proibição da prova ilícita, passar-se-á ao estudo da prova e da verdade.

2.3 A prova e a verdade

O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de determinado fato histórico. A destinação do processo penal é proporcionar o conhecimento ao juiz por meio da reconstrução histórica dos fatos narrados. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará a reconstrução do fato pretérito, ou seja do crime.

A reconstrução de um fato através da prova, pressupõe, segundo Lopes Junior (2012, *E-book*), “a afirmação de um fato (passado), não sendo as normas jurídicas, como regra, tema de prova (por força do princípio *iura novit curia*)”.

Lopes Junior (2012, *E-book*) explica a ocorrência do “paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário: um juiz julgando no presente (hoje) um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã)”.

Badaró (2015, p. 377) explica que o processo penal envolve uma controvérsia fática. Há uma imputação de fatos penalmente relevantes pela acusação e a negativa de tais fatos pela defesa, surgindo o ponto mais difícil do processo, ou seja, proceder a reconstrução histórica dos fatos, de acordo com as regras legais que disciplinam a investigação, a admissão, a produção e valoração das provas.

Para Nucci (2013, p. 23), no plano jurídico, prova se destina a demonstração evidente da veracidade ou autenticidade de algo. Vincula-se, por óbvio, à ação de provar, cujo objetivo é tornar claro e nítido ao juiz a realidade de um fato, de um acontecimento ou de um episódio.

Oportuno enfatizar que os processos se dirigem a estabelecer se algo ocorreu e quem o realizou, cabendo às partes formular hipóteses, e ao juiz acolher a mais provável, com estrita observância de determinadas normas. Para isso, as provas serão as aliadas das partes para a comprovação de um fato alegado. Assim, Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997, p. 117) explicam que a prova constitui uma primeira aproximação, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência de certos fatos.

De acordo com Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997, p. 117), “toda pretensão prende-se a algum fato, ou fatos, em que se fundamenta. As dúvidas sobre a veracidade das afirmações feitas pelas partes no processo constituem as questões de fato que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova de acontecimentos pretéritos relevantes”.

Provar é fazer ver a exatidão e a autenticidade ou a fidelidade dos fatos que estão sob debate, sendo que esta verdade que se busca comprovar é, segundo Malatesta (2005, p. 25), “a conformidade da noção ideológica com a realidade”.

A palavra prova é polissêmica e seu estudo transcende ao Direito, envolvendo a Epistemologia, a Semiótica, a Psicologia e outras ciências afins. Em uma primeira aproximação, prova é tudo o que é apto a levar o conhecimento de alguma coisa a alguém. No entanto, esta é apenas uma das acepções do vocábulo prova. Tanto na linguagem comum quanto no campo do direito, a palavra prova possui outros significados. É comum indicar pelo menos três deles, que são a atividade probatória, o meio de prova e o resultado probatório (BADARÓ, 2015, p. 381).

Prova como atividade probatória significa o conjunto de atos praticados para a verificação de um fato. É a atividade desenvolvida pelas partes e, subsidiariamente, pelo juiz, na reconstrução histórica dos fatos. A prova é considerada o meio de prova, isto é, o instrumento por meio do qual se introduzem no processo os elementos de probatórias. A prova pode ser identificada como o resultado probatório, ou seja, o convencimento que os meios de prova geram no juiz e nas partes (BADARÓ, 2015, p. 381).

A propósito das atividades processuais concernentes à prova, destacam-se quatro

momentos. No primeiro momento, as provas são propostas (indicadas ou requeridas); no segundo momento, as provas são admitidas (quando o juiz se manifesta sobre sua admissibilidade); posteriormente, tem-se a produção das provas (introduzidas no processo) e por fim, as provas são apreciadas (valoradas pelo juiz) (GRINOVER, FERNANDES; GOMES FILHO, 1997, p. 118).

A prova é uma fonte de informação em um contexto probatório que, aliada aos procedimentos, de um modo geral, oferece uma certeza processual, com o intuito de auxiliar o juiz durante o processo. É o instrumento para se demonstrar de algum modo a certeza e a veracidade de um fato ou mesmo de uma simples argumentação.

A prova evoca a racionalização da descoberta da verdade. Etimologicamente, verdade vem do latim *veritate*, significando exatidão, realidade, conformidade com o real. A discussão jurídica sobre determinado assunto normalmente se resume à elucidação de fatos, assim, as partes devem comprovar que um fato pode ser usado como prova.

A verdade só pode surgir com a comprovação dos fatos, ou seja, por meio de provas apresentadas no decorrer do processo. Marinoni e Arenhart (2009, p. 26) ensinam que “o chamado ‘juízo de subsunção’ representa essa ideia: tomar o fato ocorrido no mundo físico e a ele dar a regra abstrata e hipotética prevista no ordenamento jurídico”.

Badaró (2015, p. 377) explica que a prova é apontada como o meio pelo qual o juiz chega à verdade, convencendo-se da ocorrência ou inoocorrência dos fatos juridicamente relevantes para o julgamento do processo.

Malatesta (2005) explica a relação entre prova e verdade:

A finalidade suprema e substancial da prova é a verificação da verdade. Qualquer que possa ser a espécie de verdade que se deseja verificar, ela só age como finalidade sobre a natureza substancial da prova, por seu lado genérico de verdade e não pelo seu lado específico, consistente *nesta* ou *naquela* determinada verdade. Qualquer que seja a verdade a ser averiguada, a prova, como tal, não refletirá no espírito, senão como verdade e enquanto é verdade. Qualquer que seja, em outros termos, a *natureza da verdade* específica a que se refere a prova, a *natureza da prova* mantém-se sempre a mesma (MALATESTA, 2005, p. 123).

Barros (2003, p. 15) comenta: “o verdadeiro se encontra principalmente na inteligência e secundariamente nas coisas. Aliás, como conceito de valor, a palavra verdade tem um sentido axiológico que corresponde ao valor de verdadeiro”. Em adição, Dallagnol (2015, p. 37) destaca as quatro principais teorias sobre a verdade:

A teoria da correspondência, baseada na ideia de que uma proposição é verdadeira se ela corresponde ao fato ou ao modo como as coisas são realmente no mundo; a teoria da coerência, fulcrada na ideia de que uma crença é verdadeira se ela é parte de um sistema coerente de crenças; a teoria pragmatista, a qual vincula verdade à utilidade, isto é, à bondade das consequências da crença na proposição; e o consensualismo, o qual conecta a verdade com a promessa de alcançar um consenso racional sobre o que é dito (DALLAGNOL, 2015, p. 37).

No que concerne à verdade processual, ela diz respeito aos elementos de prova que se encontram dentro dos autos e que serão levados em consideração pelo juiz em sua sentença. A verdade processual é a verdade atingível ou possível, que emerge durante a lide, podendo corresponder à realidade ou não, embora seja com base nela que o magistrado deva proferir sua decisão.

A verdade trazida através de provas servirá para a convicção do juiz, tornando-se a prova, parte essencial para a resolução da lide. Destarte, Marinoni e Arenhart (2009) ressaltam que:

A verdade, pois, sempre foi fator de legitimação para o direito processual. Ora, sob a suposição de que as decisões judiciais nada mais são do que a aplicação objetiva do direito positivo – em tese, derivado da vontade popular, já que emanado de representantes do povo – a fatos pretéritos rigorosamente reconstruídos, conclui-se que a atividade jurisdicional atende aos anseios populares, já que não haveria, sob essa perspectiva, nenhuma influência da vontade do juiz ou de outra força externa qualquer. Perante essas premissas, o juiz chega mesmo a ser concebido como algo anímico (quase uma máquina), cuja função é, tão somente, concretizar o direito abstrato para a situação específica (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 27).

Diante do exposto, utilizar-se-á a verificação ou demonstração no âmbito processual. É de amplo conhecimento que os meios utilizados para provar um fato são definidos pelo direito, ou contidos por compreensão num sistema jurídico, como idôneos para convencer o juiz de sua ocorrência, isto é, para convencê-lo da verdade de determinados fatos, os quais vieram ao processo em decorrência de atividade dos litigantes.

A prova é o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, sua eficácia será tanto maior, quanto mais clara, mais plena e mais seguramente ela induzir no espírito a crença de estar de posse da verdade. Para se conhecer, portanto, a eficácia da prova, é preciso conhecer como se refletiu a verdade no espírito humano, é preciso conhecer, assim, qual o estado ideológico, relativamente à coisa a ser verificada, que ela induziu no espírito com sua ação (MALATESTA, 2005, 23).

Consequentemente, quanto ao valor atribuído a prova, é necessário principiar por

conhecer quais efeitos ela pode produzir na consciência; e, para este conhecimento, deve-se saber, antes de tudo, quais os estados em que pode encontrar-se o espírito, relativamente ao conhecimento da verdade. Conhecendo, portanto, qual destes estados de conhecimento se induziu na consciência pela ação da prova, ter-se-á determinado o valor intrínseco dela (MALATESTA, 2005, 23).

Nesse sentido, o autor explica que “a verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. Ela é, portanto, um estado subjetivo da alma, podendo não corresponder à verdade objetiva”. Ocorre que, certeza e verdade nem sempre coincidem, por vezes, tem-se certeza do que objetivamente é falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro. A mesma verdade que parece certa a uns, a outros parece duvidosa, e, por vezes, até mesmo falsa a outros (MALATESTA, 2005, p. 25).

Admitimos que a certeza deriva normalmente do influxo da verdade objetiva; mas dizemos que, provindo normalmente da verdade, não é a verdade: não é mais que um estado da alma, podendo, às vezes, devido a nossa imperfeição, não corresponder à verdade objetiva. Dizemos que a certeza, considerada na sua natureza intrínseca, tal como é, não como seria melhor que fosse, consistindo-se num estado subjetivo da alma, é como tal foi estudada e não confundida com a realidade exterior (MALATESTA, 1996, p. 21).

A verdade que se procura em matéria penal, de acordo com Malatesta (2005, p. 107), é a verdade objetiva, porque é essa, unicamente, que, entrando por meio da prova em contato com o espírito do julgador, pode gerar nele, legitimamente, a convicção racional da criminalidade.

Ao chamarmos objetiva esta verdade, com isso determinamos sua natureza: não se trata de uma verdade formal, que resulta do estado das provas, suficientes ou insuficientes que sejam, mas de uma verdade substancial, extra-subjetiva, da qual se chega à verificação por meio de provas suficientes (MALATESTA, 2005, p. 107).

O autor parte da premissa de não se poder condenar sem a certeza da culpa, quando se fala da verdade do delito, trata-se sempre daquela verdade que se apresenta ao espírito como realidade certa e indubitável, não daquela que se apresenta como provável, embora com máxima probabilidade e, por isso, suscetível de dúvida (MALATESTA, 2005, p. 107).

Da natureza da verdade, em matéria penal, derivam outras regras concorrentes à natureza das provas:

Primeiramente, se, para servir de base a uma condenação penal não basta a

verdade formal, mas é preciso a verdade substancial, é necessário, pois, procurar sempre as melhores provas em matéria penal, porque são elas que melhor podem fazer chegar à conquista da verdade substancial: é preciso não contentar-se com provas fornecidas, senão quando são as melhores que se possam ter em concreto, e, por fim, quando a lógica das coisas não obriga a crer que devam existir outras ainda melhores (MALATESTA, 2005, p. 107).

Nesse sentido, deste princípio, segundo o qual a prova, produzida para servir de apoio à convicção, deve ser a melhor que possa haver, resulta também a convicção de que é necessário obter as provas originais, quando possível, e não se abster a provas não originais. Esse princípio de convicção deve apoiar-se nas melhores provas possíveis.

Outro princípio apresentado por Malatesta (2005, p. 108), diz que, pela própria natureza da verdade ocorrente em direito criminal, não basta a probabilidade, mas devendo ter-se certeza para poder infligir condenação, segue-se que não é lícito deduzir alguma convicção de criminalidade, do estado das provas, se elas não são suficientes para refletir no espírito a verdade substancial.

Por outro lado, fazendo uma crítica à prova no processo penal, Taruffo (2005, p. 81) explica que, além da função persuasiva em relação ao julgador, as provas servem para “fazer crer” que o processo penal determina a “verdade” dos fatos, porque é útil que os cidadãos assim o pensem, ainda que na realidade isso não suceda, e talvez precisamente, porque na realidade essa tal verdade não pode ser obtida, é que precisamos reforçar essa crença.

Lopes Júnior (2006, p. 279) explica que a prova não se trata de construir, mas de reconstruir um fato passado no presente.

Ora, basta isso para afirmar que não existe um dado de realidade para falar em verdade (muito menos real). É o absurdo de equiparar o real ao imaginário, esquecendo que o passado só existe no imaginário, na memória, e que, por isso, jamais será real. Sem falar que a flecha do tempo é irreversível, de modo que o que foi real, num fugaz presente, nunca mais voltará a sê-lo (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 279).

Para Lopes Júnior (2006, p. 283) trata-se de verdade possível, “importante é considerar que a “verdade” é contingencial, e não fundante”, chegando o juiz, no final, ao resultado de seu convencimento, e não à verdade.

Para Nucci (2013) a prova vincula-se à verdade e à certeza, que se ligam à realidade, todas voltadas, entretanto, à convicção de seres humanos:

[...] o universo no qual estão inseridos tais juízos do espírito ou valorações sensíveis da mente humana precisa ser analisado tal como ele pode ser e não como efetivamente é [...]. A verdade é a conformidade da noção ideológica

com a realidade; certeza é a crença nessa conformidade, provocando um estado subjetivo do espírito ligado a um fato, ainda que essa crença não corresponda à verdade objetiva (NUCCI, 2013, p. 23).

Nucci (2013, 23) conclui que “*ter certeza* é, sempre, aspecto subjetivo, gerando, pois, uma verdade igualmente subjetiva, que pode não ser compatível com a realidade (aquilo que efetivamente ocorreu no mundo naturalístico)”. Por outro lado, ainda segundo Nucci (2013, p. 23), a verdade objetiva é a exatidão da realidade com o que efetivamente aconteceu, e cita como exemplo “é verdade que Fulano faleceu (há laudo necroscópico comprobatório). A verdade é objetiva pois coincide com a realidade. Surge, nesse sentido, no campo subjetivo, a certeza.

