

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E ILICITUDE DAS PROVAS NO
PROCESSO PENAL**

REINALDO VENÂNCIO PAIÃO JUNIOR

Presidente Prudente/SP

2004

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E ILICITUDE DAS PROVAS NO
PROCESSO PENAL**

REINALDO VENÂNCIO PAIÃO JUNIOR

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof^a Paula Pontalti Marcondes Moreira.

Presidente Prudente/SP

2004

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E ILICITUDE DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Dra. Paula Pontalti Marcondes Moreira

Dra. Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes

Dra. Elizângela Sayuri Tateishi

Presidente Prudente, 23 de novembro de 2004

Dedico esta monografia primeiramente a Deus, por ter me dado a vida; a minha família, pelos esforços e dedicação nestes anos de estudo; aos meus amigos; aos professores e funcionários da faculdade Toledo, aos meus amigos do Escritório Jurídico da Toledo, enfim, dedico esta obra a todos que de alguma forma fazem parte da minha vida.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus por ter me dado o dom da vida; à professora Paula Pontalti Marcondes Moreira pelos ensinamentos ao longo do trabalho, sem os quais não teria obtido êxito, pela amiga que demonstrou ser, pelo tempo despendido, pela paciência; a Dra. Gilmara Pesquero Fernades Mohr Funes e Dra. Elizângela Sayuri Tateishi, por terem aceito o convite de examinar esta monografia!

RESUMO

No presente trabalho o autor pesquisou a respeito das prova obtidas por meios ilícitos no campo do processo penal, sobre sua aceitação ou não, as formas existentes e as eventuais exceções. Buscou destacar os posicionamentos doutrinários e as mais recentes jurisprudências.

Inicialmente foi traçado um breve histórico das provas, seu surgimento bem como o das provas obtidas por meio ilícitos.

Foi tema de estudo também, os princípios e as garantias constitucionais que estão intimamente ligados à prova. Sobre as possíveis limitações e aceitações. Um dos princípios mais importantes destacados no presente trabalho é o da “proporcionalidade”.

O autor pesquisou também as interceptações das comunicações telefônicas e das gravações clandestinas, abrangendo sua validade e aceitação no processo; quando pode ser autorizada, e quando é considerada ilícita. Foi mencionado também a lei que disciplina esse tema.

Por fim foi objeto de estudo, a tortura, que também é considerada prova ilícita no processo penal. O autor citou dados, informações e tratou especificamente da forma de tortura propriamente dita. Neste capítulo foi mencionada a lei que trata deste tema.

Palavras-chaves – interceptação telefônica, provas ilícitas no processo penal, frutos da árvore envenenada, tortura.

ABSTRACT

In the present work the author searched the respect of the tests gotten for illicit ways in the field of criminal proceeding, on its acceptance or not, the existing forms and the eventual exceptions. He searched to detach the doctrinal positionings and the most recent jurisprudences.

Initially a historical briefing of the tests, its sprouting as well as the one of the tests gotten for illicit ways was traced.

It was study subject also, the principles and the guarantees constitutional that are closely on to the test. On the possible principles most important in the present work is of the proportionality.

The author also searched the interceptions of the telephonic communications and the clandestine writings, enclosing its validity and acceptance in the process; when he can be authorized, and when he is considered illicit. The law was also mentioned that disciplines this subject.

Finally it was study object, the torture, that also is considered illicit test in the criminal proceeding. The author cited given, information and specifically dealt with the form of torture properly said. In this chapter the law was mentioned that deals with this subject.

Key Words – Interception of the telephonic, illicit test in the criminal proceeding, fruit of the poisonous tree, torture.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICAS DAS PROVAS	10
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PROVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	13
3 DAS PROVAS	16
3.1 Conceito	16
3.2 Objeto de Prova	17
3.3 Classificação das Provas	18
3.4 Meios de Prova	18
3.5 Ônus da Prova	19
3.6 Sistemas de Apreciação	20
4 DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	22
5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	24
5.1 Princípio do Livre Convencimento Motivado	24
5.2 Princípio da Comunhão das Provas	25
5.3 Princípio do Contraditório	25
5.4 Princípio da Publicidade	25
5.5 Princípio da Oralidade	26
5.6 Princípio Audiência Contraditória	26
5.7 Princípio Auto-responsabilidade das Partes	26
5.8 Princípio da Concentração	27
5.9 Princípio da Razoabilidade	27
6 DAS PROVAS ILÍCITAS	28
6.1 Conceito	28
6.2 Pressupostos da Prova Ilícita	29
6.3 Efeitos Processuais da Prova Ilícita	31
6.4 Informações Colhidas Mediante Violência Física	31
6.5 Dos “Frutos da Árvore Envenenada”	32

6.6 Prova Ilícita por Derivação	33
7 DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS, ILEGÍTIMAS OU ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO, NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	35
8 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E GRAVAÇÕES CLANDESTINAS	39
9 INTERROGATÓRIO DO ACUSADO	44
10 PROVA PERICIAL	46
11 TORTURA	48
12 CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

INTRODUÇÃO

O Trabalho em estudo tem por finalidade esclarecer pontos eventualmente duvidosos e também, melhor explicar o tema “aceitação das provas ilícitas no processo penal”. Os doutrinadores brasileiros tratam do assunto dotados de grande conhecimento. Existe muita divergência sobre as provas ilícitas no processo penal.

Na antiguidade o homem acreditava muito nas divindades e a elas reverenciava. A justiça era feita com as próprias mãos. Os cidadãos não eram respeitados, não tendo qualquer direito ou garantia constitucional garantido.

Um dos estudos do presente trabalho é quanto à aceitação das provas ilícitas parcialmente ou em sua totalidade no campo do processo penal. Como se dá a aplicação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade?

Entre o ano de 1964 a aproximadamente 1980, o Brasil viveu uma época negra, onde ocorreu o golpe militar. Os direitos e garantias individuais foram absolutamente desrespeitados. A tortura era praticada livremente, os cidadãos tiveram todos seus sigilos individuais violados, principalmente em relação às comunicações telefônicas.

Somente com a Constituição Federal de 1988 que eficazmente foram proibidas todas as provas ilícitas e as formas de tortura. No ano de 1996, surgiu a Lei da interceptação telefônica. Com a referida lei, permitiu-se que em alguns casos a interceptação telefônica fosse utilizada, sendo considerada lícita, desde que autorizada judicialmente. Essa lei não estaria indo contra a Constituição Federal, que deveria prevalecer?

É importante dizer também que a legislação encontra-se de certa forma ultrapassada. Já que com a grande tecnologia que existe atualmente, ficou muito mais fácil que qualquer pessoa interceptar as comunicações individuais de outrem.

O autor visou com este trabalho abordar as provas ilícitas, sua aceitação, bem como as interceptações telefônicas e as divergências existentes.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICAS DAS PROVAS

Conceitua-se prova como: “[...] o elemento integrador da convicção do juiz com os fatos da causa, daí sua relevância no campo do direito processual” (AVÓLIO, 1999, p. 24).

A prova tem sua origem nos primórdios da humanidade, logo que surgiram os primeiros grupos de seres humanos e conseqüentemente os conflitos de interesses, surgiram também as provas, que eram baseadas na superstição.

Nessa época, a vida social do homem, em sua própria visão era muito delimitada. As atividades delitivas eram consideradas ofensas às divindades. Quem punia o ofensor era o próprio ofendido. Não havia uma justiça concreta, mais o que imperava era o que cada um acreditava ser o correto. Dessa forma, o derramamento de sangue era comum, trazendo apenas mais sentimentos de vingança e ódio entre os homens.

Durante muito tempo o homem seguiu a “Lei de Talião”, que teve sua origem no Direito Babilônico, e se deu em 1684 a.C, regia o chamado “olho por olho, dente por dente”, que era nada mais que a justiça com as próprias mãos. Aquele que de alguma forma fosse lesado poderia fazer com que seu ofensor tivesse a punição que ele escolhesse, sendo escravo ou ainda pagando com a própria vida.

Na antiguidade, antes de Cristo, aproximadamente no ano de 400, o homem acreditava muito nas divindades e a elas reverenciavam, de forma que guardavam muito respeito por elas. Nessa época, as pessoas viviam em pequenos grupos, não havia individualidade, nem seus respectivos direitos, viviam em clãs, tribos, entre outros. O homem não era visto como sujeito de direitos, não tendo qualquer garantia constitucional, não havia também regulamentação das provas. Diz CARNAÚBA (2000, p. 06) “[...] não era possível cogitar da licitude ou ilicitude das provas [...]”.

Em meados do ano de 1200 d.C., foi criado o Tribunal da Santa Inquisição. Esse era um tanto quanto carrasco, já que se alguma pessoa fosse considerada herege, ou então que fizesse algum tipo de magia, teria como punição a fogueira

ou então seria enforcado em praça pública. Isso ocorria para servir de intimidação aos demais cidadãos.

Existiram também as ordálias, essas surgiram nos primórdios da humanidade e perduraram até o crepúsculo da era medieval, mais precisamente até o ano de 1215 d.C. Tinham como denominação ser um “juízo de Deus”. Aqueles que cometiam algo ilícito eram submetidos a certas provas impossíveis de se realizar com êxito, de tal sorte que somente seriam inocentados se passassem por elas ilesos, fato que seria inatingível.

Como forma de exemplo dessas provas rudes seria a que foi imposta a Sócrates, teria ele que tomar um certo veneno mortal por suas próprias mãos, caso sobrevivesse seria então considerado inocente. Porém, como é óbvio não continuaria vivo aquele que tomasse veneno e não lhe fosse prestado socorro imediato. Com tal explanação pode-se observar o quanto era injusto o sistema de defesa e provas na antiguidade.

A sociedade foi evoluindo, os clãs e grupos foram desaparecendo, e com isso surgiu o cristianismo, em meados do século XV, o homem passou a ter direitos e deveres, passando a ser individualizado. Nesse momento já era possível distinguir a licitude da ilicitude das provas. Porém, ainda não era regulamentada como é nos dias de hoje.

Com a evolução da sociedade, o direito punitivo também foi se atualizando, aquele que cometesse crimes era punido, não tendo a oportunidade de se defender ou ainda provar que era inocente. Com esse sistema ocorriam inúmeras injustiças contra os menos favorecidos.

Em relação às provas, por muito tempo foi baseada na sua origem precária. Nesse sentido entende Carnaúba (2000, p. 09):

O passado nunca morre totalmente para o homem. O homem pode esquecê-lo, mas continua sempre a guardá-lo em seu interior, pois o seu estado, tal como se apresenta em cada época, é o produto e o resumo de todas as suas épocas anteriores.

A prova somente foi constituída pela Lei com a consolidação do Estado, era o chamado *imperium*. O juiz não tinha liberdade para julgar, a ele era dado os parâmetros para tanto. Houve nessa época uma certa pressão para ser incluída

em todas as constituições os direitos e garantias do homem. O meio de prova era também delimitado, somente sendo aceita se fossem seguidas as formas impostas, dizendo os fatos a serem provados e de que forma o seriam.

Porém, esse sistema foi ultrapassado, a liberdade dos povos foi evoluindo surgindo assim, “a prova livre”. Com isso, apareceram os problemas com o meio pelo qual se produziam as provas, já que alguns meios eram considerados ilícitos.

Somente após o surgimento dos direitos e garantias constitucionais que se pode classificar as provas como sendo lícitas e ilícitas. Os referidos direitos e garantias somente foram consolidados nas Constituições de todo o mundo com a Revolução Francesa, que ocorreu na França, no ano de 1789 a 1799, no século XVII, sob o tema de liberdade, igualdade e fraternidade. Somente nessa época, de certa forma limitado o procedimento pelo qual se colhiam as provas.

É importante destacar que somente com a Revolução Francesa que os referidos princípios constitucionais da liberdade, igualdade e fraternidade, tiveram maior destaque e plena atuação no ordenamento jurídico.

Com o passar do tempo, em todo o mundo a sociedade evoluiu e conseqüentemente as provas também. Essas últimas passaram a ser mais justas e aceitas no direito. Foram restringidas as formas de obtenção de provas, já que se forem obtidas por meios ilícitos, não serão aceitas, salvo em exceções.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PROVAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil, com a Constituição Política do Império de 1824, como o próprio nome já diz, se deu na época do império, mais precisamente dia 25 de março do referido ano, a prova teve redação expressa, e possuía uma certa limitação quanto ao meio de sua produção. Não havia qualquer possibilidade de se quebrar o sigilo de comunicação e correspondência.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, do ano de 1948, trazia uma grande proteção ao sigilo de comunicação do indivíduo. Mais precisamente o artigo 12 dessa Declaração diz: “nenhum indivíduo poderá ser submetido à interferências arbitrárias na sua vida privada, na de sua família, na sua casa, na sua correspondência”.

No que tange a Constituição de 1934, em seu Art. 113, inciso VIII, apenas reiterou o que dizia nas anteriores Constituições: “É inviolável o sigilo da correspondência”, nada mais acrescentou. Dessa forma, continuava sendo tal sigilo inviolável de forma absoluta.

Foi com a Constituição de 1937, em seu Art. 122, inciso VI, que houve uma certa mudança, ocorrendo um abrandamento nas garantias individuais do sigilo a correspondência. Dizia:

A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes.

Inciso VI: A inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salva as exceções expressas em lei.

Assim, já não era absoluta a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, com essa Constituição, permitia-se à violação dos referidos direitos, desde que a lei assim o autorizasse.

Porém, somente com a Constituição de 1967, que o mencionado assunto teve mais amplitude e discussão. A redação não foi a mesma das anteriores Constituições, foi colocado novos termos, assim, em seu Art. 150 § 9º: “São

invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicação telegráficas e telefônicas”.

Aqui, novamente o sigilo a correspondência foi protegido de forma absoluta, contudo houve uma inovação, como supracitado, seria a garantia às comunicações telefônicas e telegráficas. A grande discussão se acentua em saber o que dizia o legislador quando se referiu ao termo “comunicações telegráficas”.

Para Miranda (1967, p. 173-174), o termo “comunicações telegráficas” seria:

[...] à medida que se aprofundam e se entendem as descobertas de transmissores, físicos ou psíquicos, o conteúdo do princípio também se aprofunda e se estende.

Assim, neste entendimento, a concepção “telegráfico”, estaria englobando todos os meios de comunicação ou transmissão.

Disserta também, sobre o termo “telegráfico”, o doutrinador Filho (1975, p. 95):

Sigilo da Correspondência e das Comunicações – Correlativo à liberdade de expressão de pensamento é o direito de escolher o destinatário da transmissão. Para tanto é necessário assegurar o sigilo das comunicações que não se dirigem ao público em geral, mas a pessoa, ou pessoas, certas e determinadas. Daí assegurar a Constituição a inviolabilidade das comunicações de pensamento que não visam a público indeterminado, seja por meio de cartas, seja através do telefone, do telégrafo, ou por qualquer técnica que se inventar.

Pode-se notar que mesmo no ano de 1975, o doutrinador já previa a possibilidade de surgirem novas formas de transmissão que não fossem as da época. Assim, em sua interpretação houve grande abrangência sobre o tema, entendendo que o dispositivo constitucional deveria proteger todos os meios de transmissão que existiam e ainda os que surgissem com o decorrer do tempo.

A Constituição de 1969, não previa o princípio de proteção a intimidade. Então os juristas e doutrinadores da época tinham por base o Art. 150 § 35 da Constituição de 1967:

A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

O mencionado parágrafo desse artigo, era tido como base dos direitos e garantias individuais da época, já que a constituinte de 1969 não os previu. Esse dispositivo dizia quando poderiam ser quebradas a inviolabilidade de domicílio, que seria somente nos casos previstos em lei. Havia uma grande discussão sobre quais seriam os limites para a quebra dos sigilos assegurados pelos princípios e garantias constitucionais.

Na Constituição de 1988, que está em vigor os direitos e garantias individuais estão no Art. 5º, inciso XII:

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

Com a Carta Constitucional de 1988, a inviolabilidade das comunicações não são plenas como nas Constituições anteriores. Aqui, tal sigilo é inviolável até que subsista uma ordem judicial fundamentada, quando a lei assim estabelecer e ainda para possibilitar a investigação criminal ou até mesmo a instrução processual.