Assim, Beltrano tem certeza de que Fulano morreu. Sua crença, nesse caso, liga-se à verdade objetiva. Entretanto, se Fulano tivesse desaparecido sem deixar rastro, Beltrano poderia dizer: “Tenho certeza que Fulano está morto”. Representaria, pois, uma certeza vinculada a uma verdade subjetiva, ainda que distante da realidade” (NUCCI, 2013, p. 24).

Dessa forma, observa-se ser a descoberta da verdade sempre relativa, pois o que é verdade para uns, pode ser falso para outros, cuidando-se da verdade subjetiva. A meta da parte, no processo, portanto, não é gerar a verdade objetiva, visto ser atividade complexa e nem sempre possível. O objetivo da parte é construir, no espírito do magistrado, a certeza de que a verdade corresponde aos fatos alegados em sua peça, seja ela de acusação, seja de defesa (NUCCI, 2013, p. 24).

No plano jurídico, a geração da certeza no espírito do julgador, por meio da apresentação das provas, significa a persuasão racional, logo, a convicção. “O juiz se convence da verdade (adquire estado de certeza) em virtude da demonstração lógico-racional dos vários elementos expostos ao longo da instrução, denominados *provas*” (NUCCI, 2013, p. 24).

A parte deve convencer o magistrado, valendo-se dos variados recursos proporcionados pelo raciocínio lógico, de que a *sua* noção da realidade é a correta, isto é, de que os fatos se deram no plano real exatamente como está descrito em sua petição. Convencendo-se disso, o magistrado, ainda que possa estar equivocado, alcança a certeza necessária para proferir a decisão. Quando forma sua *convicção*, ela pode ser verdadeira (correspondente à realidade – verdade objetiva) ou errônea (não corresponde à realidade – verdade subjetiva), mas jamais *falsa*, que é um “juízo não verdadeira”. Sustentar que o juiz atingiu uma convicção falsa seria o mesmo que dizer que o julgador atingiu uma “certeza incerta”, o que é um contrassenso (NUCCI, 2013, p. 24).

Analisando as considerações do autor Nucci (2013, p. 24), observa-se que para haver condenação, exige-se do magistrado o estado de certeza, não valendo a mera probabilidade. As partes devem saber demonstrar ao juiz a verdade dos fatos alegados, buscando gerar a convicção favorável ao seu interesse, embora todo o cenário criado possa ser distanciado da realidade.

Nucci (2013, p. 25) considera que “a prova é a demonstração da realidade, no processo, por meio dos instrumentos legalmente previstos, buscando gerar, no espírito do julgador, a certeza em relação aos fatos alegados e, por consequência, gerando a convicção objetiva para o deslinde da demanda”.

Malatesta (2005, p. 25) explica que quando a certeza vem classificada em determinada espécie, não se pode admitir certeza que não faça parte dessas espécies, e se o critério que as determina é objetivo, não pode haver certeza que não seja determinada por critério objetivo; a subjetividade da certeza perde-se, por isso, durante o caminho.

Admitida a natureza subjetiva da certeza, quando se quer determinar logicamente suas espécies, não se deve apelar senão para critérios subjetivos: se a certeza é um estado da alma humana, nela serão encontradas as determinações específicas daquela; procedendo diversamente, desnatura-se a certeza (MALATESTA, 2005, p. 26).

Os critérios que conduzem à determinação das espécies da certeza, segundo Malatesta (2005):

Considerada a certeza em si, como estado da alma, é simples e indivisível; e, por isso, sempre idêntica a si mesma. Não podem, por isso, deduzir-se os critérios diferenciais, determinantes das espécies, para todos, a crença na conformidade entre a noção ideológica e a verdade ontológica; é sempre e, para todos, a crença da posse da verdade (MALATESTA, 2005, p. 26).

O espírito pode chegar a esta crença da posse da verdade por diversos caminhos, os quais são repostos por critérios subjetivos, sendo necessário recorrer a determinação de suas várias espécies (MALATESTA, 2005, p. 26). Vejamos, nesse sentido, como o espírito humano chega à crença da posse da verdade:

A verdade não está em nosso poder enquanto o espírito não a percebe; e das várias faculdades do espírito humano, existe uma cuja função é indispensável para a percepção da verdade, qualquer que seja sua natureza. Esta faculdade é inteligência. Mas a inteligência, às vezes, chega por si só a posse da verdade, em outras, necessita do auxílio dos sentidos. As verdades, consideradas subjetivamente, quanto ao modo pelo qual o espírito delas se apossa, dividem-se, portanto, antes de tudo, em duas grandes categorias: a verdade, a cuja posse

chega o espírito pela simples percepção intelectual, é verdade puramente inteligível; e a verdade, a cuja posse não pode chegar o espírito sem o concurso dos sentidos, nos limites destas verdades, é sensível (MALATESTA, 2005, p. 26).

Como a verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica da realidade, pode-se dizer, por isso, que a crença da percepção desta conformidade é a certeza. A inteligência é a faculdade indispensável para a percepção da verdade de qualquer natureza, “seja puramente inteligível, seja sensível”. Em matéria criminal, cogita-se sempre da verificação dos fatos humanos, e não é certo a propósito de um fato humano, como o fato criminoso, que se pode falar da evidência da verdade puramente inteligível, como a certeza intuitiva metafisicamente axiomática; não existe fato humano sem materialidade que o exteriorize (MALATESTA, 2005, p. 27).

Quanto às verdades sensíveis, passe-se a considerar a sua intuição e reflexão:

São verdades sensíveis tanto as que em si mesmas se constituem de uma materialidade não percebida senão por meio dos sentidos e podemos chamar em particular *verdade sensíveis materiais*, quanto as que, embora sendo em si mesmas fatos psíquicos, como os fatos da nossa consciência, só se podem perceber através da materialidade em que se exteriorizam, e podem chamar-se, em particular, *verdades sensíveis morais*. Este é o campo da certeza em matéria criminal (MALATESTA, 2005, p. 28).

As verdades sensíveis materiais podem ser percebidas tanto pela intuição como reflexão. As verdades sensíveis morais só podem ser percebidas pela reflexão. O autor explica que as verdades sensíveis tanto materiais como morais, enquanto percebidas por meio de reflexões, dão lugar a uma certeza mista. Chega-se a certeza mista, através da certeza puramente lógica, a qual “a crença da posse da verdade, a nós revelada somente pelo intelecto” e a certeza simplesmente física a qual “a crença da posse da verdade, revelada em nós pelos sentidos, a que adere acessoriamente o intelecto com a intuição dos sentidos” (MALATESTA, 2005, p. 29).

Essas duas espécies não andam sempre separadas, muitas vezes, combinam-se entre si. Tem-se, em tal caso, uma terceira espécie de certeza, a certeza mista, a certeza mais frequente no crime (MALATESTA, 2005, p. 29).

Moura (2009, p. 104) diz que a verdade encontrada é uma certeza moral, na qual “o grau de probabilidade, do ponto de vista objetivo da possibilidade de erro, é tão elevado que, praticamente, produz na alma a certeza completa, porque retira qualquer razão que seria de dúvida”.

Em acréscimo, Sampaio (2010, p. 109) leciona:

Total inexistência de uma verdade real ou absoluta, justamente pela sua impossibilidade de alcance pelo homem – seja nas ciências exatas, o que foi desmistificado pelas teorias quânticas e da relatividade de Einstein, bem como, e principalmente nas ciências humanas – pois não se evidencia uma verdade por parte do ser, mas na sua totalidade para se aproximar de uma certeza (SAMPAIO, 2010, p. 109).

Conforme relatado pelos autores acima, é essencial observar que dificilmente se reconstruirá inteiramente o *iter criminis*, porquanto por parte dele se processa no mundo subjetivo, sendo inalcançável pelo julgado e pela acusação, mesmo diante da confissão do réu.

Nesse sentido, Tourinho Filho (2006, p. 17) conclui que quando se fala em verdade real, não se tem a presunção de se chegar a “verdade verdadeira”, mas tão somente salientar que o ordenamento confere ao juiz penal, mais que ao juiz não penal, poderes para coletar dados que possibilitem, numa análise histórica crítica, na medida do possível, restaurar aquele acontecimento pretérito que é o crime investigado.

Na mesma perspectiva, Dallagnol (2015) conclui:

Quando se fala de verdade no processo (processual, relativa, jurídica, material etc.) não está se tratando de verdade. Quando se trata de certeza, também não se está tratando quer da incapacidade de duvidar, quer de infalibilidade. O que existe é, sim, uma escolha ou adoção da hipótese mais provável como aquilo que (supostamente) aconteceu, num passo de fé (DALLAGNOL, 2015, p. 266-267).

A busca pela verdade não se baseia em uma verdade pura, mas sim na verdade possível de se alcançar, dentro do processo. Sampaio (2010), enfatiza que:

A denominação verdade processual serve apenas para continuação do costume de sempre estarmos diante de uma busca sobre a verdade, mesmo que saibamos ser apenas um silogismo jurídico [...]. Há apenas a construção de argumentos jurídicos, baseados nos fatos e na aplicação das normas jurídicas (com ênfase às garantias fundamentais) que legitimam a decisão e a conduz com poder de punir ou dever de libertar para que constitua respeito e consequente execução (SAMPAIO, 2010, p. 167).

Por força do princípio da verdade processual, também conhecido como verdade real, material ou substancial, é que consiste na verdade probatória. A utilização desse princípio é fundamental para que o poder de punir do Estado, quando em sua função de *jus puniendi*, seja

exercido de forma ponderada, objetiva e minuciosa. Por ser a *ultima ratio* nos ramos do Direito, não pode admitir erros dentro do processo penal.

Coutinho (1998, p. 189) relata que “o princípio da verdade material nos remete ao estudo do processo enquanto reconstrução de um fato pretérito”. O autor também faz uma crítica quanto ao princípio da verdade material; para tanto, explica que a grande maioria da doutrina brasileira insiste em dizer que o processo penal é regido pelo princípio da verdade material, contudo:

[...] não se dá conta que esta ideia vem legitimar o sistema inquisitório e toda a barbárie que o acompanha, na medida em que tem o processo como meio capaz de dar conta “da verdade”; e não de “uma verdade”, não poucas vezes completamente diferente daquela que ali estar-se-ia a buscar (COUTINHO, 1998, p. 189).

Para Coutinho (1998, p. 195), é preciso admitir que, no processo penal, jamais se vai apreender a verdade como um todo, pois ela é inalcançável. Portanto, o que se pode buscar nos julgamentos, é um juízo de certeza, pautado nos princípios e regras que asseguram o Estado Democrático de Direito (COUTINHO, 1998, p. 195).

Lopes Junior (2006, p. 273) explica que somente a verdade formal ou processual deve se legitimar no processo penal, posto que “trata-se de uma verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação e que só pode ser alcançada mediante o respeito das regras precisas e relativas aos fatos e circunstâncias considerados como penalmente relevantes”.

Na mesma linha de entendimento, Ferrajoli (1997, p. 50) vai definir a verdade processual como uma verdade aproximativa, aquela limitada “*por lo que sabemos*”, e, portanto, sempre contingente e relativa. Desse modo o autor relata que a verdade processual não pretende ser a verdade. Não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto processual, mas sim condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa.

Ainda segundo Ferrajoli (1997, p. 57) a verdade formal é mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida quanto ao conteúdo informativo que qualquer hipotética verdade substancial. Assim, para o autor, a limitação da verdade formal se manifesta em quatro sentidos:

I- a tese acusatória deve estar formulada segundo e conforme a norma; II- a acusação deve estar corroborada pela prova colhida através de técnicas normativamente preestabelecidas; III- deve ser sempre uma verdade passível de prova e oposição; IV- a dúvida, falta de acusação ou de provas ritualmente

formadas impõem a prevalência da presunção de inocência e atribuição de *falsidade formal* ou *processual* às hipóteses acusatórias (FERRAJOLI, 1997, p. 57).

Para Badaró (2015, p. 378), a verdade processual traduz-se em um valor que legitima a atividade jurisdicional, não se podendo considerar justa uma sentença que não tenha sido precedida de um processo estruturado segundo regras que possibilitem uma correta verificação dos fatos.

Badaró (2015, p. 377) explica que a verdade absoluta ou ontológica é algo inatingível, verdade é um conceito relativo. “A ‘verdade’ atingida no processo – e também fora dele - nada mais é do que um elevado ou elevadíssimo grau de probabilidade de que o fato tenha ocorrido como as provas demonstram”.

Todavia, a “verdade judicial”, até mesmo por força de limitações legais decorrentes das regras sobre a admissão, produção e valoração da prova, jamais será uma verdade absoluta. Trata-se, pois, de uma verdade necessariamente relativa, que seja a “maior aproximação possível” daquilo que se denomina verdade, *tout court* (BADARÓ, 2015, p. 378).

De qualquer forma, reconhecendo a impossibilidade de se atingir um conhecimento absoluto ou uma verdade incontestável dos fatos, não é possível deixar de lado a busca da verdade, que é o único critério aceitável como premissa para uma decisão justa (BADARÓ, 2015, p. 378).

Nesse sentido, o juiz deve procurar atingir o conhecimento verdadeiro dos fatos para, diante da certeza de sua ocorrência ou incorrência, realizar a justiça no caso concreto. Badaró (2015, p. 378) explica que, nesse sentido, a relação entre verdade e prova não é uma relação de identidade, mas uma relação teleológica.

Quanto à certeza, Badaró (2015, p. 377) explica que se trata de aspecto subjetivo da verdade, sendo também relativa.

O juiz tem certeza de um fato quando, de acordo com as provas produzidas, pode racionalmente considerar que uma hipótese fática é a preferível entre as possíveis, ou seja, em linguagem mais simples, o juiz tem a certeza quando as provas o fazem acreditar que o seu conhecimento é verdadeiro (BADARÓ, 2015, p. 377).