Com isso, pode ser notado de forma explícita que com o decorrer do tempo, os meios de prova no Brasil foram tendo maior amplitude. A última Constituição, que está em vigência, facilitou de uma certa forma a instrução probatória, tornando assim, a relação social mais justa, já que os infratores podem ser condenados em virtude da quebra do sigilo de privacidade.

3 DAS PROVAS

3.1 Conceito

O juiz poderá reconhecer a existência da responsabilidade criminal e impor uma eventual sanção, somente após ter a convicção de que ocorreu o ato ilícito e certeza sobre sua autoria. Para que o juiz tenha essa convicção, a prova é meio essencial se não o mais importante para a busca da verdade real.

Mirabete (2001, p. 256), conceitua prova:

Essa demonstração que deve gerar no juiz a convicção de que necessita para o seu pronunciamento é o que constitui a prova. Nesse sentido, ela se constitui em atividade probatória, isto é, no conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros (testemunhas, peritos etc.) e até pelo juiz para averiguar a verdade e formar a convicção deste último.

Quando se trata da denominação “provar”, tem-se entendido que é uma forma de produzir um estado de certeza na convicção do juiz. Fazendo com que ele, acredite na existência ou não de um fato, na veracidade ou falsidade de um direito. Com isso faz-se desenrolar o processo, já que com a prova cabal, o juiz tem como julgar, agindo com interira justiça.

Nesse sentido entende Capez (2003, p. 243):

Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto.

Tanto o juiz como as partes podem produzir provas. O princípio da comunhão dos meios de prova permite que aquela testemunha arrolada por uma das partes, seja inquirida também pela outra parte, se assim o desejar.

Como regra, a prova é produzida no processo, o juiz preside e dirige à instrução, este tem como parâmetro o sistema da livre apreciação das provas.

Porém nada impede que em alguns casos as provas sejam produzidas frente à outra autoridade.

3.2 Objeto da Prova

O objeto da prova pesa sobre aquele “fato” sobre o qual o juiz deva adquirir o conhecimento bastante para que possa ser resolvido o litígio. Engloba todas as circunstâncias objetivas e subjetivas, que eventualmente poderão influir na aplicação da pena e na responsabilidade criminal. Os fatos que não são relevantes para o processo devem ser excluídos, não sendo usados como objeto da prova.

Para Capez (2003, p. 243), objeto da prova é:

[...] toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo.

Somente aqueles fatos que sejam duvidosos e que tenham relevância para o caso é que devem ser objeto de prova. No processo penal, não é excluído da atividade probatória o fato incontroverso admitido pelas partes.

Tanto os fatos axiomáticos, que são aqueles evidentes por si só, ou seja, que somente com a ocorrência dos fatos já se tem a prova de sua veracidade, como também os fatos notórios, que são aqueles integradores da cultura normal, não precisam ser provados. Ainda, não precisam ser provados aqueles fatos chamados de presumidos, são aqueles que presumem-se verdadeiros. Como por exemplo o princípio constitucional da presunção de inocência, o indivíduo é considerado inocente até que se prove o contrário.

3.3 Classificação das Provas

Existem muitas classificações quanto à prova, será tratado aqui as mais importantes.

Quanto ao *objeto*, a prova pode ser *direta*, refere-se diretamente ao fato objeto de prova. Pode ser ainda *indireta*, quando alcança um fato principal em decorrência de outros fatos secundários.

Quanto ao *efeito*, a prova pode ser *plena*, é aquela prova necessária para a formação da convicção do juiz. Existe também a prova *não plena*, sendo apenas um juízo de mera probabilidade.

Em relação ao *sujeito*, a prova pode ser *real*, consistente em coisa exterior e distinta do indivíduo. Pode ser ainda, *pessoal*, tem a sua origem na pessoa humana, é aquela declaração que a pessoa faz sobre os fatos sobre os quais tem conhecimento.

Por fim, quanto à *forma*, a prova pode ser *testemunhal*, é aquele depoimento prestado por pessoa estranha ao processo, contudo sobre fatos pertinentes a ele, pode ser *documental* que é nada mais do que aquela produzida através de documentos e prova *material*, que é obtida por meio físico, biológico ou químico.

3.4 Meios de Prova

Meios de prova é a busca da verdade real ou material, é a utilização das coisas ou ações no intuito de se buscar a verdade. Em regra os meios de prova não sofrem limitação no processo penal, já que neste vigora o princípio da verdade real. Porém, não é uma regra absoluta, existe limitação nos casos de provas consideradas proibidas, ilícitas ou ilegítimas.

Se os meios de prova fossem limitados, o interesse estatal estaria sendo violado, no caso de aplicação da lei. O rol dos Arts. 185 e 239, do Código de

Processo Penal, apenas serve como exemplo, já que se pode utilizar outros meios de produção de prova.

Capez (2003, p. 255) entende que:

[...] o meio de prova compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo. Assim temos: a prova documental, a pericial, a testemunhal etc.

Porém, é importante salientar que o princípio da liberdade probatória não é absoluto. Existem algumas restrições, uma delas está elencada no Art. 155 do Código de Processo Penal, esse artigo, manda que sejam observadas as regras que vigem na lei civil quanto ao estado das pessoas.

Outra restrição seria a do Art. 158 do mesmo Código, dizendo que é obrigatório o exame de corpo de delito quando restarem vestígios, não podendo este ser suprido nem pela confissão. O Art. 406, § 2º, do Código de Processo Penal, veda a produção de prova documental na fase das alegações escritas, no procedimento do júri.

3.5 Ônus da Prova

Pode ser considerado como ônus da prova o encargo ou a faculdade que possui a parte de provar aquele fato que alegou em seu favor dentro do processo.

A prova não é uma obrigação, mais sim um ônus, a maior diferença está na obrigatoriedade. No ônus, caso a parte que o possua, não o fizer, não estará indo contra o direito, já que este é facultativo. Já na obrigação, caso a parte não o faça, estará indo contrariamente a lei.

Em relação ao ônus da prova, entende Capez (2003, p. 256):

A prova é indubitavelmente um ônus processual, na medida em que as partes provam em seu benefício, visando dar ao juiz os meios próprios e idôneos para formar a sua convicção.
Ônus da prova é, pois, o encargo que têm os litigantes de provar, pelos meios admissíveis, a verdade dos fatos.

Porém, não é absoluta a regra que diz incumbir o ônus da prova a quem o fizer. Já que o Art. 156, 2º parte, do Código de Processo Penal, disciplina que o juiz tem a faculdade de determinar diligências para solucionar dúvidas sobre pontos controvertidos, o juiz poderá fazê-lo de ofício, durante a instrução processual ou antes de proferir a sentença.

A possibilidade que o juiz tem de determinar a realização de diligências, tem como objeto principal a busca da verdade real. Desse modo, nada impede que o magistrado processe a revelia das partes, a reprodução de provas e colher as que sejam úteis à instrução.

É importante dizer que trata-se de mera faculdade do juiz determinar as diligências. Assim, as partes devem realizar as provas, sob pena de não o fazendo, ter resultado desfavorável.

No que diz respeito às diligências, disciplina Mirabete (2001, p. 265):

Na ocasião própria (com o oferecimento da denúncia, na defesa prévia, na fase prevista pelo artigo 499 etc.), a parte deve requerer a prova a ser produzida. O indeferimento de requisição ou pedido de prova, sem demonstração de sua necessidade, é inapelável, por não constituir decisão definitiva ou com força definitiva. Entretanto, pode ser alegada a nulidade por cerceamento de defesa ou de acusação em eventual recurso da decisão de mérito.

Destarte, conclui-se que o juiz poderá ordenar diligências de ofício, para que possa suscitar dúvidas no processo sobre pontos relevantes. Poderá ainda determinar as diligências para sanar eventuais nulidades no processo ou ainda, para buscar o melhor esclarecimento da verdade.

3.6 Sistemas de Apreciação

Atualmente existem três sistemas de apreciação: o da certeza moral do legislador, o da certeza moral do juiz e o da livre convicção. Os quais passaram a ser objeto de estudo.

a) certeza moral do legislador: o juiz não tem livre convicção quanto à valoração da prova. A lei impõe ao magistrado regras que valoram as

provas, esse não pode dar maior ou menor importância às provas de acordo com sua própria convicção. O sentimento pessoal do juiz é limitado, tendo que seguir apenas aquilo que foi estabelecido pelo legislador.

Assim entende Capez (2003, p. 266):

Não existe convicção pessoal do magistrado na valoração do contexto probatório, mas obediência estrita ao sistema de pesos e valores imposto pela lei. Desse sistema se origina o absurdo brocardo *testis unus, testis nullus*, pelo qual o depoimento de uma só testemunha, por mais detalhado e verossímil que seja, não tem qualquer valor.

b) certeza moral do juiz: nesse sistema, o juiz tem liberdade para decidir do modo que quiser. Aqui, a lei possibilitou ao magistrado agir de acordo com sua convicção íntima, não impondo nenhuma regra de valoração das provas. Esse sistema é o que está em vigor atualmente, usado no Tribunal do Júri, quando os jurados podem votar, sem ter que fundamentar.

c) sistema da livre convicção: aqui, o juiz tem a liberdade para agir de acordo com sua convicção, não sendo limitado a qualquer tipo de valoração das provas. Porém, tal liberdade não é absoluta, tem que existir fundamentação por parte do magistrado. Esse sistema é adotado pelo Código de Processo Penal, disciplinado em seu Art. 157.

Sobre tal tema, ensina Capez (2003, p. 259):

Não basta ao magistrado embasar a sua decisão nos elementos probatórios carreados aos autos, devendo indicá-los especificamente. Não pode, igualmente, o magistrado buscar como fundamento elementos estranhos aos autos (*quod neon est in actis non est in mundo*: o que não está nos autos não está no mundo).

Insta salientar que nesse sistema, o juiz, em seu livre convencimento deve decidir de forma que atinja a maioria das pessoas, que por sua vez venham a analisar o conteúdo probatório.

4 DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

As garantias constitucionais estão descritas na Carta Magna, em seu Art. 5º, e incisos. O inciso X assegura, que não sejam violadas a intimidade, a privacidade, a imagem e a honra dos indivíduos. Tal proteção da direito, a indenização para aquele que tiver essas garantias violadas. Diz o inciso:

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Assim, no que diz respeito à privacidade e a intimidade, significa dizer que o individuo pode guardar para si aquilo que não quiser relatar. Não podendo ser obrigado a expor informações de caráter íntimo e privado.

O inciso XI do mesmo artigo, garante a inviolabilidade da casa. Nessa, nem a autoridade pode entrar sem que o morador permita. Essa regra somente não terá validade nos casos de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou ainda quando o juiz ordenar a sua violação, contudo nesse último caso, tem que ocorrer durante o dia. Nesse sentido diz o artigo:

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Essa garantia constitucional, de certa forma, transmite ao indivíduo segurança dentro de sua casa, já que com tal disposição acima citada a torna impenetrável.

Uma das mais importantes garantias constitucionais está no inciso XII, Art. 5º, da Constituição Federal.

Esse inciso assegura, o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. A lei, porém, somente admite a violação do sigilo das comunicações telefônicas, como expressamente relatou o legislador. Porém somente é admitida tal violação por ordem judicial, de

acordo com a disposição da lei. Tais dados podem ser depreendidos do inciso abaixo descrito:

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

Dessa forma, nota-se que é crime violar a correspondência do indivíduo ou sua comunicação telefônica. É importante ressaltar que somente no caso das comunicações telefônicas é possível uma eventual violação por ordem judicial. No caso da correspondência, segundo o inciso acima citado, não pode haver a violação.

5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais são considerados como sendo a fonte geradora das normas jurídicas. Tem o caráter de informar sobre determinadas situações e campos do direito. Nas palavras de Aranha (1994, p. 30), os princípios podem ser conceituados como sendo:

O objetivo da prova, como ficou marcado no capítulo introdutório, é o de demonstrar em juízo a existência de um fato perturbador ou violador de um direito. Logo, os princípios que regem a prova podem ser definidos como os critérios legais em busca de tal objetivo.

Existe na doutrina grande divergência de entendimentos, no que diz respeito aos princípios, já que alguns doutrinadores os classificam de forma diferente, porém não fugindo de sua verdadeira essência.

Os princípios possuem a finalidade de tornar mais justa a aplicação da lei, impondo de certa forma um limite ao julgador. Isso para que a interia justiça possa vigorar no processo.

5.1 Princípio do Livre Convencimento Motivado

Livre convencimento motivado do juiz, quer dizer que este, poderá dar às provas o valor que entender o mais correto para o melhor desenrolar do processo e a busca da verdade real.

O magistrado somente se prende ao que estiver nos autos do processo, e tendo que fundamentar sua decisão. Isto porque o legislador não valorou as provas, essas buscam solucionar o litígio, e, segundo o princípio em estudo levando ao convencimento do juiz o alegado.

5.2 – Princípio da Comunhão das Provas

No campo do processo penal, não há de se falar em prova pertencente somente a uma das partes. A prova pertence a ambas as partes, assim, não sendo somente exclusividade daquela que a produziu. Porém, o mais importante é dizer que a prova visa principalmente o interesse da justiça.

5.3 – Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório, garante a igualdade das partes no processo, tendo ambas, as mesmas oportunidades. O princípio em tela tem fundamentação no princípio do equilíbrio das partes, ou seja, os litigantes devem estar em paridade, o direito que for dado a um também deve ser dado ao outro.

No conceito de Avólio (1999), o contraditório possui dois momentos, sendo eles: participação e informação. No que toca a participação, entende a doutrina que seria a participação na instrução, no processo e nas outras atividades.

Em suma, o princípio do contraditório aborda principalmente o direito que a parte possui quanto à prova, garantindo assim, a essa, todos os meios em direito admitidos.

5.4 Princípio da Publicidade

Esse princípio, disciplina que os atos judiciais são públicos, inclusive no que diz respeito à produção das provas. Em alguns casos admite-se o segredo de justiça, somente como exceção, como por exemplo, nos caso em que envolver menores no processo.

5.5 Princípio Oralidade

O princípio em tela, diz que todos os depoimentos devem ser feitos de forma oral, ou seja, o que vale é a “palavra falada”, não sendo possível sua substituição. No júri e no processo sumário, os debates são orais.

Com exclusão da prova testemunhal e documental, todos os outros meios ocorrem na audiência de instrução e julgamento quando no processo sumário e na audiência de instrução no processo ordinário.

5.6 Princípio da Audiência Contraditória

É importante dizer que esse princípio da audiência contraditória nada tem haver com o princípio do contraditório, já tratado anteriormente.

O princípio em tela, diz que para toda prova admite-se a contraprova, desse modo sendo bilateral a audiência. Assim, toda vez que uma parte produzir provas no processo a outra parte deve ser cientificada.

Caso tal fato não seja levado ao conhecimento da outra parte, a jurisprudência tem entendido que é causa de nulidade do processo, já que essa parte pode se manifestar sobre a prova produzida.

5.7 Princípio da Auto-responsabilidade das Partes

O princípio em tela, determina que as partes: acusador, o acusado e o Ministério Público, são responsáveis pelos atos que realizarem no processo ou aqueles que eventualmente deixarem de realizar. Devendo assim, assumir as conseqüências de sua ação ou omissão no processo.

5.8 Princípio da Concentração

Esse princípio, aqui tratado, tem ligação com o princípio da oralidade, já que o último concentra na audiência toda a produção de provas. Assim, o princípio da concentração, reúne na audiência todos os atos quanto às provas, visando com isso a maior rapidez no processo, e na colheita de provas.

5.9 Princípio da Razoabilidade

O princípio da razoabilidade é um dos mais importantes, se não o mais, no que trata da matéria das provas ilícitas. Esse, tem íntima ligação com o princípio da proporcionalidade, isto porque, a razoabilidade advém da proporcionalidade.

O princípio em testilha, foi criado para equilibrar os valores sociais e os direitos individuais. Isso porque a prova ilícita não é admitida no ordenamento jurídico brasileiro, assim, deve-se existir uma razoabilidade entre os fatos obtidos que contrariam a lei e os direitos dos individuais.

Diante de tal fato, o legislador criou o princípio da razoabilidade, que é uma forma de limitação ao poder estatal. Esse, em alguns casos, permite que as provas ilícitas sejam admitidas no processo penal. Como já dito anteriormente, para garantir o equilíbrio no processo.