Badaró (2015, p. 379) explica que “não existe mais a outrora tão prolatada ‘verdade real’, muito menos o atingimento de tal verdade é o fim último do processo penal”, sendo que:

Foi a crença em um modelo científico que permitiria, em qualquer caso, obter a verdade absoluta sobre os fatos, de um lado, e a importância política de um modelo de concentração de poder que desse ao julgador meios ilimitados para procurar tal verdade – mas, se sabia, sempre a “alcançaria” – que justificaram o modelo inquisitório (BADARÁ, 2015, p. 379).

Nesse sentido, como limite epistemológico quanto à investigação da prova, para Baradó (2015, p. 379), aceitar que a verdade não pode significar mais de uma probabilidade elevada de que haja uma correta representação pelo sujeito cognoscente do objeto a ser reconhecido afasta a justificativa de que deve haver poderes ilimitados na busca de uma verdade absoluta, que seria o fim último contra o qual não se poderiam levantar barreiras.

Além de limites epistemológicos, segundo Badaró (2015, p. 379), existem limites legais que podem e devem ser impostos quanto à investigação das fontes de provas, quanto à admissão e produção dos meios de provas e, em alguns casos, quanto à própria valoração da prova.

Segundo Badaró (2015, p. 379), “basta pensar na vedação da utilização de provas ilícitas ou produzidas com violação de princípios que regem o justo processo para perceber, claramente, que é inadmissível uma ilimitada busca da ‘verdade material’”. Estabelecidos tais conceitos e partindo de tal premissa, Badaró explica que não tem sentido procurar distinguir a denominada verdade formal – que se aplicaria ao processo civil – daquela outra que, em contraposição, costuma-se chamar de verdade material – que seria buscada no processo penal. Assim, de acordo com o autor:

Tanto a verdade formal quanto a material não são verdades absolutas. Do ponto de vista epistemológico, bastaria a conclusão de que a verdade é uma só. Não existem várias verdades, porções de verdade, ou algo parcialmente verdadeiro. A verdade é um conceito absoluto. Algo somente é verdadeiro quando há uma identidade entre o objeto e a representação que o sujeito cognoscente faz desse objeto. Assim, ou há identidade e o conhecimento é verdadeiro, ou não há identidade, e o saber é falso. A falta de identidade entre o objeto e a representação, esta sim, admite graus: um conhecimento pode ser falso em graus ou níveis maiores ou menores. Por isso tudo, é hora de sepultar a velha e desgastada dicotomia entre verdade formal e verdade material (BADARÓ, 2015, p. 380).

A título de conclusão, segundo Badaró (2015, p. 381), não se trata de eliminar a verdade, mas deslocá-la do lugar de centralidade, até então ocupado, para um ponto diverso, secundário, “a verdade não é o fim último do processo penal e, sua busca não pode se dar a partir de uma premissa de que os fins justificam os meios”.

Nesse sentido, no caso em que uma limitação à descoberta da verdade se justifique

para fazer prevalecer outro valor – como o respeito à dignidade humana, à proteção da intimidade, à preservação da imparcialidade do julgador – igualmente ou mais relevante para que se profira uma decisão justa, é de admitir a adoção de regras legais antiepistêmicas, desde que fundamentais para preservar o outro valor em jogo (BADARÓ, 2015, p. 381).

A busca da verdade, portanto, “não é o fim último do processo penal, mas um meio para a correta aplicação da lei penal”. O processo penal, enquanto instrumento estatal para o legítimo exercício do poder punitivo, segundo as regras do devido processo legal, necessita verificar a correção ou a falsidade da imputação de um fato definido como crime atribuído a alguém (BADARÓ, 2015, p. 381).

Para tanto, as provas permitirão ao julgador, segundo critérios racionais de valoração, concluir se o enunciado constante da imputação tem elementos suficientes que o confirmem. O enunciado será considerado verdadeiro quando as provas fornecerem elementos que o confirmem (BADARÓ, 2015, p. 381).

A prova é a demonstração lógica da realidade, com o objetivo de gerar, no magistrado, a certeza em relação aos fatos alegados, naturalmente, e a finalidade da prova consistirá na produção do convencimento do juiz no tocante à verdade processual (NUCCI, 2013, p. 26).

Sobre o conceito de prova, segundo Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997, p. 117), não há consenso, isto é, o termo “prova” não é unívoco. Em uma primeira acepção, indica o conjunto de atos processuais praticados para averiguar a verdade e formar o convencimento do juiz sobre os fatos. Num segundo sentido, designa o resultado dessa atividade. No terceiro, aponta para os “meios de prova”.

Ainda que muito se disserte sobre as conceituações aplicadas no âmbito jurídico, em suma, a prova e a verdade são elementos para se alcançar a finalidade do processo. Nesse sentido, mostra-se imperiosa a análise das finalidades da prova.

2.4 Finalidades da prova

A prova se destina a retomar os fatos investigados e quem os produziu. A prova servirá para fundamentar a sentença pelo magistrado, o qual irá expressar a sua livre convicção sobre a autoria e a materialidade do crime. O direito à prova será essencialmente desenvolvido no quadro do contraditório, pois exercerá a possibilidade de representar ao juiz a realidade dos fatos e possibilitar às partes as garantias inerentes.

2.4.1 O direito à prova no quadro do direito ao contraditório

O direito à prova é aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo, estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos. A prova visa a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional.

O exercício da ação e da defesa fica, essencialmente, subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas.

Segundo Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997, p. 118), a garantia do contraditório não tem apenas como objetivo a defesa entendida em sentido negativo, como oposição ou resistência, mas sim a defesa vista em sua dimensão positiva, como influência, ou seja, como direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo.

É essa visão que coloca ação, defesa e contraditório como direitos a que sejam desenvolvidas todas as atividades necessárias à tutela dos próprios interesses ao longo de todo o processo, manifestando-se em uma série de posições de vantagem que se titularizam quer no autor, quer no réu (FERNANDES, 2010, p. 118).

Segundo Nucci (2014, *E-book*), a nova disciplina do controle de apreciação da prova integra o sistema da persuasão racional, pois continua a permitir ao magistrado que forme a sua convicção livremente, analisando o conjunto probatório, desde que o faça motivadamente e calcado nos parâmetros constitucionais acerca dos limites ideais para a produção da prova. É nesse sentido que o autor explica:

Esses limites são traçados pelo princípio do contraditório e da ampla defesa, num primeiro momento, vale dizer, as partes têm o direito de participar da colheita da prova, influenciando na sua formação, dentro de critérios regrados, e o réu tem o direito de se defender da maneira mais ampla possível, tomando ciência, por seu advogado, das provas coletadas e podendo influir para a produção de outras em seu benefício (NUCCI, 2014, *E-book*).

Por isso, estabelece-se, como regra, dever o julgador basear a formação da sua convicção apreciando livremente a prova produzida em juízo, sob o crivo do contraditório.

2.4.2 A fundamentação da sentença

Além de formar o convencimento do juiz, a prova serve de base para a fundamentação

da sentença, a teor do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, eis que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade.

A finalidade da prova é dar conhecimento ao juiz sobre determinado fato, persuadindo-o da sua existência. “As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, ou, então, de que ocorreram desta ou daquela forma” (TOURINHO FILHO, 2012, p. 220). É, pois, instrumento probatório típico para desenvolver a convicção do julgador sobre a existência ou não de uma seguinte situação de fato.

As provas colhidas são fundamentais para a seleção e eleição das hipóteses históricas aventadas. As provas serão, nesse sentido, os materiais que permitirão a reconstrução histórica e sobre os quais recaíra a tarefa de verificação das hipóteses, com a finalidade de convencer o juiz (função persuasiva) (TARUFFO, 2005, p. 83).

O convencimento do juiz sobre a verdade dos fatos permitirá que ele, através da construção dos fatos dentro de uma linha do tempo, fundamente a sua decisão. Para isso, utilizará a aplicação das normas abstratas existentes em nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, explicam Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2018):

No processo penal, a prova destina-se à formação da livre convicção do juiz acerca da existência ou não de um fato, suas circunstâncias, além da falsidade ou veracidade de uma afirmação, sobre os quais pesam incerteza, dúvida e que, por sua relevância, precisa ser cabalmente demonstrado perante o julgador para que a causa tenha o seu deslinde (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2018, p. 121).

A prova tem como função demonstrar a realidade dos fatos, principalmente os litigiosos e controvertidos. A prova será utilizada no processo, possibilitando ao magistrado que exare a sentença de forma que possa aplicar a norma de forma apropriada ao caso concreto.

Para Lopes Junior (2012, *E-book*), a fundamentação da decisão será realizada através uma atividade recognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença:

É a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (*story of the case*) narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de *modos de construção do convencimento* do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença (LOPES JUNIOR, 2012, *E-book*).

O processo penal tem uma finalidade retrospectiva, em que, através de provas, pretende-se criar condições para a atividade recognitiva do juiz acerca de um fato passado, sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitimará o poder contido na

sentença.

Para se chegar à finalidade retrospectiva do processo penal, utilizar-se-á a prova. Ocorre que alguns fatos não precisam ser provados, conforme se verá a seguir.

2.5 Fatos que devem ser provados e fatos que não precisam ser provados

Nem todos os fatos e circunstâncias relacionados à causa precisam ser provados, pois a atividade probatória tem feição essencialmente utilitária, de modo a restringir seu objeto aos acontecimentos úteis e relevantes ao julgamento da causa. Nesse sentido, logicamente, não se admitirá que a prova verse sobre determinados fatos.

Os fatos impertinentes, alheios à causa ou irrelevantes, relacionados à causa, mas sem influência na decisão, não precisarão ser provados. Provar os fatos impertinentes ou irrelevantes só deturparia a atividade instrutória, de maneira a retardar a entrega do provimento jurisdicional, em busca de informações que em nada irão contribuir para o julgamento da lide penal.

Nucci (2014, *E-book*) explica que “os fatos irrelevantes ou impertinentes são os que não dizem respeito à solução da causa”, e cita como exemplo a verificação do passatempo preferido da vítima, se não guarda correspondência com o fato imputado ao réu.

Constituindo-se fatos irrelevantes os que possuem vínculo ínfimo com os fatos debatidos no processo, de modo que são irrisórios para a solução da controvérsia. Os fatos irrelevantes são os que não guardam nenhuma ligação com os fatos debatidos no processo, razão pela qual precisam ser evitados, para conferir objetividade e racionalidade à produção probatória (NUCCI, 2013, p. 26).

Há de se enfatizar, portanto, que apenas os fatos pertinentes ao processo suscitam o interesse da parte em demonstrá-los. Segundo Greco Filho (2012):

[...] os fatos impertinentes, isto é, não relacionados com a causa, devem ter sua prova recusada pelo juiz, sob pena de se desenvolver atividade inútil. Além de pertinentes, só devem ser provados os fatos relevantes, que são os que podem influir, em diferentes graus, na decisão da causa. Os fatos irrelevantes são, na realidade, também impertinentes (GRECO FILHO, 2012, *E-book*).

Igualmente, não precisarão ser provados os fatos notórios, entendidos como os acontecimentos ou situações que são de conhecimento geral. A doutrina defende a desnecessidade de produção de prova acerca de fatos que são conhecidos de todos os habitantes

da região por qual tramita o processo, embora não sejam de notoriedade global.

Conforme explica Tourinho Filho (2012, p. 233), “provar a notoriedade é tarefa de louco, já se disse. Tanto a evidência como a notoriedade não podem ser postas em dúvida. Ambas produzem no Juiz o sentimento da certeza em torno da existência”.

Os fatos notórios são aqueles nacionalmente conhecidos, não se podendo considerar os relativos a uma comunidade específica, bem como os atuais, uma vez que o tempo faz com que a notoriedade esmaieça, levando a parte à produção da prova (NUCCI, 2014, *E-book*).

Dentre os notórios, segundo Nucci (2014, *E-book*), “situam-se, ainda, os *evidentes* – extraídos das diversas ciências (ex.: lei da gravidade) – e os *intuitivos* – decorrentes da experiência e da lógica (ex.: o fogo queima)”.

Nesse contexto, segundo Nucci:

Não é porque a morte de alguém seja fato notório que poderá ser dispensado o exame de corpo de delito. São dispensados de prova os fatos notórios circunstanciais, observando-se que basta a notoriedade relativa, que é aquela que abrange o local do processo e o tribunal que julgará em segundo grau (NUCCI, 2014, *E-book*).

No mesmo sentido, a falta de controvérsia sobre um fato não dispensa a prova. A confissão, por exemplo, que elimina a controvérsia sobre a autoria, não dispensa a necessidade de outras provas sobre ela e que, aliás, deverão corroborá-la (NUCCI, 2014, *E-book*).

Também não guarnecem de provas os fatos impossíveis, ou seja, aqueles cuja ocorrência se mostra contrária às leis das ciências naturais. Na lição de Nucci (2014, *E-book*), os fatos impossíveis “são aqueles que causam aversão ao espírito de uma pessoa informada (ex.: dizer o réu que estava na Lua no momento do crime)”.

Por fim, não serão provados os fatos cobertos por presunção legal de existência ou veracidade. Se a lei toma verdadeiro determinado fato ou situação, as partes não precisam comprová-los, como se dá, por exemplo, com a inimputabilidade do menor de 18 anos.

Nesse sentido, explica Nucci (2014, *E-book*) que “os fatos que contêm presunção legal absoluta são os que não comportam prova em sentido contrário (ex.: o menor de 18 anos é penalmente inimputável)”. Na explicação de Nucci (2014), independem de prova os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade:

[...] se a lei dá como verdadeiro determinado fato, está a parte dispensada de prová-lo, em sendo a presunção absoluta. Em sendo a presunção relativa, a parte em favor de quem milita a presunção não precisa prová-lo, incumbindo à parte contrária o ônus de produzir, se for o caso, a prova contrária (NUCCI,

2014, *E-book*).

Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2018, p. 121-122) explicam que salvo os fatos axiológicos ou intuitivos, os notórios, as presunções legais e os fatos inúteis, todos os restantes devem ser provados por quem tem interesse em alegar, inclusive o fato admitido ou aceito, também chamado fato incontroverso, pois foi admitido pelas partes.

Estabelecidos os fatos que devem ser provados e os fatos que não precisam ser provados, mister se faz estabelecer o objeto da prova.