Porém, é importante dizer que a proporcionalidade deve ser usada de forma moderada, na solução dos litígios. Isso porquê, a utilização exagerada desse princípio, pode causar grandes danos ao processo. Já que o mau uso deste, pode permitir que provas consideradas ilícitas sejam usadas, havendo assim, violação a legislação.

Desse modo, o princípio da razoabilidade deve ser usado de forma consciente, diante de fatos concretos, nos casos em que for extremamente necessária sua utilização. Garantindo assim, os direitos e garantias constitucionais fundamentais dos indivíduos.

6 DAS PROVAS ILÍCITAS

6.1 Conceito

A prova ilícita, é considerada como aquela prova “vedada”, que corresponde não somente a prova ilícita, mais também a ilegítima. Assim, como essas são “vedadas” no ordenamento jurídico, são em regra inadmissíveis no processo.

A Constituição Federal em seu Art. 5º, inciso LVI, diz: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Dessa forma, nota-se que a Carta Magna atualmente vigente no Brasil, não admite ser usadas aquelas provas obtidas por meios ilícitos.

Existe uma clara distinção na doutrina entre as provas ilícitas e provas ilegítimas no ordenamento jurídico. Assim, entende Mirabete (2001, p. 260):

[...] dividem os autores as provas em: ilícitas, as que contrariam as normas de Direito Material, quer quanto ao meio ou quanto ao modo de obtenção; e ilegítimas, as que afrontam normas de Direito Processual, tanto na produção quanto na introdução da prova no processo.

Prova ilegítima é aquela que com sua busca, o direito processual estaria sendo violado. Como consequência disso, algumas normas processuais em sua própria redação limitam a produção de algumas provas, como por exemplo, no caso de sigilo profissional, ninguém é obrigado a depor nesses casos.

No tocante a prova ilícita, é aquela que sua colheita infringe princípios de direito material ou normas. Prova ilícita, é principalmente aquela que viola a lei constitucional. Nesse sentido, entende Avolio (1999, p. 44):

[...] sobretudo de direito constitucional, porque, como vimos, a problemática da prova ilícita se prende sempre à questões das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana [...].

Caso essas normas sejam violadas, o direito material é que irá impor sanções próprias. Desse modo, aquele que obter provas mediante tortura, maus tratos, violar correspondência, entre outros, lhe será imposta uma pena.

Em suma, uma última distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, seria quanto à transgressão. Ou seja, nas provas ilícitas, a violação à norma, ocorre no momento da colheita desta. Já na prova ilegítima, tal violação se dá no momento de sua produção.

6.2 Pressupostos da Prova Ilícita

Para que a prova possa ser considerada ilícita, o meio que foi utilizado para obtê-la, deve ser expresso na lei como sendo ilegal, dizendo sobre sua inadmissibilidade. Como exemplo deste meio ilegal, seria a prisão do indivíduo quando for efetuada sem ordem judicial ou sem flagrante.

Nas palavras de Carnaúba (2000, p. 72), são considerados meios ilícitos:

Todos os meios violadores da privacidade do cidadão, como aparelhos de escuta, gravações ou filmagens, desde que deles não estejam cientes os participantes do evento investigado, são consideradas formas ilícitas de obtenção de prova.

Mesmo que já tenha sido tratado anteriormente nesse trabalho, o autor entendeu ser importante ressaltar neste capítulo a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio, que encontra-se descrita na Constituição Federal, em seu Art. 5º, inciso XI.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido, que a busca domiciliar durante a noite, sem autorização, é ilegal. Assim, os fatos colhidos desta forma, são considerados ilícitos.

Porém, os Tribunais também tem entendido que nos casos de crime permanente, mesmo que o indivíduo seja capturado dentro de sua própria casa, não estaria configurado a prova ilícita.

O Art. 5º, inciso LVII, da Carta Magna, diz respeito da presunção de inocência do indivíduo, qual seja: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Essa garantia Constitucional citada acima, protege a pessoa, respeitando-a em sua individualidade como cidadão. Caso algumas dessas garantias sejam violadas, no que tange a obtenção de provas, seria assim, considerada ilícita. Nesse sentido entende Carnaúba (2000, p. 74):

O artigo constitucional referente à obtenção das provas veda qualquer meio para sua aquisição que seja violador da privacidade da moradia ou do sigilo das comunicações. Necessário, portanto, que a pessoa que obtém a prova seja estranha à ocorrência investigada, como é o caso da correspondência particular, conforme previsão do Art. 233 do Código de Processo Penal. Caso contrário, o meio empregado para obtenção da prova é lícito e não se enquadra na vedação constitucional.

A maioria da doutrina tem entendido, que aquela prova obtida em casos de gravações em geral, em que uma das partes tem conhecimento de tal fato, ou ainda quando uma delas colhe tal prova, não será considerada ilícita. Já que não houve interceptação, mais sim, meramente uma gravação feita por uma das partes, ou por um terceiro.

Porém, também existem entendimentos não admitindo, as provas colhidas por meio de gravação realizada por uma das partes. É importante dizer, que para saber se a prova é ilícita ou não, deve avaliar o meio empregado para sua obtenção.

Não há de se falar em ilicitude da prova, quando os meios empregados para sua obtenção forem autorizados judicialmente. Como por exemplo, a quebra do sigilo bancário, instalação de escuta telefônica, que se não autorizadas pela autoridade competente, seria considerada ilícita.

Em suma, considera-se prova ilícita, aquela que para sua busca ocorreu “invasão” de um indivíduo, sobre a privacidade de outrem, sem a devida ordem judicial.

6.3 Efeitos Processuais da Prova Ilícita

Os tribunais superiores tem entendido, que somente ocorrerá a nulidade do processo, quando a eventual condenação ou a acusação basear-se de forma exclusiva na prova ilícita, ou de outras provas que desta derivem.

Em regra, não se anula todo o processo quando nele existir prova considerada ilícita, somente esta, deverá ser retirada dos autos. Existindo outras provas que possibilitem o bom andamento do processo, este continuará em seu curso normal.

Entende Carnaúba (2000):

Reconhecida judicialmente a ilicitude da prova, a regra é o seu desentranhamento do processo, mas, ainda que a prova considerada ilícita não tenha sido desentranhada dos autos, também não há nulidade da decisão, se ela não foi o elemento angular para a condenação; nesse sentido também já se manifestou o Supremo Tribunal Federal.

A Constituição Federal orienta-se pela regra geral, que é a da inadmissibilidade da prova ilícita. Porém admite o uso dessas no processo, em alguns casos especiais, como será demonstrado pelo autor em capítulos seguintes deste trabalho.

6.4 Informações Colhidas Mediante Violência Física

Aquelas informações colhidas mediante violência física, não são consideradas provas ilícitas, já que nem provas podem ser consideradas.

Entende Carnaúba (2000, p. 81):

Em caso de informações colhidas mediante violência física, o sujeito depoente encontra-se em alterado estado emocional em razão da forma arbitrária e agressiva como se toma o depoimento, de modo que o conteúdo deste resulta inteiramente comprometido e não merece a mínima credibilidade.

As declarações obtidas com emprego de violência física causam ao informante grande desespero, já que este sofre coação para que assim as preste.

Com tal violência, o indivíduo confessa não somente aquilo que sabe, mais também pode dizer fatos inverídicos, somente para que possa se livrar da grande dor física que estaria sofrendo no momento.

É de suma importância destacar um fato que é no mínimo muito interessante, que seria a posição do inocente e do culpado em relação às informações colhidas mediante violência física.

O inocente encontra-se em situação muito desfavorável frente ao culpado, já que se confessar o crime, por causa da coação física, será condenado, mesmo sendo inocente. De outro lado, se não confessar, acabará sendo absolvido, porém já terá sofrido a violência física.

Contudo, o culpado tem de certa forma grandes pontos favoráveis. Será absolvido se suportar a violência física, e não sofrerá sanção pelo crime que objetivamente cometeu, ou então, confessará o crime e sofrerá uma pena muito mais leve do que a coação que sofreria para que delatasse os fatos.

Disserta Carnaúba (2000, p. 82):

Assim, não se pode considerar prova a informação colhida mediante tortura, pois é tamanha “fragilidade que não se pode admitir que se constitua a expressão da verdade”.

Desse modo, nota-se que as informações colhidas mediante violência física, não encontram amparo na manifestação de vontade do informante, o que a torna inadmissível no ordenamento jurídico.

6.5 Dos “Frutos da Árvore Envenenada”

Ao lado das provas ilícitas, a doutrina trata de um tema de suma importância, que é chamado de “fruto da árvore envenenada”, denominado pela doutrina internacional como *“fruit of the poisonous tree”*.

Os Tribunais norte-americanos tem admitido a doutrina acima citada. Já que consideram inconstitucional e ilegal, os meios considerados ilícitos na busca das provas. Esses Tribunais americanos utilizam o *fruit of the poisonous tree*, “com a finalidade de reafirmar os fundamentos éticos e dissuasivos da ilegalidade estatal em que se baseia aquela regra”.

A doutrina brasileira também tem admitido a utilização da doutrina dos “frutos da árvore envenenada”. O Ministro Sepúlveda Pertence, em Habeas Corpus, Tourinho Filho (2002, p. 235) relatou:

Vedar que se possa trazer ao processo a própria “degravação” das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações não colheria, evidentemente, é estimular, e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina e conversas privadas... E finalizando: ou se leva à últimas consequências a garantia constitucional ou ela será facilmente contornada pelos frutos da informação ilicitamente obtida.

Assim, aquelas provas obtidas lícitamente, porém, para que chegassem a esta meios ilícitos foram usados, como por exemplo um depoimento obtido mediante tortura, as autoridades encontram o criminoso, que por sua vez espontaneamente confessa o crime. A primeira confissão foi obtida de forma ilícita, já a segunda foi lícita.

Desse modo, a confissão do criminoso é considerada prestada com inteira liberdade, constituindo assim, fontes independentes. Não existindo mais provas, considerará a ilegalidade desta confissão. Porém, existindo outras provas, também consideradas autônomas, não invalidará o processo.

6.6 Prova Ilícita por Derivação

As provas ilícitas por derivação, estão intimamente ligadas à doutrina dos frutos da árvore envenenada. Prova ilícita por derivação, é aquela prova lícita que fora derivada de uma prova obtida por meios ilícitos.

Assim entende Tourinho Filho (2002, p. 234):

Não só as provas obtidas ilicitamente são proibidas, como também as denominadas “provas ilícitas por derivação”. Mediante tortura (conduta ilícita), obtém-se informações da localização da *res furtiva*, que é apreendida regularmente. Mediante escuta telefônica (prova ilícita), obtém-se informação do lugar em que se encontra o entorpecente, que, a seguir, é apreendido com todas as formalidades legais [...]. Assim, a obtenção ilícita daquela informação se projeta sobre a diligência de busca e apreensão, aparentemente legal, mareando-a, nela transfundindo o estigma da ilicitude penal.

A grande discussão gira em torno de saber se essas provas, que são lícitas, porém derivadas de provas ilícitas, podem, de alguma forma serem admitidas no ordenamento jurídico.

No direito brasileiro, a doutrina e a jurisprudência, ainda não possuem um posicionamento estável e pacífico.

Grinover (2000, p. 77), disserta sobre provas ilícitas por derivação:

[...] a posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente como os princípios e normas constitucionais, é a que professa a transmissão da ilicitude da obtenção da prova às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo. Afirma, ainda, que a Constituição brasileira não toma partido na discussão sobre a admissibilidade das provas derivadas, deixando espaço para a construção da doutrina e da jurisprudência.

Dessa forma, no entendimento da doutrinadora, resta claro que no sistema jurídico brasileiro, a ilicitude das provas colhidas de forma ilegal, transmite-se para as provas desta derivadas.

A doutrinadora entende também, que a Constituição vigente no Brasil, nada diz sobre a aceitação ou não das prova ilícitas por derivação no ordenamento, restando assim, serem tratadas pela jurisprudência e pela doutrina, como já foi abordado pelo autor no presente trabalho.

7 DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS, ILEGÍTIMAS OU ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO, NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No processo penal, existem muito tipos de prova, essas tem a finalidade de combater à criminalidade e buscar a inteira justiça. Desse modo, o ordenamento jurídico de certa forma restringe a atividade do Estado na busca e no procedimento pelo qual se obtém a prova.

É bom que se diga, que a ilicitude da prova diz respeito quanto à forma usada para a sua busca, e não quanto ao seu conteúdo. Porém, pode ocorrer da ilicitude da prova alcançar também o conteúdo. Nesse caso, a ilicitude, se estende a todo o conteúdo da prova, tornando-a totalmente ilícita, como por exemplo, a prova forjada¹.

A Constituição Federal vigente no Brasil, proíbe o uso de alguns tipos de prova no processo, qual seja, aquelas que forem consideradas ilícitas quanto à sua obtenção. Essas são consideradas provas vedadas, que são aquelas obtidas de forma contrária à lei.

Assim entende Carnaúba (2000, p. 83):

A admissibilidade no processo de provas produzidas por meios não permitidos pelo sistema legal é uma situação nova, porque quebra os limites de interpretação incondicional do texto legal sobre as atividades persecutória e investigatória do Estado, e cria modernos freios às arbitrariedades estatais através de adoção de limites objetivos impostos pela razão, com base no princípio da proporcionalidade.

Dessa forma, insta ressaltar que as provas ilícitas são aquelas que decorrente de sua produção, ocorre violação de direitos materiais. Como por exemplo, a busca e apreensão feita por autoridade que não é competente e ainda sem o devido mandado legal.

¹ Prova Forjada – É a intencional supressão, modificação ou alteração da verdade, seja qual for o meio com que se produza ou obtenha. Trata-se da dolosa violação da fé pública, isto é, da certeza jurídica que deve decorrer do pronunciamento judicial.

Já as prova ilegítimas, que também deve ser ressaltada, são aquelas que dentro do próprio ordenamento jurídico existe a sanção para o seu descumprimento. São aquelas que ferem o caráter processual, de modo que havendo irregularidade no processo, no que diz respeito à prova ilegítima, será esse anulado.

As provas ilícitas por derivação, são aquelas obtidas por meios ilícitos, ou seja, derivadas de outras provas consideradas ilícitas. As provas ilícitas por derivação tem como fonte geradora à doutrina “dos frutos da árvore envenenada”, não cabendo ser discutido aqui, pois tal assunto já foi tratado pelo autor no capítulo anterior.

Porém, é de inteira importância reafirmar, que sobre a teoria dos frutos da árvore envenenada, que no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, a princípio a rejeitou, admitindo-se assim a utilização no processo das provas ilícitas por derivação. Porém, o Ministro Sepúlveda Pertence, como já demonstrado no capítulo anterior vai contrariamente a esse entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Entende Carnaúba (2000, p. 43), quanto a admissibilidade da prova ilícita:

[...] a segurança jurídica é essencial ao equilíbrio social. Para que ela se realize não é suficiente a positivação do direito, com a simples proibição da admissibilidade de provas ilícitas no processo. É necessária uma interpretação minuciosa do alcance desse dispositivo, no sentido de favorecer a formação de um aparelho estatal repressivo eficiente, e, acima de tudo, propiciar a materialização dos princípios estruturantes do Estado de Direito, que, em conjunto, são os elementos responsáveis pela segurança jurídica dos cidadãos.

Conclui-se assim, que a prova ilícita que tenha sido obtida dentro do processo, gerará a nulidade deste, somente se for dela que decorrer a condenação.

No que diz respeito à Lei existe uma oposição do legislador, quanto às provas obtidas por meios ilícitos. Encontra-se no Art. 5º, LIV e LVI², da Carta

² artigo 5º:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Magna, ficando claro que o legislador é contrário a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo.

No que diz respeito à produção das provas, existe limitação tanto para os particulares, como também para o Estado, evitando que esse último seja injusto, e absoluto quanto aos meios de prova. Assim entende Carnaúba (2000, p. 86):

O Estado, sem limites para os modos de obtenção de provas, faltadamente ofenderá os cidadãos em seus direitos de pessoas humanas. Os cidadãos, por sua vez, sem limites para a obtenção de provas, perderão o respeito recíproco, o que será um grande estímulo ao crescimento da violência no seio social, e a impunidade decorrente do uso abusivo do direito à privacidade obstaculizará a materialização dos fins do Estado.