2.6 Objeto da prova

O objeto da prova de determinado processo são os fatos pertinentes, relevantes, e não submetidos a presunção legal. A imputação define, na ação penal, a extensão que terá o provimento jurisdicional, estabelecendo, assim, os contornos do esforço probatório. Inicialmente, apenas os fatos serão objeto da prova, os principais ou secundários.

Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997, p. 118) explicam que o objeto da prova é “o fato a ser provado, que se deduz da fonte e se introduz no processo pelo meio de prova”.

A respeito, Greco Filho (2012, *E-book*) relata que “o objeto da prova são os fatos”, e conclui que o objeto da prova, referida a determinado processo, é composto pelos “fatos pertinentes, relevantes, e não submetidos à presunção legal”.

Na lição de Nucci (2013, p. 26), objeto da prova são “os fatos alegados pelas partes, merecedores de demonstração, ou seja, de adequação à realidade”.

Somente os fatos que possam dar lugar a dúvida, isto é, que exijam comprovação, constituem objeto de prova. Os fatos, em matéria processual, principalmente no campo probatório, possuem um conceito bastante amplo, compreendendo nos diversos acontecimentos do mundo exterior, como os lugares, as pessoas e os documentos (TOURINHO FILHO, 2012, p. 233).

No mesmo sentido, explica Nucci:

O objeto da prova, primordialmente, são os fatos, que as partes pretendem demonstrar. Excepcionalmente, a parte deve fazer prova quanto à existência e conteúdo de um preceito legal, desde que se trate de norma internacional, estadual ou municipal (nestes últimos dois casos, caso se trate de unidade da Federação diversa daquela onde está o magistrado), bem como no que toca a estatutos e regras internas de pessoas ou personalidades jurídicas. Provam-se, ainda, regras de experiência, porque, na essência, são fatos reiterados (NUCCI, 2014, *E-book*).

Pode o juiz exigir que a parte faça prova da vigência de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário. Nesse caso, conforme explica Greco Filho (2012, *E-book*), “excepcionalmente o direito pode ser também objeto de prova. Se se tratar de direito federal nunca; apenas se se tratar de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, o juiz pode determinar que a parte a quem aproveita lhe faça a prova do teor e da vigência”.

O juiz é obrigado a conhecer o direito federal em caráter absoluto. Já os demais direitos, porque de aplicação incomum ou limitada, pode o juiz desconhecê-los, carreando à parte o ônus de prová-los. Todavia, em se tratando de direito estadual e municipal do local em que o juiz está exercendo suas funções, entende a doutrina que incumbe também ao juiz conhecê-los, não podendo determinar a prova à parte. Basta que o juiz investigue nos repertórios próprios ou junto ao Município em que exerce a judicatura (GRECO FILHO, 2012, *E-book*).

A prova do direito estrangeiro se faz pela apresentação dos compêndios de legislação atualizados, por certidão diplomática, por pareceres ou livros de doutrina e, se for o caso, até por testemunhas que tenham conhecimento jurídico, cabendo ao juiz o cauteloso arbítrio em valorar tal prova, especialmente se sobre o direito estrangeiro instaurar-se controvérsia (GRECO FILHO, 2012, *E-book*).

No processo penal, pode ser necessária a prova de direito estadual ou municipal em duas situações, a saber, na hipótese de normas penais em branco que devem ser integradas por um desses direitos ou no caso da análise de elementos normativos do tipo, quando se exige a compreensão do que seja “sem justa causa”, “indevidamente” etc. A questão relativa ao direito estrangeiro, por sua vez, surge quando há necessidade de serem aplicadas normas de extraterritorialidade (por exemplo, o art. 7º, § 2º, *b*, do CP). (GRECO FILHO, 2012, *E-book*).

A prova do direito estadual ou municipal se faz ou por repertórios oficiais ou reconhecidos, ou por certidão do Estado ou Município de que emana a norma. Impossível é a prova da vigência (apesar da exigência do art. 337 do CPC), por que ninguém pode no Estado ou no Município atestar ou certificar que determinada norma está em vigor, porquanto a vigência, muitas vezes, depende de interpretação que só ao juiz cabe definir (GRECO FILHO, 2012, *E-book*).

A prova do direito costumeiro se faz por todos os meios admissíveis em juízo, inclusive a juntada de sentença anterior que o tenha reconhecido, ressalvada a competência das Juntas Comerciais para a expedição de certidões sobre o costume consagrado mediante assento,

registrados em livros próprios. Podem, também, as Juntas fornecer atestados de costumes comerciais ainda não assentados (GRECO FILHO, 2012, *E-book*).

Sequencialmente, estabelecido o objeto da prova, mostra-se necessária a análise dos meios de prova.

2.7 Meios de prova

Os meios de prova são todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo. É o procedimento pelo qual se mostra ao julgador os elementos probatórios, que geram um conhecimento certo ou provável a respeito de um objeto do fato criminoso. Conforme explica Greco Filho (2012, *E-book*), “meios de prova são os instrumentos pessoais ou materiais aptos a trazer ao processo a convicção da existência ou inexistência de um fato”.

Analogamente, os autores Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997, p. 118) explicam que meios de prova são os instrumentos pelos quais os fatos se fixam em juízo.

Para Tourinho Filho (2012, p. 235), meio de prova “é tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo: testemunhas, documentos, perícias etc”.

Badaró (2015, p. 382) explica que meios de prova são os instrumentos com os quais se leva ao processo um elemento útil para a decisão. São os instrumentos por meio dos quais as fontes de provas são conduzidas ao processo. Com exceção das provas pré-constituídas (por exemplo, os documentos), os demais meios de prova, em especial os decorrentes de fontes orais (testemunhas e vítimas), deverão ser produzidas em contraditório judicial, na presença das partes e do juiz.

Os meios de prova expressamente previstos no artigo 158 e seguintes do Código de Processo Penal ou em legislação específica, são denominadas provas nominadas (LOPES JUNIOR, 2012, *E-book*). Para fim de detalhamento, é oportuno mencionar que o artigo 158 e seguintes do Código de Processo Penal preveem como meios de prova o exame do corpo de delito; o interrogatório do acusado; as testemunhas; o reconhecimento de pessoas ou coisas; a acareação; os documentos; os indícios e a busca e apreensão.

Os sistemas processuais, ao longo de sua evolução, adotaram diferentes disciplinas em relação à taxatividade ou não dos meios de prova. A questão que se coloca em discussão versa sobre se seria taxativo ou não o rol dos meios de provas previstos no Código de Processo Penal.

Segundo Lopes Junior (2012, *E-book*), como regra, o rol do artigo 158 do Código de Processo Penal é taxativo. Mas, excepcionalmente, e com determinados cuidados, podem ser admitidos outros meios de prova não previstos no Código de Processo Penal. O autor explica que deve haver todo cuidado necessário para não violar os limites constitucionais e processuais da prova, sob pena de ilicitude ou ilegitimidade dessa prova.

Excepcionalmente, segundo Lopes Junior (2012, *E-book*), admite-se a existência de outras provas, denominadas provas inominadas. As provas inominadas são aquelas não contempladas, portanto, na lei, como a inspeção judicial e as gravações de áudio e vídeo.

Constitui-se, nesse sentido, provas inominadas, as referidas no artigo 3º da Lei n. 12.850/2013 (Organização criminosa), que estabelece serem meios de obtenção da prova a colaboração premiada; a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; a ação controlada; o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; entre outros.

Concernente ao foco deste trabalho, é relevante destacar a Lei n. 9.296/1996 que estabeleceu o acesso a registros de ligações telefônicas, e é utilizada também para regulamentar o acesso às comunicações telemáticas e de dados, gerando, desta forma, meios de prova para o processo penal. Nesse sentido, de acordo com Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997, p. 174), “meio de prova será o documento (a gravação e sua transcrição) a ser introduzido no processo”.

Além disso, quanto ao documento da interceptação regulamentada pela Lei n. 9.296/1996, “também constitui documento a degravação (transcrição) da conversa, para reduzi-la à forma escrita. Todos esses documentos constituem meio de prova” (GRINOVER, FERNANDES E GOMES FILHO, 1997, p. 174).

Sobre as provas inominadas, admite-se tudo aquilo que não for vedado e não viole proibições explícitas ou decorrentes do sistema de garantias. As provas inominadas estão previstas em leis extravagantes e sem previsão legal, mas não atentam contra a lei, a moral e os bons costumes, a título de exemplo, pode-se citar o reconhecimento fotográfico.

Segundo Lopes Junior (2012):

Partindo da compreensão de que somente podemos pensar em provas inominadas que estejam em estrita observância com os limites constitucionais e processuais da prova, o processo penal – excepcionalmente – poderá admitir

outros meios de demonstração de fatos ou circunstâncias não enumerados no CPP. Isso, em geral, decorre da própria superação dos meios existentes na década de 40, quando entrou em vigor a legislação processual penal em vigor (LOPES JUNIOR, 2012, *E-book*).

Admitidas as provas inominadas, desde que observadas as regras de coleta, admissão e produção em juízo, e que outros importantes elementos de convicção possam ser obtidos com a utilização de outros sentidos que não o visual, a questão passa a ter grande relevância (LOPES JUNIOR, 2012, *E-book*).

Com entendimento diverso, Nucci (2014, *E-book*) relata que, embora o Código de Processo Penal elenque alguns meios probatórios, no artigo 158 e seguintes, como o exame do corpo de delito; o interrogatório do acusado; as testemunhas; o reconhecimento de pessoas ou coisas; a acareação; os documentos; os indícios e a busca e apreensão; é consenso na doutrina que tal relação não é um rol taxativo.

Nesse sentido, explica Greco Filho (2012):

O Código disciplina os seguintes meios de prova: o exame de corpo de delito e outras perícias (arts. 158 a 184), o interrogatório do acusado (arts. 185 a 196), a confissão (arts. 197 a 200), as perguntas ao ofendido (art. 201), as testemunhas (arts. 202 a 225), o reconhecimento de pessoas ou coisas (arts. 226 a 228), a acareação (arts. 229 e 230), os documentos (arts. 231 a 238), os indícios (art. 239) e a busca e apreensão (arts. 240 a 250). Esses são os chamados meios legais. Outros, porém, são admissíveis, desde que consentâneos com a cultura do processo moderno, ou seja, que respeitem os valores da pessoa humana e a racionalidade (GRECO FILHO, 2012, *E-book*).

Mas, deve-se ter cautela, o fato de se admitir as provas inominadas tampouco significa permitir que se alucine a sistemática legal. Assim, segundo Lopes Junior (2012, *E-book*), “não pode ser admitida uma prova “disfarçada” de inominada quando na realidade ela decorre de uma variação (ilícita) de outro ato estabelecido na lei processual penal, cujas garantias não foram observadas”. O autor cita, como exemplo típico de prova inadmissível, o reconhecimento do imputado por fotografia, utilizado, em muitos casos, quando o réu se recusa a participar do reconhecimento pessoal, exercendo seu direito de silêncio (*nemo tenetur se detegere*).

Para Lopes Junior (2012, *E-book*), o reconhecimento fotográfico somente pode ser utilizado como ato preparatório do reconhecimento pessoal, nos termos do art. 226, inciso I, do Código de Processo Penal, nunca como um substitutivo àquele ou como uma prova inominada.

Levando em consideração o posicionamento do autor Lopes Junior (2012, *E-book*), citado acima, tem-se a hipótese de o investigado não atender ao chamado para ser submetido

ao reconhecimento pessoal. Nesse caso, o reconhecimento fotográfico não poderia ser considerado prova relevante para a investigação.

O entendimento do autor Lopes Junior (2012, *E-book*) pode gerar discussões em torno da valoração do reconhecimento fotográfico. De fato, deve-se assegurar o direito do investigado de não produzir prova contra si mesmo, mas por outro lado, tem-se o direito à segurança, que é coletivo. Nesse caso, o direito fundamental ao silêncio entra em conflito com o direito à segurança.

Como nenhum direito fundamental é absoluto, havendo imbricamento com o direito à segurança, deve-se analisar o caso concreto, com base na proporcionalidade, a prevalência das provas, em especial se o reconhecimento fotográfico seguir o critério formal do reconhecimento pessoal, poderá servir de prova de valor relativo, como todos os demais meios de prova.

Com esteio na proporcionalidade, deve-se buscar harmonizar a interpretação do texto constitucional, a fim de gerar prevalência ao direito à segurança, em detrimento do direito ao silêncio do investigado.

Como visto, em regra, somente podem ser admitidas as provas tipificadas no Código de Processo Penal, ou seja, as provas nominadas. Excepcionalmente, podem ser admitidas provas atípicas ou inominadas, desde que não constituam subversão da forma estabelecida para uma prova nominada, e, ainda, guardem estrita conformidade com as regras constitucionais e processuais atinentes à prova penal.

A admissibilidade dos meios de prova é estabelecida por exclusão, em princípio, tudo aquilo que, direta ou indiretamente, possa servir para formar a convicção acerca da ocorrência de um fato é aceito como meio de prova. Os atos ilícitos, aqueles contrários ao ordenamento jurídico, não serão admitidos.

Igualmente não serão admitidos meios de prova como “as ordálias, ou juízos divinos, segundo as quais as pessoas eram submetidas a provas físicas para demonstrar que tinham razão. Igualmente inadmissível a prova fundada em crença sobrenatural que escapa às limitações da razão, conforme atualmente reconhecida” (GRECO FILHO, 2012, *E-book*).

Suplantadas as questões relacionadas com os meios de prova, passar-se-á a analisar a violação do segredo das comunicações informáticas e telemáticas como meio de prova no processo penal brasileiro.

3 A VIOLAÇÃO DO SEGREDO DAS COMUNICAÇÕES INFORMÁTICAS E TELEMÁTICAS COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O desenvolvimento de novas tecnologias, o crescimento populacional e a evolução dos meios de comunicação trouxeram a abertura de fronteiras entre as nações, provocando, por conseguinte, o aumento da criminalidade em nível organizado e transnacional. É nesse contexto que se amplia a preocupação com a repressão de crimes praticados no meio digital, ou através dele.