A grande problematização gira em torno da posição delicada em que se encontra o julgador. Já que de um lado está o interesse punitivo do Estado, e de outro lado, está a pessoa humana.

Assim, o julgador em sua livre convicção, é que irá decidir o que seria mais justo a cada caso. Porém, é importante que esse utilize uma forma de moderação, balanceando os dois lados e buscando assim a inteira justiça.

Um assunto que tem causado grande discussão é quanto a Teoria da Proporcionalidade, que diz o quanto deve ser considerada ilícita uma prova. Foi dessa teoria que surgiu o princípio da razoabilidade.

No Brasil, a teoria da proporcionalidade ainda não é um tema pacífico. Existe uma grande divergência de opiniões entre os doutrinadores. Alguns desses, não aceitam a teoria da proporcionalidade, como a doutrinadora Ada Pellegrini Grinover, que rejeita essa teoria quando forem violados os direitos fundamentais na obtenção das provas.

A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo penal, tem como o objetivo buscar a inteira justiça, combatendo a criminalidade e garantindo assim a ordem pública.

Existe uma única exceção no processo penal, em relação à inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Qual seja, quando essa prova mesmo que ilícita, for utilizada em benefício do acusado, nesse caso a prova é considerada válida.

Isso ocorre porque o que prevalece, é a prova da inocência do acusado, nesse caso a privacidade e a intimidade ficam em segundo plano. No Brasil, os doutrinadores mais conceituados seguem este posicionamento, como Julio Fabbrini Mirabete e Ada Pellegrini Grinover.

Pode-se concluir então que mesmo a prova sendo considerada ilícita, se dela provir a verdade real que trará a elucidação dos fatos e conseqüentemente a inteira justiça, poderá sim ser utilizada no processo. Porém contra aqueles que obtiveram essas provas ilicitamente sofrerão as medidas judiciais cabíveis, ou seja, a devida ação penal.

8 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E GRAVAÇÕES CLANDESTINAS

A interceptação telefônica é o ato pelo qual um terceiro interfere em certas comunicações realizadas entre duas pessoas. Essa interferência tem a finalidade de impedir que ocorram fatos delituosos, ou ainda para que se possa descobrir fatos que levarão a um possível crime.

Nas palavras de Avolio (1999, p. 99), interceptação telefônica é:

Juridicamente, as interceptações, *lato sensu*, podem ser entendidas como ato de interferência nas comunicações telefônicas, quer para impedi-las – com conseqüências penais – quer para delas apenas tomar conhecimento – nesse caso, também com reflexos no processo.

É essencial que se demonstre a distinção entre interceptação telefônica e gravação clandestina. A interceptação telefônica caracteriza-se com a interceptação realizada por um terceiro em relação à conversa de duas pessoas.

Já a gravação clandestina ocorre quando um dos interlocutores faz a gravação, ou seja, grava a sua própria conversa com outrem.

Nesse sentido disciplina Avolio (1999, p. 100):

[...] a hipótese de um dos interlocutores gravar a própria conversa, limitando-se, assim, a documentar fatos conhecidos, não se caracteriza como tal, nem se sujeita à mesma disciplina. Denomina-se-a, assim, gravação clandestina, para efeito de distingui-la, fundamentalmente, da interceptação telefônica.

Dessa forma, resta claro que tanto as gravações clandestinas como também as interceptações telefônicas, podem ser lícitas ou ilícitas, fato que ocorre de acordo os preceitos legais. Sendo esses respeitados, serão consideradas lícitas, não respeitando os preceitos legais será então considerada ilícita.

No Brasil, não existia legislação que disciplinasse sobre o assunto tratado nesse capítulo. Somente no ano de 1996, com a Lei 9.296/96, em seu Art. 2º,

inciso III³, que o assunto passou a ser regulado. Porém, o assunto foi tratado de forma muito ampla.

Os crimes que possibilitam a utilização da interceptação das comunicações telefônicas, estariam limitados apenas a aqueles apenados com reclusão. É o que diz o dispositivo acima citado.

Sobre tal assunto, entende Greco Filho (1996, p. 64):

A possibilidade de interceptação a todos os crimes de reclusão precisa ser mais restringida, por que é muito ampla. Há muitos crimes punidos com reclusão que de forma alguma, justificariam a quebra do sigilo das comunicações telefônicas.

Somente é considerada lícita e será aceita como prova, aquela interceptação que tiver sido previamente autorizada. De outra forma, a interceptação é considerada ilícita, violando o princípio constitucional do Art. 5º, inciso XII, da Carta Magna:

XII – é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telefônicas, salvo, este último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Assim, nota-se que o legislador proíbe que ocorra interceptação sem ordem judicial. Porém, com autorização foi possibilitado também que ocorra a interceptação, fazendo com que o criminoso não ficasse impune.

Existe de certa forma, um procedimento a ser seguido para que a interceptação telefônica seja considerada lícita. Essa, tem natureza cautelar, com isso necessita da presença do *fumus boni juris*⁴ do *periculum in mora*⁵, para que possa ser aceita.

3 Artigo 2º, da Lei 9.296/96

“caput” – não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

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

4 Fumaça do bom direito.

5 Perigo da Demora.

As condições acima citadas, estão elencadas no Art. 2º, inciso II e no Art. 4º, ambos da Lei 9.296/96:

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

II – A prova puder ser feita por outros meios disponíveis.

Artigo 4º: O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que sua realização é necessária à apuração da infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

Como depreende-se dos dispositivos acima expostos, quando for possível produzir outros meios de prova, como por exemplo pericial ou testemunhal, a interceptação telefônica não será aceita, não podendo ser usada no processo.

No entanto, para este caso, existe uma exceção, quando com autorização judicial, essa interceptação for reduzida a termo.

O doutrinador Gomes (1997, P. 211), com grande maestria trata sobre o assunto:

A “necessidade” da medida está atrelada ao *periculum in mora*, é dizer, risco para a tutela de um direito (à segurança, no caso), se por ventura nenhuma providência for tomada imediatamente. É a inexistência de outro meios disponíveis para a obtenção da prova (Art. 2º, inciso. II) que revela a necessidade. Esta, de outro lado, como vimos, integra o conceito de proporcionalidade. De tudo quanto disponha o requerente (autoridade policial ou Ministério Público) para “demonstrar” tal necessidade convém que seja exposto. Sem tal demonstração o pedido deve ser indeferido.

Disserta ainda o douto doutrinador Gomes (1997, p. 211):

A lei exige também a indicação “dos meios a serem empregados”: quais são, os motivos da escolha e como funcionam. Urge evidenciar que tipo de aparelho ou tecnologia será utilizada; como funcionam; se serão ou não requisitados os serviços técnicos especializados às concessionárias de serviço público (Art. 7º); como dar-se-á a gravação (Art. 6º); de que forma será executada a captação da comunicação (Art. 5º) etc.

Existe ainda, a questão da conexão, que são aqueles fatos criminosos que se toma conhecimento de uma forma secundária, ou seja, o fato almejado com a interceptação telefônica é diverso daquele que de fato tomou-se conhecimento.

Por exemplo, as autoridades fazem a interceptação telefônica para apurar um crime de “tráfico de entorpecentes”, porém descobre-se um crime de “homicídio”.

A grande discussão gira em torno da possibilidade ou não dessa interceptação ser usada como prova no crime conexo, podendo assim prejudicar o acusado.

Damásio Evangelista de Jesus entende, não ser possível em nenhuma hipótese essa prova ser usada no processo, pois segundo o doutrinador estaria ocorrendo um desvio de finalidade, tendo assim que se proceder nova interceptação telefônica, previamente autorizada.

Nas palavras do doutrinador Jesus (1998, p. 137):

É importante que durante a realização da diligência referente a um delito surjam elementos no sentido da existência de crime diverso do objeto da medida, caso em que poderia haver desvio de finalidade. Ex.: na escuta telefônica de um suspeito de contrabando de armas descobre-se a prática de tráficos de drogas. Cremos que o resultado da diligência não vale como prova ou material de investigação específica, sendo nulo de pleno direito.