No terceiro capítulo é apresentada a possibilidade da violação do segredo das comunicações informáticas e telemáticas como meio de prova no processo penal brasileiro a fim de atender aos objetivos da investigação dos crimes praticados no meio digital, ou através dele.

3.1 As comunicações informáticas e telemáticas inseridas no contexto de comunicações de dados, referidas pelo dispositivo legal do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal

A origem da violação das comunicações, antes da Constituição de 1988, em nível constitucional brasileiro, previa a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, de maneira aparentemente absoluta (art. 153, § 9º, da Emenda Constitucional 1, de 1969), salvo na hipótese de estado de sítio e de estado ou medidas de emergência (arts.165, § 2º, 158, § 1º, e 155) (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1997, p. 175).

Dividia-se, então, a doutrina quanto à admissibilidade de interceptações telefônicas, efetuadas nos termos do art. 152 do Código de Telecomunicações, que estabelece não constituir violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação. Conforme explicam Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997), para alguns doutrinadores:

[...] o dispositivo seria inconstitucional, assim como também o seriam todos os dispositivos legais que excepcionam a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações: CPP, arts. 232, 233, parágrafo único, 234e, sobretudo, 240, § 1º, f, que prevê a exibição e apreensão de cartas, abertas ou não, em determinadas circunstâncias). De acordo com outra tendência, porém, o dispositivo constitucional não poderia configurar regra absoluta, dentro dos princípios de interceptação harmônica do sistema

constitucional e da convivência das liberdades (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1997, p. 175-176).

O entendimento daqueles que defendiam não configurar regra absoluta o dispositivo constitucional era de que as exceções legais não poderiam configurar aniquilação do princípio constitucional, devendo ser balizadas pelas regras atinentes à matéria e à excepcionalidade da autorização judicial, em face da ocorrência de crimes graves; com observância dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*; motivação da ordem judicial etc (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1997, p. 176).

Greco Filho (2012) também relata sobre o Código Brasileiro de Telecomunicações:

Esse texto era questionado em face da Constituição então vigente, eis que esta garantia, o sigilo das telecomunicações sem qualquer ressalva, de modo que a possibilidade de requisição judicial não teria guarida constitucional. Não era esse, contudo, o entendimento de algumas decisões judiciais e posições doutrinárias que sustentavam a compatibilidade do art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações com a garantia constitucional, considerando-se que nenhuma norma constitucional institui direito absoluto, devendo ser compatibilizada com o sistema, de modo que a inexistência de ressalva no texto da Carta Magna não significasse a absoluta proibição da interceptação, a qual poderia efetivar-se mediante requisição judicial à concessionária de telecomunicações, em casos graves (GRECO FILHO, 2012, *E-book*).

Consagra Fernandes (2010, p. 93) que muito se discutiu sobre a possibilidade de o juiz autorizar interceptação telefônica sem existência de lei própria, com base no Código de Telecomunicações. O autor explica que não era o melhor entendimento, pois esse Código se limita a permitir a autorização e a prescrever que a operação técnica deva ser efetuada pelos serviços das estações e postos oficiais, sem especificar, como exige a Constituição, as hipóteses e formas das interceptações telefônicas.

Sobreveio, então, a Constituição Federal de 1988 que, no artigo 5º, inciso XII, previu ser inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Ante a necessidade de assegurar ao indivíduo a liberdade de contatar com outras pessoas sem o perigo de que o teor de sua comunicação seja utilizado como prova contra a sua pessoa, a Constituição afirma a inviolabilidade do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e das comunicações telefônicas (FERNANDES, 2010, p. 91).

Fernandes (2012) explica qual é o objeto da proteção constitucional do artigo 5º, inciso XII:

O objeto da proteção constitucional é a informação transmitida de um indivíduo a outro por carta, telégrafo, pelo telefone, que deve ser mantida em segredo. A violação do segredo pelo acesso não autorizado à informação constituirá quebra da comunicação. Em suma, o segredo é o que não pode ser revelado, o conteúdo da informação; o sigilo é o meio de proteção da informação e do segredo que contém; a violação do sigilo consiste no conhecimento e na divulgação do segredo quando não autorizado (FERNANDES, 2012, p. 91).

Posteriormente, a Lei n. 9.296/1996 regulamentou o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, e possibilitou que o conteúdo secreto da informação transmitida poderá constituir fonte de prova para a investigação criminal e em instrução processual penal.

Com a previsão constitucional do artigo 5º, inciso XII, surgiu também uma controvérsia em torno do dispositivo. Isso porque, de acordo com Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2018, p. 130), o sigilo absoluto foi imposto como regra, sendo exceção a sua quebra, que somente poderá ser autorizada nos casos expressamente previstos na Lei n. 9.296/1996.

Leva-se em consideração a hipótese do sigilo relativo a que o legislador impôs ao utilizar a expressão “salvo, no último caso”, aposta na parte final do inciso XII, do artigo 5º da Constituição Federal. A propósito, questiona-se se, com tal ressalva, houve referência apenas ao sigilo telefônico ou se a advertência também se estenderia ao sigilo de correspondência e de dados.

Para resolver o empasse, Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2018, p. 130) relatam que a incorreta grafia utilizada pelo legislador fez surgir quatro correntes:

[...] os que defendem que somente pode ser quebrado o sigilo de comunicações telefônicas, com observância restrita dos critérios legais; aqueles que entendem haver dois grupos, o da correspondência, cujo sigilo é absoluto, e o das comunicações telegráficas, de dados e comunicações telefônicas, em que o sigilo seria relativo; e a corrente em que o entendimento prevalecente é o de que o sigilo absoluto abrangeria o grupo das comunicações telegráficas e correspondência, havendo sigilo relativo quanto ao grupo das comunicações telefônicas e de dados; e, os que defendem que nenhum direito ou garantia fundamental da pessoa humana é absoluto, de maneira que, com observância do princípio da proporcionalidade, é possível a busca de uma interpretação harmônica da Constituição Federal, a fim de desvendar, de acordo com o caso concreto, qual garantia fundamental deve prevalecer em detrimento de outra em rota de embrincamento, sem que, jamais, a de maior valor tenha o condão de excluir a de menor valor (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2018, p. 130-131).

Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2018, p. 131), no que se refere ao sigilo relativo do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal ser estendido também ao sigilo de dados e, conseqüentemente, ser objeto da Lei n. 9.296/96, explicam que, hodiernamente, a última

corrente tem prevalecido nos tribunais superiores, ou seja, nenhum direito ou garantia fundamental da pessoa humana é absoluto.

Para essa corrente, com observância do princípio da proporcionalidade, é possível a busca de uma interpretação harmônica da Constituição Federal, a fim de desvendar, de acordo com o caso concreto, qual garantia fundamental deve prevalecer em detrimento de outra, levando em conta que a garantia de maior valor não tenha o poder de excluir a de menor valor (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2018, p. 131).

Fernandes (2010, p. 91) explica que em uma posição mais rígida, com exceção da comunicação por telefone, objeto de tratamento especial e diferenciado, as demais formas de comunicação seriam protegidas de forma absoluta pela Constituição, de modo que jamais poderiam ser violadas para divulgação de segredo nelas contido.

Contudo, para Fernandes (2010, p. 91-92), “a necessidade de equilíbrio entre os bens protegidos constitucionalmente não sustenta tal interpretação. Há, então, que se buscar, no ordenamento, forma de resolução das diversas questões decorrentes da utilização como prova, do conteúdo de comunicação”.

Diversamente, o posicionamento de Greco Filho (2012, *E-book*) é no sentido de que a expressão presente no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, “no último caso” refere-se apenas às comunicações telefônicas, pelas seguintes razões:

Se a Constituição quisesse dar a entender que as situações são apenas duas, e quisesse que a interceptação fosse possível nas comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, a ressalva estaria redigida não como “no último caso”, mas como “no segundo caso”. Ademais, segundo os dicionários, último significa o derradeiro, o que encerra, e não, usualmente, o segundo (GRECO FILHO, 2012, *E-book*).

Greco Filho (2012, *E-book*) relata que a garantia constitucional do sigilo é a regra e a interceptação a exceção, de forma que a interpretação deve ser restritiva quanto a esta (*exceptiora non sunt amplianda*). Com esse entendimento, a conclusão do autor é a de que a Constituição autoriza, nos casos nela previstos, somente a interceptação de comunicações telefônicas e não a de dados e muito menos as telegráficas que, “aliás, seria absurdo pensar na interceptação destas, considerando-se serem os interlocutores entidades públicas e análogas à correspondência”.

No mesmo sentido, o entendimento de Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997, p. 181) explicita que, “como as regras limitadoras de direitos, sobretudo quando excepcionais,

devem ser interpretadas restritivamente, poderia afirmar-se que a previsão de interceptação do fluxo de comunicações, tanto pela informática como pela telemática, é inconstitucional”.

Quanto à expressão “dados” utilizada no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, Fernandes (2010, p. 92) relata que o citado inciso também preserva os dados, pois estes, “em uma exegese restrita, seriam apenas os registros constantes do computador de um indivíduo, os quais contêm segredos a respeito de sua vida. Numa visão mais ampla, abrangeria quaisquer anotações pessoais e reservadas, como as constantes de um diário.”

A utilização como prova do dado protegido pelo sigilo depende da aceitação do princípio da proporcionalidade, que a justificaria para preservar outro valor amparado constitucionalmente e de maior relevância (FERNANDES, 2010, p. 92).

Nesse sentido, para fundamentar a sua posição, Fernandes (2010, p. 92) descreve que o conteúdo do dado poderá ser revelado com a aferição da justa causa, que envolve a aplicação do princípio da proporcionalidade e só se justifica a utilização do conteúdo secreto como prova quando, em determinado caso, há necessidade de se dar proteção a bem de maior valor do que o preservado pelo sigilo do segredo, desde que também esteja amparado constitucionalmente.

As comunicações de dados, como visto no item 1.6 do Capítulo I, referem-se as comunicações informáticas e telemáticas. As comunicações informáticas se dão através de computadores, periféricos, *softwares*, e outros mecanismos que possibilitam o processamento, o armazenamento e a comunicação de grandes quantidades de dados, nos formatos de texto, imagem e som. As comunicações telemáticas são resultantes do conjunto de tecnologias advindas das telecomunicações, como a telefonia, satélite, cabo, fibra.

Portanto, seguindo os entendimentos do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, há a possibilidade de interceptação, para fim de investigação criminal ou instrução processual penal, das comunicações de dados, inserindo-se também as comunicações de informática e telemática.

A partir da constatação que a obtenção de prova por meio de interceptação das comunicações foi autorizada no inciso XII do artigo 5º, da Constituição Federal, sendo, por isso, objeto de tratamento da Lei n. 9.296/1996. Passar-se-á a análise da aplicação da Lei n. 9.296/1996 para as comunicações de dados.

3.2 A lei n. 9.296/1996 que previu a interceptação telefônica também regulamenta as mesmas regras para as comunicações de dados

O século XXI vem sendo marcado pelo progresso expressivo dos meios de comunicação, viabilizados pelo uso da Internet. Nesse ínterim, é fundamental analisar o contexto histórico-sociológico vivenciado na atualidade. O mundo hodierno exige do Poder Público a viabilização da persecução criminal, para que se evite a formação de um verdadeiro Estado Paralelo, onde as regras da convivência social apenas são elaboradas no sentido do atendimento aos interesses dos malfeitores.

Recentemente, têm sido introduzidos no ordenamento jurídico pátrio inúmeros instrumentos para viabilizar o combate efetivo à criminalidade. Na era da informação, a Lei n. 9.296/1996 têm sido potencializadora como meio de prova disponível para a constatação da materialidade de determinados delitos e de sua autoria, notadamente, àqueles que não deixam rastros materiais a serem identificados por outros meios. Destarte, o objetivo da interceptação dos meios de comunicação consiste na colheita de elementos probatórios para a demonstração da materialidade e da autoria delitivas.

A Constituição Federal brasileira já previa a violação do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Ocorre que, a disseminação da Internet sobreveio, fazendo com que a Lei n. 9.296/1996 previsse a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, no parágrafo único do artigo 1º.

As discussões a respeito da interceptação das comunicações em sistemas de informática e telemática decorrem da propagação dos avanços tecnológicos, da sofisticação e do profissionalismo de certos criminosos, principalmente, quando integram quadrilhas estruturadas, equipadas e organizadas. Reclama-se, portanto, o emprego de mecanismos também modernos para que a investigações criminais obtenham êxito. Os grupos que se dedicam, por exemplo, ao tráfico de drogas, contrabando, roubo a instituições financeiras e corrupção, procuram, a cada dia, aperfeiçoar sua prática delitiva, eliminando ou reduzindo ao máximo os riscos do insucesso, por isso também as formas de investigação devem se aprimorar.

Nesse cenário, a interceptação pode configurar um importante instrumento de combate ao crime. Compreendendo-se a interceptação como captação da conversa por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um só deles, por meio dela, ocorre a escuta ou gravação enquanto a conversa se desenvolve. Interceptar é colher durante a passagem a conversa de outros (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1997, p. 172-

173).

Não desfigura a natureza da interceptação, segundo Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997, p. 173), quando um dos interlocutores sabe que ela está ocorrendo. Mas, para distinguir a hipótese de interceptação sem o conhecimento dos interlocutores daquela feita com a anuência de um deles, os autores explicam que se pode reservar a denominação de “interceptação *‘stricto sensu’* à primeira, enquanto para a segunda se pode falar em *escuta*”.

De acordo com Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997, p. 173), quando um dos interlocutores “grava sub-repticiamente sua própria conversa, telefônica ou entre presentes, não configuram interceptações, mas gravações *clandestinas*”.

Tomando como base os posicionamentos elencados no item 3.1, favoráveis a possibilidade de interceptação, para fim de investigação criminal ou instrução processual penal, das comunicações de dados, leva-se a conclusão que a Lei n. 9.296/1996 que previu a interceptação telefônica também regulamenta as mesmas regras para comunicações de dados.

O artigo 1º da Lei n. 9.296/1996 define o objeto de aplicação de interceptação das comunicações, como sendo a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer, natureza, e no parágrafo único, a interceptação de comunicações em sistemas de informática e telemática. Dessa forma, a Lei n. 9.296/1996 que previu a interceptação telefônica também regulamenta as mesmas regras para comunicações de dados, sejam elas, comunicações de informática ou telemática.

A extensão da aplicação da Lei n. 9.296/1996, no parágrafo único do artigo 1º, às interceptações do fluxo de comunicações em sistemas de informação e telemática deu lugar a discussões a respeito de sua constitucionalidade.

A primeira corrente, de acordo com Greco Filho (1996, p. 11-13), diz que o dispositivo é inconstitucional, pois somente permitiu no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, a quebra do sigilo telefônico, assegurando irrestritamente o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e de dados. A comunicação telefônica é somente a comunicação de voz entre interlocutores, não podendo, assim, abranger a comunicação de dados por sistema de informação e telemática.

Numa outra interpretação, segundo Gomes e Cervini (1997, p. 167-171), admite-se a constitucionalidade de regra. Os autores consideram serem a comunicação informática e a comunicação telemática formas derivadas do gênero comunicação telefônica. Não se restringe, portanto, o significado da comunicação telefônica apenas à transmissão de voz e sons, abrangendo nela a transmissão de dados por telefone entre dois usuários de computador, como no sistema *modem*.

Sobre a pauta, Jesus (1997, 458-473) entende que a comunicação de dados também está sujeita à interceptação, pois não há garantia constitucional absoluta, devendo-se atentar ao princípio da proporcionalidade.

Por fim, Gomes e Cervini (1997, p. 171-176) possuem posição ampliativa e admitem também a interceptação por telemática independente de telefonia.

Na atual conjuntura, não se pode desprezar o avanço da informática, sendo admitida, assim, também, a colheita dos dados obtidos por intermédio dos respectivos sistemas, inclusive através da rede de Internet, justificando os posicionamentos que permitem a interceptação das comunicações de dados.

A prova obtida pela interceptação das comunicações de dados será essencial para a persecução criminal de crimes que dependam de tal prova. Quanto ao valor probante do resultado da interceptação, segundo Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997, p. 175), a questão se insere no momento probatório da valoração pelo juiz, nada tendo a ver com a admissibilidade da prova.

Por outro lado, Andrade (2003, p. 61) explica que a sobrevivência da criminologia saiu da academia para ganhar as ruas e legitimar o sistema penal, como ciência do controle social. O atual modelo de controle penal e a mudança do paradigma criminológico, igualmente, ultrapassam o plano da ciência e da academia para alçar o plano da rua e da transformação cultural do senso comum que, apoiado na criminologia tradicional e outros saberes, que hoje vulgarizados no plano da formação massiva de opinião pública pela mídia, sustenta ideologicamente o modelo.

Tomando como base a leitura de Andrade (2003), a interceptação do fluxo das comunicações de informática e telemática estariam sendo utilizadas a fim de atender ao controle social, saindo do plano da ciência e da academia, que prevê o direito penal como *ultima ratio*. Nesse sentido, a interceptação tem sido utilizada, hoje, como uma das principais linhas de investigação, fato que fere o princípio da intervenção mínima. Nesse contexto, retoma-se a discussão da violação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos desenvolvida no primeiro capítulo.

A decisão que permitir a violação do sigilo das comunicações de dados terá natureza cautelar.

3.2.1 A natureza cautelar das decisões que autorizam a violação do sigilo das comunicações informáticas e telemáticas

O artigo 2º da Lei n. 9.296/1996 estabelece as hipóteses em que não será admitida a interceptação. O inciso I relata que não será admitida a interceptação de comunicações quando não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal. Ao autorizar a violação do sigilo, o magistrado deverá motivar a sua decisão no *fumus boni iuris*. Nesse sentido:

A interceptação, por ser providência de natureza cautelar, não é admitida quando não estiver presente o *fumus boni iuris* ou a aparência do direito, que, no crime, engloba duas exigências: a probabilidade da autoria e a probabilidade de ocorrência de infração penal. Tais exigências estão contidas no inc. I do art. 2.º, sendo uma alusiva ao agente – existência de “indícios razoáveis da autoria ou participação” – e outra à materialidade – ocorrência de “infração penal” (FERNANDES, 2010, p. 96).

A execução das interceptações exige, na maioria dos ordenamentos, ordem judiciária. Conforme explicam Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997):

O provimento que autoriza a interceptação tem natureza *cautelar*, visando assegurar as provas pela fixação dos fatos, assim como se apresentam no momento da conversa. Por isso mesmo a operação só pode ser autorizada quando presentes os requisitos que justificam as medidas cautelares (*fumus boni juris e periculum in mora*), devendo ainda ser a ordem motivada (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1997, p. 174).

Inicialmente, cumpre salientar que, no caso concreto, o juiz irá avaliar a presença da probabilidade de autoria e a probabilidade de infração penal para as investigações em andamento ou processo instaurado, ficando excluída a possibilidade de interceptação sem prévia suspeita (FERNANDES, 2010, p. 96).

O inciso II, do artigo 2º, da Lei n. 9.296/1996, autoriza a interceptação se a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis. De acordo com Fernandes (2010, p. 97), não será tarefa fácil para o juiz examinar, em cada caso, se há outros meios disponíveis para produzir a prova.

O Magistrado irá extrair o seu convencimento com base nos meios que eram ou podiam ser de seu conhecimento no momento da decisão. Por isso, não será ilegítima a autorização judicial quando, depois, venha a se demonstrar a existência de outros meios, antes desconhecidos ou descobertos posteriormente (FERNANDES, 2010, p. 97).

O inciso III, do artigo 2º, da Lei n. 9.296/1996, diz que só será possível a interceptação em crime punido com reclusão. Logo, a interceptação fica excluída para a prova de contravenções penais, punidas com prisão simples, e de crimes apenados com detenção.

Fernandes (2010, p. 97) relata que, se por um lado, há exagero ao admitir a medida em qualquer delito punido com reclusão, por outro não se justifica a total restrição da interceptação em contravenções e crimes punidos com detenção, pois também para a demonstração de tais infrações ela poderia ser necessária, como pode suceder na apuração da contravenção do jogo de bicho e de crimes de ameaça ou injúria praticados por telefone e punidos com detenção.

Nesse sentido, de acordo com Fernandes (2010, p. 97), “ora, a interceptação é meio de obtenção de prova e, assim, tanto pode ser útil em crimes de maior como de menor gravidade e, por isso, mais importante seria determinar as infrações em que a interceptação pode constituir valioso meio de investigação ou instrução processual”.

Segundo Greco Filho (1996, p. 15), a forma abrangente seguida pelo legislador ao prever a interceptação em todos os crimes punidos com reclusão é perigosa, podendo dar margem a abusos, sem o resultado positivo de melhoria na colheita de elementos de investigação ou de prova.

Ademais, Greco Filho (1996, p. 15) relata que é “[...] de se ponderar a respeito dos bens jurídicos envolvidos: não se pode sacrificar o bem jurídico da magnitude do sigilo das comunicações telefônicas para a investigação ou instrução de crime em que não estejam envolvidos bens jurídicos de maior valor”.

Levando em consideração o inciso III, do artigo 2º, da Lei n. 9.296/1996, que exclui a incidência da interceptação para a prova de contravenções penais, punidas com prisão simples, e de crimes apenados com detenção, bem como a fala de Greco Filho, citada acima, é relevante destacar o crime de ameaça, apenado com detenção, em que o agente utiliza meios de comunicações de dados fraudulentos cadastrados em nome de terceiro e se esgota as vias recursais para esclarecer a autoria do crime, restando única e exclusivamente, a interceptação de dados para tentar desvendar a autoria.

No caso supracitado, algumas questões emergem no sentido de que não seria possível, com esteio na proporcionalidade, buscar harmonizar a interpretação do texto constitucional, para invocar a prevalência do direito à segurança, em detrimento do direito à intimidade, à privacidade ou à vida privada do usuário de comunicação de dados? Será que alguém pode se esconder atrás de um direito fundamental para praticar infração penal?

A fim de responder tais questionamentos, analisa-se a Diretiva n. 58, de 12 de julho de 2002, do Conselho da União Europeia e do Parlamento Europeu, que estabeleceram regras

claras sobre o tratamento de dados pessoais e a proteção da intimidade no setor das comunicações eletrônicas (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2018, p. 133).

A Diretiva n. 58, do Conselho da União Europeia e do Parlamento Europeu, ressaltou as hipóteses de limitação legais que poderão ser adotadas por lei pelos países-membros quando forem medidas necessariamente proporcionais e apropriadas, em uma sociedade democrática, para proteger a segurança nacional, a defesa, a segurança pública, a prevenção, a investigação, o desvendamento da autoria e a persecução de delitos, incluindo, nessas hipóteses, a possibilidade de armazenamento dos dados por prazo limitado para que os encarregados das investigações cumpram suas metas com o máximo de eficiência possível (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2018, p. 133).

A legislação espanhola, seguindo diretrizes do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, tratou distintamente a questão dos dados pessoais e do seu tratamento, impondo como regra o sigilo para isso, mas estabelecendo mecanismos judiciais para a revelação nos casos em que legalmente o interesse público for preponderante.

No Brasil, e levando em conta o direito comparado, a fim de inibir que alguém se esconda atrás de um direito fundamental para praticar infração penal, deve-se interpretar o ordenamento jurídico com as ferramentas que visam rechaçar esse pensamento. Para isso, a respeito do fornecimento de dados pessoais por parte dos provedores de conexão e de aplicações de internet, para fins de instruir investigação criminal ou instrução processual penal, a Lei n. 12.830/2013, no artigo 2º, §2º, permite ao Delegado de Polícia a requisição de perícia, de informações, de documentos e de dados que interessem à apuração dos fatos.

Sem prejuízo, dentro desse contexto, a Lei n. 12.850/2013, lei do crime organizado, em seus artigos 15, 16 e 17, estipula que o Delegado de Polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, filiação e endereço mantido pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito, assim aos bancos de dados de reservas e registros de viagens de transporte, além de números de identificação dos números de terminais de origem e destino das ligações internacionais, interurbanas e locais de concessionárias de telefonia fixa ou móvel (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2018, p. 133).

Atualmente, foi aprovada a Lei n. 13.709/2018, a lei geral de proteção de dados, que disciplina a forma como informações são coletadas e tratadas, especialmente em meios digitais, como dados pessoais de cadastro ou até mesmo textos e fotos publicadas em redes sociais. A lei prevê, no seu artigo 4º, inciso III, que as disposições da lei não se aplicam ao tratamento de

dados realizado para fins exclusivos de segurança pública, de defesa nacional, de segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais.

Ninguém poderá se esconder atrás de um direito fundamental para praticar infração penal. A segurança pública e os direitos fundamentais devem entrar em harmonia, através do princípio da proporcionalidade, que será instrumento para a melhor interpretação do texto constitucional. A proporcionalidade irá acomodar a interpretação do texto constitucional, para buscar a prevalência do direito à segurança, em detrimento do direito à intimidade, privacidade ou vida privada do usuário de comunicação de dados, desde que analisado caso a caso.

É comum encontrar argumentos dos dois lados, quando os discursos se tornam radicais. Muitos defensores dos direitos humanos e direitos fundamentais acusam os órgãos mantenedores da segurança pública de violar esses direitos a pretexto de garantir a ordem pública. Sob outro foco, vários agentes estatais, encarregados da segurança pública, acusam os defensores dos direitos humanos e dos direitos fundamentais de interpor barreiras ao seu trabalho e, por isso, a ordem pública seria prejudicada.

Para solucionar o empasse, deve-se buscar pelo respeito aos direitos humanos e direitos fundamentais, obstando abusos estatais de qualquer ordem. Por outro lado, a segurança pública é um dever da coletividade, que dispõe de órgãos constituídos justamente para preservá-la, dando suporte a todos. Por isso, nenhum crime pode ficar à margem de investigação.

Além disso, a decisão cautelar que autorizar a violação do sigilo das comunicações informáticas e telemáticas deve se atentar à resolução do Conselho Nacional de Justiça, número 59, de 9 de setembro de 2008, que estabelece outros requisitos que deverão constar expressamente na decisão do Magistrado.

O artigo 10 da resolução 59 de Conselho Nacional de Justiça, prevê os seguintes requisitos legais, que deverão ser atendidos na decisão de deferimento da medida cautelar de interceptação:

I - a autoridade requerente; II - o relatório circunstanciado da autoridade requerente; III - os indícios razoáveis da autoria ou participação em infração criminal apenada com reclusão; IV - as diligências preparatórias realizadas, com destaque para os trabalhos mínimos de campo, com exceção de casos urgentes, devidamente justificados, em que as medidas iniciais de investigação sejam inviáveis; V - os motivos pelos quais não seria possível obter a prova por outros meios disponíveis; VI - os números dos telefones ou o nome do usuário, e-mail ou outro identificado no caso de interceptação de dados; VII - o prazo da interceptação, consoante o disposto no art. 5º da Lei 9.296/1996; VIII - a imediata identificação dos titulares dos referidos números ou, excepcionalmente, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas; IX - a expressa

vedação de interceptação de outros números não discriminados na decisão; X - os nomes de autoridades policiais e de membros do Ministério Público responsáveis pela investigação, que terão acesso às informações; XI - os nomes dos servidores do cartório ou da secretaria, bem assim, se for o caso, de peritos, tradutores e demais técnicos responsáveis pela tramitação da medida e expedição dos respectivos ofícios, no Poder Judiciário, na Polícia Judiciária e no Ministério Público, podendo reportar-se à portaria do juízo que discipline a rotina cartorária (RESOLUÇÃO N. 59, CNJ, 2008).

Não obstante, o § 1º relata que nos casos de formulação de pedido verbal de interceptação, o servidor autorizado pelo magistrado deverá reduzir a termo os pressupostos que autorizem a interceptação, tais como expostos pela autoridade policial ou pelo representante do Ministério Público.

A resolução coloca ainda, como requisito de deferimento da decisão judicial, sempre a forma escrita e fundamentada. E, veda a utilização de dados ou informações que não tenham sido legitimamente gravados ou transcritos.

A gravação regulamentada pela Lei n. 9.296/1996, segundo Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997, p. 174), já constitui documento, mas isto não exime os órgãos encarregados da operação técnica de certificar todas as etapas desenvolvidas, aliás, a doutrina tem se manifestado no sentido da lavratura de termo, mesmo quando a interceptação não tenha tido êxito.

Além da legalidade da decisão cautelar, a violação do sigilo das comunicações informáticas e telemáticas deverá sempre, ser concedida através da autorização judicial.

3.2.2 Legalidade da violação do sigilo das comunicações informáticas e telemáticas como meio de prova no processo penal brasileiro

Ao se falar em legalidade, em primeiro lugar, cumpre destacar os requisitos impostos pela própria norma constitucional. Necessariamente, a violação do sigilo das comunicações de dados deverá ser objeto de ordem judicial. É, pois, imperioso, que a autoridade responsável pela colheita da prova em tela solicite ao magistrado competente a autorização para a realização da diligência ou o mesmo, diante do contexto identificado, de ofício, a determine.

A menção à expressão ordem significa que o pronunciamento do julgador antecede a dita diligência, não sendo meramente homologatório, mas traduzindo uma determinação a ser cumprida, rigorosamente, nos termos do artigo 1º da Lei n. 9.296/1996.

Quanto ao procedimento pertinente à interceptação autorizada das comunicações, o artigo 3º da Lei n. 9.296/1996 estabelece que a mesma pode ser ordenada, de ofício pelo juiz,

isto é, independentemente de qualquer provocação, ou pode ser determinada a partir de requerimento tanto da autoridade policial, na investigação criminal, quanto do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal. Cumpre consignar que a Lei n. 9.296/1996 não se referiu ao querelante e ao assistente da acusação, sendo explícita a menção ao representante do Parquet.

Complementarmente, a respeito de possível ilicitude na obtenção da prova, Fernandes (2010, p. 91) destaca que quando o conhecimento do segredo da informação decorrer de atividades ilegais de autoridades ou advir de revelação feita pelo destinatário da comunicação ou por terceira pessoa sem permissão do titular do segredo e sem amparo na lei, haverá ilicitude na obtenção da prova.

Em adição, Fernandes (2010, p. 91) entende que é permitida a gravação como prova quando houver justa causa, como sucede nas gravações, em caso de sequestro, de conversas entre os sequestradores e familiares da vítima. Nada impede que o juiz autorize a escuta, se vier a ser feito requerimento nesse sentido. Mas não é necessária a autorização judicial, pois se houver a gravação sem ela, mas estiver fundada em justa causa, a prova poderá ser utilizada.

A fim de coibir a violação do sigilo de comunicações sem a autorização judicial, a Lei n. 9.296/1996 previu, no artigo 10, novo tipo penal, descrevendo, como crime, a conduta de realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo de Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

A ausência da autorização judicial vicia a diligência e, mais, transforma-a, de mera ação policial legítima, em infração penal. Qualquer pessoa que perpetrar tal conduta (um detetive particular, por exemplo) estará se enquadrando como sujeito ativo do crime. Também é criminosa a conduta consistente em realizar uma interceptação determinada pelo magistrado, porém, com objetivos não autorizados em lei.

De modo adicional às constatações supracitadas, é válido ressaltar que a diligência é admitida para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; se direcionada a outra finalidade, a interceptação constitui crime, ainda que precedida de autorização judicial. Não é cabível o emprego do mecanismo em análise para instruir feitos de outra natureza ou para divulgar, sem a permissão das pessoas envolvidas, aspectos da intimidade e da vida privada das mesmas.

Ademais, ao provocar o pronunciamento jurisdicional, o interessado deve demonstrar, conforme os explícitos termos do artigo 4º, *caput*, da Lei n. 9.296/1996, que a diligência é necessária à apuração da suposta infração penal, indicando os meios a serem empregados.

Para uma medida mais rápida do procedimento, considerando que, às vezes, não há

tempo suficiente para formalização do requerimento, a Lei 9.296/1996 admite, no § 1º do artigo 4º, que o mesmo seja formulado verbalmente, em caráter excepcional, condiciona a concessão à sua redução a termo. O § 2º do mesmo dispositivo fixa o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para a apreciação do pedido, medida salutar, tendo em vista a circunstância de que, no caso, a demora pode tornar ineficaz a diligência.

Ainda, para a legalidade da interceptação das comunicações de dados, o procedimento será executado, nos termos do artigo 6º da Lei 9.296/1996, pela autoridade policial, com a imprescindível ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhá-lo. O artigo 7º impôs, por conseguinte, à concessionária a obrigação de colaborar com a elucidação dos fatos e com as repercussões decorrentes.

Ainda no que tange à execução em si mesma da diligência, os §§ 2º e 3º, do artigo 6º, da Lei em comento, prescrevem que, caso seja possível a gravação da comunicação objeto da interceptação, deverá ser realizada a sua transcrição, sendo encaminhado o resultado da escuta ao magistrado, acompanhado de um auto circunstanciado, no qual serão resumidas as operações efetuadas. De posse de tais elementos, o Juiz cientificará a respeito o Ministério Público, determinando a autuação do incidente.

O artigo 8º, em seu *caput*, determinou que a interceptação ocorreria em autos apartados, quis, mais uma vez, assegurar a proteção à intimidade e à vida privada das pessoas envolvidas. Assim, os aludidos autos serão apensados ao inquérito policial ou à ação criminal, na ocasião oportuna, nos termos do parágrafo único de tal dispositivo.

Esgotados tais requisitos de legalidade para a interceptação das comunicações de dados, tratar-se-á dos acordos de cooperação internacional pertinentes ao assunto.

3.3 Acordos de cooperação internacional

No século XXI, o desenvolvimento tecnológico, o crescimento populacional e a propagação dos meios de comunicação proporcionam a abertura de fronteiras entre os estados, corroborando, por conseguinte, com o aumento da criminalidade em nível organizado e transnacional. É nesse contexto que se amplia a preocupação com a repressão dos crimes, como o tráfico de drogas, a corrupção, a criminalidade organizada, o terrorismo etc.

Com o propósito de acompanhar o ritmo do avanço criminal nessa seara, emergem as tratativas internacionais em prol da cooperação jurídica internacional. De acordo com Fernandes (2019, p. 165), o aspecto crucial na cooperação internacional, não apenas na seara constitucional-penal, envolve, sobretudo, a soberania dos países e os limites dos poderes

constitucionais, administrativos e jurisdicionais, além da atuação de diversos órgãos públicos.

Nessa perspectiva, de acordo com Fernandes (2019, p. 165):

As tratativas permitiram repensar esses conceitos e viabilizar a expansão e a celeridade da atuação estatal em prol de uma efetiva persecução penal, trazendo benefícios para toda a comunidade internacional, porquanto, ao revés, inviabilizar-se-ia tal desiderato em face da incompatibilidade dos métodos tradicionais, quiçá anacrônicos, incompatíveis com o incremento das demandas e com o ritmo requeridos (FERNANDES, 2019, p. 165).

A cooperação jurídica internacional, outrora, em sentido estrito, estaria relacionada apenas à matéria judicial. Na contemporaneidade, tem se entendido em sentido lato, afetando qualquer forma de cooperação envolvendo os organismos do Estado, amparada na norma legal (FERNANDES, 2019, p. 167).

Tem-se, ainda, como espécie de cooperação jurídica internacional, ao lado da extradição e da transferência de execução da pena, a chamada transferência de pessoas condenadas, de cunho humanitário, para que o recluso cumpra pena no país de origem, próximo aos familiares e no seu ambiente social e cultural, conforme linha das diretrizes das Organizações das Nações Unidas, intermediada administrativamente pela “autoridade central no Brasil” (FERNANDES, 2019, p. 168).

O autor continua explicando que “opera-se ainda a cooperação jurídica internacional, de forma ativa, do ponto de vista do país interessado, quando este é demandante, ou de forma passiva, hipótese em que, não havendo interesse, o país é demandado” (FERNANDES, 2019, p. 168). Segundo Fernandes (2019, p. 167), a cooperação jurídica internacional engloba algumas espécies, como se verá a seguir. A primeira delas é a “cooperação direta”, “trata-se de forma administrativa envolvendo diretamente os órgãos e as entidades interessadas sem percorrer as vias diplomáticas, judiciais ou as autoridades centrais, sendo, portanto, das mais céleres” (FERNANDES, 2019, p. 168).

Fernandes (2019, p. 167), explica que cooperação direta, de forma administrativa, ocorre no limite da legislação local e das cláusulas de reserva de afastamento de sigilo por meio do Poder Judiciário, envolvendo diretamente os órgãos interessados e as autoridades dos respectivos países.

Trata-se de cooperação sem muita formalidade, em regra operacionalizando-se por meio de sistemas eletrônicos, ou mesmo missivas eletrônicas (*e-mails*), ou, ainda, por requisições, ofícios, para obtenção e troca de dados e conhecimentos por meio das polícias judiciárias diretamente entre estas [...] (FERNANDES, 2019, p. 168).

A segunda espécie de cooperação jurídica internacional é o “auxílio direto”. Segundo Fernandes (2019, p. 169), não se confunde com a “cooperação direta”, seja da forma exclusivamente administrativa, isto é, quando não há necessidade de nenhum pronunciamento jurisdicional nos termos da legislação local do país requerido, ou mesmo que se faça necessária a intervenção do Poder Judiciário.

No caso de intervenção do Poder Judiciário, “opera-se de forma administrativo-judicial”, tem-se por finalidade obter a informação, prova, restrição ou medida assecuratória pretendida, com mais celeridade, por intermédio de órgãos incumbidos nos respectivos países para tal, denominados de “autoridades centrais” (FERNANDES, 2019, p. 170).

Quanto à forma cooperação pelo auxílio direto, Fernandes (2019, p. 167) relata a existência, de forma exclusivamente administrativa ou administrativo-judicial sempre que houver a necessidade de atuação do Poder Judiciário, em qualquer das hipóteses, prevendo-se a tramitação do pleito por intermédio das denominadas “autoridades centrais” dos países envolvidos (FERNANDES, 2019, p. 167).

No auxílio direito, o pedido na origem realizado pela autoridade interessada, no caso do Brasil, a autoridade de cunho investigativo, será direcionado por meio das autoridades centrais de ambos os países para a autoridade administrativa ou judicial, em regra de primeira instância, equivalente, no país requerido, a qual providenciará em nome próprio, mas para atendimento do pleito estrangeiro, a medida administrativa ou a demanda judicial necessária ao atendimento do pleito para posterior devolutiva. A tramitação do auxílio direto será operada consoante as regras administrativo-judiciais dos respectivos países envolvidos, em geral disciplinada pela autoridade central (FERNANDES, 2019, p. 170).

A terceira espécie de cooperação jurídica internacional é a “carta rogatória”. Conforme explica Fernandes (2019):

Carta rogatória, revisão ou homologação de sentença penal estrangeira, extradição de pessoas, transferência de execução da pena, transferência de pessoas condenadas, entre outras, envolvendo, nesses casos, além do Poder Judiciário, as respectivas representações diplomáticas dos países para chancela e tramitação, em que pesem as inovações admitindo-se celeridade na intermediação por meio das “autoridades centrais” (FERNANDES, 2019, p. 167).

Por fim, há a forma de cooperação jurídica internacional, classicamente entendida como “cooperação judicial”, em regra empregada para carta rogatória, a fim de que pessoas

sejam citadas ou intimadas no estrangeiro, ou para que algumas diligências possam ser executadas, como a restrição de bens e o afastamento de sigilo bancário, fiscal, bursátil e telefônico (FERNANDES, 2019, p. 173).

Assim, no Brasil, além da homologação de sentença penal estrangeira, há possibilidade de extradição de pessoas, observadas as vedações em relação aos nacionais, passível de ser realizada no Brasil desde 2016, com mais celeridade, por intermédio da autoridade central ao lado do procedimento de transferência de execução da pena e da transferência de pessoas condenadas, dentre outras medidas assecuratórias e de natureza jurisdicionais que se operam por meio do pronunciamento judicial após a provocação, ou não, de qualquer autoridade requerente no país solicitante (FERNANDES, 2019, p. 173).

As espécies de cooperação jurídica internacional apresentadas acima auxiliam as autoridades estatais responsáveis pela condução de investigações criminais, pela persecução e pelo julgamento de processos penais, haja vista a necessidade de obtenção de diligências e elementos probatórios no exterior, a fim de colaborar com a elucidação da autoria e da materialidade de determinada conduta criminosa e com a apuração dos fatos.

Nesse contexto, especificamente, a interceptação das comunicações de dados, prevista pela Lei n. 9.296/96, poderá ocorrer de forma globalizada para apurar crimes transnacionais.

Nesse sentido, explica Giacomet Junior (2019):

Surge, conseqüentemente, especialmente para as autoridades competentes do Poder Judiciário, dos Ministérios Públicos e das Polícias Judiciárias que atuam diretamente com processos penais e investigações criminais, assim como para os advogados que lidam com a matéria, o relevante desafio de desbravar os princípios, as regras e as peculiaridades do direito penal e processual internacional, de forma a fazer valer efetivamente a aplicação da lei e a realização da justiça criminal, mesmo quando determinado inquérito policial, investigação ou processo penal necessite de eventuais medidas – instrutórias, probatórias, cautelares ou mesmo decisórias – a serem obtidas fora do território nacional (GIACOMET JUNIOR, 2019, p. 10).

No Brasil, atualmente, com o surgimento de mecanismos inovadores de auxílio jurídico internacional em matéria penal e com o estabelecimento de uma autoridade central nacional responsável pela coordenação e pelo trâmite dos pedidos de cooperação jurídica internacional, denota-se que a expertise desse órgão vem funcionando crescentemente como verdadeiro disseminador e facilitador de conhecimento, em virtude da atuação prática reiterada e aprofundada com um tema extremamente detalhado e especializado, qual seja, a cooperação jurídica internacional (GIACOMET JUNIOR, 2019, p. 11).

A autoridade central é a peça fundamental no atual sistema de cooperação jurídica internacional. Cuida-se de um órgão, designado por cada país, que tem as funções de receber e encaminhar os pedidos de cooperação recebidos das autoridades judiciárias, do Ministério Público ou da Polícia Judiciária, bem como dar cumprimento ou encaminhar às autoridades locais os pedidos oriundos da autoridade central estrangeira, além de prestar informações ou diligenciar para um rápido andamento dos pedidos.

Assim, atuando na condição de autoridade central brasileira para as demandas de cooperação jurídica internacional, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI, órgão integrante da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça e Segurança Pública, dentre as diversas atribuições que lhe são designadas, vem prestando constante suporte e orientações às autoridades brasileiras competentes que necessitam do auxílio jurídico internacional para instrução de seus inquéritos policiais e processos penais.

No Brasil, as solicitações de auxílio jurídico internacional podem ter como base jurídica uma convenção multilateral ou um acordo bilateral sobre matéria penal, desde que estejam devidamente firmados e ratificados pelos Estados e validamente incorporados às respectivas ordens jurídicas internas. Em tais hipóteses, esses tratados internacionais preveem que o trâmite dos pedidos se dará diretamente por intermédio das autoridades centrais dos países, dispensando a necessidade de veiculação dos mesmos por intermédio da via diplomática (GIACOMET JUNIOR, 2019, p. 12).

De outro lado, o fato de inexistirem acordos ou convenções em vigor para fins de assistência jurídica internacional em matéria penal entre determinados Estados, não significa necessariamente que o Estado não possa solicitar a outro uma diligência para tal finalidade (GIACOMET JUNIOR, 2019, p. 12).

Nessas situações, a base jurídica para os pedidos de cooperação jurídica internacional comumente utilizada é o conhecido princípio da reciprocidade, a ser firmado pelo Ministério das Relações Exteriores, dando garantias que em situações semelhantes, caso necessário, o Brasil também irá cumprir eventuais pedidos estrangeiros (GIACOMET JUNIOR, 2019, p. 12).

O mecanismo de Cooperação Jurídica Internacional direta em matéria penal tende a substituir o antigo sistema de cartas rogatórias, fornecendo um meio mais rápido e eficiente para a produção de prova e a prática de atos processuais penais no estrangeiro. Essa mudança é resultado da superação da antiga concepção do crime com um fenômeno estritamente local, a ser tratado exclusivamente pela legislação nacional, e mostra-se coerente com os tempos em que a criminalidade transnacional, organizada ou convencional, deixou de ser algo excepcional para se tornar fenômeno a cada dia mais comum.

CONCLUSÃO

Inicialmente, realizou-se a análise de princípios constitucionais, que servem de alicerce para todo o ordenamento jurídico no que concerne aos direitos individuais e aos direitos da personalidade. Os direitos fundamentais cumprem papel fundamental na vida social, pois, em razão de seus fundamentos históricos e filosóficos, como os princípios da dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito, garantem o reconhecimento, proteção e promoção de condições mínimas de sobrevivência.

Mostrou-se grandiosa a discussão do Estado Democrático de Direito para a preservação dos direitos humanos, a partir da retomada dos modelos normativos de democracia. O paradigma dos direitos humanos é um paradigma liberal, em que interessa, sobretudo, a proteção do indivíduo sobre o arbítrio da coletividade. Nesse sentido, a proteção dos direitos fundamentais e direitos humanos devem ser analisados sob a ótica do Estado liberal, a fim de proteger indivíduo contra a força da massa e contra a força Estatal.

Os direitos fundamentais estão previstos no artigo 5º e seus incisos, da Constituição Federal. Por não ser um rol taxativo, os direitos fundamentais poderão ser encontrados ao longo do texto constitucional, expressos ou decorrentes dos tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte.

Os direitos inerentes à personalidade integram a condição essencial da pessoa humana, como pressuposto de sua dignidade e de sua existência. Os direitos de personalidade são aqueles relacionados à vida, à privacidade, à imagem, à integridade física, entre outros. Constituem direitos necessários para o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana em aspectos morais, físicos e psíquicos.

Além disso, o direito à liberdade individual, também previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal Brasileira, ao passo que diversos de seus incisos cuidam das liberdades em espécie, foi reconhecido na primeira dimensão de direitos e definido por cunho individualista, assegurando os direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa. A liberdade individual é marcada como um direito de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder.

O empasse surge quando os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente entram em colisão, restando dúvidas da aplicação de um direito fundamental em detrimento de outro direito fundamental.

A fim de resolver o problema proposto, qual seja, a regra do sigilo das comunicações

de informática e telemática previsto no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, constatou-se que os direitos fundamentais não se revestem de caráter absoluto. Quando os princípios se cruzarem, deve-se considerar o peso ou importância de cada princípio. Assim, constata-se que um princípio tem precedência em face do outro sob determinadas condições, porquanto os princípios possuem pesos diferentes e os com maior peso têm precedente em determinado caso.

A fim de buscar resposta para os objetivos específicos, no que tange aos fundamentos para a possibilidade da utilização da violação do sigilo das comunicações de informática e telemática como meio de prova no processo penal brasileiro, chegou-se a aplicação do princípio da proporcionalidade, que tem sido utilizado no conflito entre princípios, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal. Para a sua aplicação, entretanto, é indispensável a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Além disso, a análise da violação do segredo dos direitos fundamentais na perspectiva dos direitos humanos deverá ser realizada caso a caso, sob a ótica do Estado liberal.

Nesse sentido, levando em consideração que os direitos fundamentais à liberdade individual, à privacidade, à intimidade e à vida privada não se revestem de caráter absoluto, e, analisando a possibilidade de restrição desses direitos em detrimento da aplicação do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal como meio de prova, é que surge a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade.

O segundo objetivo específico proposto na pesquisa foi desenvolvido no segundo capítulo, a fim de utilizar a violação do sigilo das comunicações de dados, observou-se o princípio da proibição da prova ilícita, que configura restrições ao direito à prova, a fim de não se admitir a sua produção em detrimento dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal.

No segundo capítulo, constatou-se também a importância da prova para formar a convicção do juiz a respeito da existência ou inexistência dos fatos e situações relevantes para a sentença, além de constituir, a prova, um direito fundamental. A prova possibilita o desenvolvimento do processo, enquanto reconstrução de um fato pretérito. Nesse ínterim, a violação do sigilo das comunicações de dados pode servir como meio utilizado para provar um fato, isto é, buscar a verdade. Trata-se de uma prova inominada, pois não contemplada no rol do artigo 158 e seguintes do Código de Processo Penal.

A utilização da violação do sigilo das comunicações informáticas e telemáticas como meio de prova no processo penal brasileiro demonstra um meio de prova não convencional para a investigação criminal ou processual penal, mas que atende aos anseios de uma sociedade informatizada. Essa conclusão vem ao encontro do objetivo geral apresentado por essa

dissertação.

Ocorre que, deve-se atentar para o fato de que a interceptação do fluxo das comunicações de informática e telemática deve ser utilizada como *ultima ratio*, a fim de atender o plano da ciência e da academia, que prevê o princípio da intervenção mínima para o direito penal.

A fim de resolver a problemática proposta, ou seja, a regra do sigilo das comunicações de informática e telemática, prevista no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, constatou-se que os direitos fundamentais não se revestem de caráter absoluto, prevalecendo a sua relatividade.

No que tange a premissa maior apresentada na pesquisa, constatou-se a possibilidade da violação do segredo das comunicações de informática e telemática como meio de prova no processo penal brasileiro. Seguindo os entendimentos de que o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, diz respeito à possibilidade de interceptação, para fim de investigação criminal ou instrução processual penal, das comunicações de dados, inserem-se no dispositivo também as comunicações de informática e telemática.

Constatada a possibilidade da premissa maior, passa-se a concluir que as premissas menores estão contidas no contexto da premissa maior, isso porque, a partir da possibilidade da interceptação do fluxo das comunicações de informática e telemática, observa-se a sua viabilidade como meio de prova para crimes como a ameaça, contra a honra ou outros crimes e contravenções penais que não sejam punidos com reclusão. Como constatado por meio da pesquisa, ninguém pode se revestir de direitos fundamentais para praticar crimes impunemente.

Ainda, como premissa apresentada na pesquisa, concernente à utilização do princípio da proporcionalidade em detrimento de direitos fundamentais do usuário de comunicações de dados, percebeu-se que a segurança pública possui caráter coletivo, e, por isso, deverá prevalecer sobre os direitos fundamentais, desde que observados minuciosamente, caso a caso.

Autorizando, o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, a obtenção de prova por meio de interceptação das comunicações de informática e telemática, justifica-se o entendimento que a Lei n. 9.296/96 regulamenta esse instituto. O artigo 1º da Lei n. 9.296/1996 define o objeto de aplicação de interceptação das comunicações, como sendo a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer, natureza, e no parágrafo único, a interceptação de comunicações em sistemas de informática e telemática. Aqui, desenvolveu-se o último objetivo específico proposto para a pesquisa.

Dessa forma, a Lei n. 9.296/1996, que previu a interceptação telefônica, também regulamenta as mesmas regras para comunicação de dados, prevista no artigo 5º, inciso XII, da

Constituição Federal, seja ela, comunicação de informática ou telemática. A violação do segredo das comunicações de informática e telemática como meio de prova no processo penal deverá ocorrer por meio de autorização judicial e observadas suas legalidades.

A fim de viabilizar a produção da prova, em face da possibilidade de transnacionalidade de crimes, a cooperação jurídica internacional, pela espécie de cooperação direta, tem sido a forma mais eficaz. A cooperação direta é a forma administrativa envolvendo diretamente os órgãos e as entidades interessadas sem percorrer as vias diplomáticas, judiciais ou as autoridades centrais. Ocorre no limite da legislação local e das cláusulas de reserva de afastamento de sigilo por meio do Poder Judiciário, envolvendo diretamente os órgãos interessados e autoridades dos respectivos países.

Trata-se de cooperação sem muita formalidade, em regra operacionalizando-se por meio de sistemas eletrônicos, ou mesmo *e-mails*, ou, ainda, por requisições, ofícios, para obtenção e troca de dados e conhecimentos por meio das polícias judiciárias diretamente entre estas.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 102. p. 55-82, jan./jun. 2011.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BARROS, Marco Antonio. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.
- BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2019.
- BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996.** Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 29 jul. 2019.

BRASIL. **Resolução n. 59 de 09 de setembro de 2008.**

Disciplina e uniformiza as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, a que se refere a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/101>. Acesso em: 15 out. 2019.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988:** conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas cautelares pessoais prisão e liberdade provisória.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almeida, 1993.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 02 set. 2019.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só:** tutela penal da intimidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet:** reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR.** Curitiba, ano 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo:** prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. **Manual de Derecho Informático.** 10. ed. Navarra: Arazandi, 2008.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 10 jul. 2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal.** Coimbra: Coimbra, 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. v. 3.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERNANDES, Robinson. **Lavagem de dinheiro: aspectos investigativos, jurídicos, penais e constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Teoria del Garantismo Penal. 2. ed. Tradução Andrés Ibáñez; Afonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madri: Trotta, 1997.

FERREIRA, Ivette Senise. A intimidade e o direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.5, p. 96-106, 1994.

FURLANETO NETO, Mário; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos; GIMENES, Eron Veríssimo. **Crimes na internet e inquérito policial eletrônico**. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2018.

GIACOMET JUNIOR, Isalino Antonio. Como elaborar um pedido de cooperação jurídica internacional em matéria penal. *In: Manual de cooperação jurídica internacional: material penal e recuperação de ativos*. 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/arquivos/manual-penal-online-final.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (De acordo com a Lei n. 12.403/2011). *E-book*.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

- HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. 1991. Traduções Gabriel Cohn e Álvaro de Vita. *In: Lua nova revista de cultura e política*. n. 36, p. 39-53, 1995. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/283587964_Tres_modelos_normativos_de_democracia. Acesso em: 20 jan. 2020.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.
- JESUS, Damásio Evangelista de. Interceptação de comunicações telefônicas: notas à Lei 9.296, de 24.07.1996. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 735, p. 458-473, jan. 1997.
- LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. Fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.
- MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução Paolo Capitanio. 6. ed. São Paulo: Bookseller, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 5, p. 02-25, 2001. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/20898307/gilmar-mendes-o-principio-da-proporcionalidade-na-jurisprudencia-do-stf>. Acesso em: 16 jan. 2019.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 3. ed. Lisboa: Coimbra, 2000.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**: com a emenda n. 1 de 1969. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.
- MOURA, Maria Tereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MÜLLER, Friedrich. Die Positivität der Grundrechte. Berlin: Duncker & Humblot, 1969, p. 11 *apud* ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

/

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. *E-book*.

OLIVEIRA, Marcos de. Primórdios da rede: a história dos primeiros momentos da internet no Brasil. **Revista Fapesp**, São Paulo, ed. 180. p.17-25, fev. 2011. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2012/05/016-025-180.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9.296/1996 (interceptação telefônica). **Jus Navigandi**, Terezina, v. 4, n. 41, p. 01-02, maio 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/195/breves-consideracoes-sobre-a-lei-9296-96-interceptacao-telefonica>. Acesso em: 26 out. 2019.

REMEDIO, José Antonio; SILVA, Bruno Henrique Salviano. Privacidade *versus* segurança pública: O acesso ao conteúdo de celular pela autoridade policial. **Revista Quaesto Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 04. p. 3320-3241, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/33499>. Acesso em: 22 jul. 2019.

SAMPAIO, Denis. **A verdade no processo penal**: a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre a verdade real. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **A discriminação racial na internet e o direito penal**: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **A derrotabilidade normativa como mecanismo para um direito penal mínimo**: em respeito aos direitos fundamentais e a um estado democrático de direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCARMANHÃ, Bruna de Oliveira da Silva Guesso; FURLANETO NETO, Mário; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. Invasão de dispositivo informático: aporte com a legislação espanhola. **Revista Em Tempo**. Marília, SP, v. 13, p. 231-251, dez. 2014.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SCHWAB, Klaus. **Aplicando a quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRINDADE, André Karan; DUARTE NETO, João Carneiro. Os (des)acertos do legislador na “positivação” das teorias de Robert Alexy no direito processual civil brasileiro. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 12, n. 3, p. 1044-1067. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29603/pdf>. Acesso em 20 jan. 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.