De outro lado, está o doutrinador Gomes (1997), em seu entendimento a prova do crime conexo obtida contra o acusado mediante a interceptação telefônica, poderá sim ser usada no processo sendo perfeitamente lícita, porém o fato conexo tem que ter uma certa ligação com o fato investigado.

Como um exemplo de interceptação telefônica devidamente autorizada pela autoridade competente e que a inteira justiça foi feita, é a do caso do cantor “Belo”.

Tal caso foi veiculado em toda a imprensa nacional, a interceptação provou que o cantor “Belo” estaria envolvido em tráfico de entorpecentes. Contudo, é bom que se diga, que outras provas também foram usadas no processo para a condenação do acusado.

Resta claro, que aquela interceptação realizada sem autorização judicial é ilícita, violando assim os princípios constitucionais, não podendo ser utilizada no processo. Porém é uma forma de se fazer à inteira justiça, desde que seguido os trâmites legais e respeitados os princípios constitucionais. Porém, para a eventual condenação, devem existir no processo outros meios de prova.

Segundo o posicionamento dos Superiores Tribunais, em relação ao tema deste capítulo:

Habeas Corpus. Processual Penal. Crime de Tráfico de Entorpecentes. Escuta Telefônica. Lei nº 9.296/1996. Ausência de ciência da defesa de sua realização. Nulidade. Inocorrência. Diligência de natureza sigilosa. Conhecimento de sua existência pelos acusados e pelo seu defensor somente depois de concluída. Sentença condenatória embasada em outras provas colhidas na instrução criminal. Procedentes.

1. Não há que se falar, na hipótese, em nulidade processual por colheita de prova violadora de sigilo telefônico e por violação ao princípio do contraditório, porquanto a condenação dos Pacientes, como bem destacou o acórdão impugnado, não se embasou na diligência de interceptação telefônica, ressalta-se, inconclusa, porém, em outras provas colhidas sob o crivo da ampla defesa durante a instrução criminal.

2. Ordem denegada. (TJ/RJ HC 30698/RJ; HABEAS CORPUS 2003/0172209-0 Min. Rel. LAURITA VAZ T5 – QUINTA TURMA).

Em outra jurisprudencia se posicionam os Tribunais:

Tráfico Internacional de Entorpecentes. Alegação de falta de fundamentação da decisão judicial que autorizou a interceptação telefônica. 1. Alegação improcedente. Se a condenação derivou de apreensão de grande quantidade de substância entorpecente em poder do paciente e de seus comparsas, é irrelevante a prévia existência de interceptação telefônica, regular ou não. Mesmo porque não se sabe se a apreensão decorreu da investigação policial ou da interceptação telefônica. Se a autoridade policial fundamentou o pedido de interceptação e o juiz deferiu, subentende-se que ele endossou os fundamentos da solicitante. 2. RHC improvido. (TJ/SP RHC 83859 / SP – SÃO PAULO – RECURSO EM HABEAS CORPUS / 2004 Min. Rel. ELLEN GRACIE – SEGUNDA TURMA).

9 INTERROGATÓRIO DO ACUSADO

O interrogatório do acusado é um ato processual de suma importância. Nesse, o juiz ouve o supostamente culpado, elucidando os fatos e tomando para si informações para seu livre convencimento.

Durante um certo período de tempo, o interrogatório foi tido como um meio de prova, quando o réu ficasse calado e não respondesse as perguntas formuladas pelo juiz, isso seria usado contra ele. Porém, após a Constituição de 1988, passou a ser tido como um meio de defesa do acusado, já que é possibilitado a ele ficar em silêncio, diz o Art. 5º, inciso LXIII, da Carta Magna:

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado.

O juiz poderá formular perguntas ao acusado, contudo como já dito, este não será obrigado a respondê-las, podendo ficar em silêncio. Com isso, o réu, de forma alguma será prejudicado.

Nesse sentido entende Tourinho Filho (2002, p. 266):

[...] tal como afirmado na doutrina, se o réu tem direito ao silêncio, o interrogatório não pode ser considerado como meio de prova; do contrário, seria obrigado a responder.

O Código de Processo Penal, disciplinava em seu Art. 186, que o réu poderia ficar em silêncio no interrogatório e não responder às perguntas feitas pelo juiz, porém isso seria usado contra ele no processo, possibilitando assim eventual condenação.

Somente no ano de 2004, que o Código de Processo Penal, teve nova redação em relação ao Art. 186, que diz:

Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer em calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Assim, resta claro que a nova redação do dispositivo acima citado trata o interrogatório como sendo um meio de defesa e se as perguntas não forem respondidas pelo acusado, não haverá nenhum prejuízo.

A doutrina, por maioria, entendeu ser o interrogatório um meio de defesa. Já que o réu poderá produzir elementos em sua defesa, e no caso da acusação não provar que o réu é verdadeiramente culpado, o juiz terá que absolvê-lo.

10 PROVA PERICIAL

A prova pericial tem como objeto os fatos. A perícia propriamente dita, é uma manifestação técnico-científica. O objeto da perícia é uma opinião, composta em primeiro lugar de fatos e tendo como resultado uma decisão.

A perícia é composta de três fases, em primeiro lugar está a observação, em segundo a avaliação e em terceiro está a declaração. De início, o perito observa os fatos, depois avalia e tira suas conclusões e por fim emite sua declaração.

Aranha (1996, p. 142) entende por ser a perícia:

É um meio instrumental porque, como todos os atos do processo, constitui um instrumento usado pelo órgão judiciário para a composição de um litígio cujo escopo final é a declaração da existência ou inexistência do direito ajuizado, exteriorizado pela decisão.

A prova pericial é de suma importância para o processo, está elencada no Art. 6º, incisos I e II, do Código de Processo Penal. Para que se produza a prova pericial deve-se tomar alguns cuidados no que tange à sua produção e quem a irá produzi-la.

A grande discussão gira em torno do termo “peritos” que foi usado pelo Código de Processo Penal. Com essa denominação entende-se que para que a prova pericial tenha validade, deve ser feita por mais de um perito.

Porém o Código de Processo Penal foi mal elaborado nesse caso. Já que o legislador deveria ter pensado que em alguns lugares não existe um perito, quanto mais dois.

É importante dizer que a prova pericial pode ser usada como um alicerce para a decisão do juiz. O magistrado não está obrigado a julgar de acordo com a prova pericial, ele poderá até mesmo recusá-la, porém somente em caso de ocorrer erro ou dolo. Assim diz o Art. 182, do Código de Processo Penal: “O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”.

Nesse sentido está Aranha (1996, p. 143):

[...] embora não vinculado aos peritos, o julgador somente poderá afastar as conclusões periciais ocorrendo erro ou dolo, pois se lhe fosse possível chegar às suas próprias conclusões a perícia seria evidentemente desnecessária.

A prova é usada para que o magistrado possa obter comprovação dos fatos ocorridos. Especialmente a prova pericial é muito importante no processo, já que o juiz não possui conhecimento técnico para apreciar certos fatos. Logo, o julgador deveria sempre pedir tal meio de prova, para que se possa fazer a inteira justiça.

11 TORTURA

A tortura é expressamente proibida no ordenamento jurídico brasileiro. Está elencada no Art. 5º, inciso III, da Constituição Federal, como sendo um direito e garantia fundamental do homem. Diz o artigo: “ninguém será submetido à tortura ou a tratamento desumano ou degradante”.

A lei 9.455/97 deu maior complexidade à tortura, descrevendo vários tipos penais ligados à prática desse crime. O Art. 1º, inciso I, alínea “a”, da referida lei descreve o crime:

Artigo 1º - constranger alguém em emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa.

Durante algum tempo, a prática do crime de tortura ocorreu no Brasil sem que o agressor sofresse qualquer penalidade. Nesse sentido disserta Coimbra (2002, p. 155):

[...] com o advento do Estado Novo, o denominado período Getuliano, iniciado em 1937, o Brasil vivenciou uma ditadura que espargiu o terror e edificou a barbárie em todo o seu território, suprimindo todas as garantias individuais, fechando o parlamento federal, estadual, e municipal.

Disserta ainda o douto doutrinador Coimbra (2002, p. 155):

No aludido período negro da história do Brasil, que se estendeu até o ano de 1945, aflorou a pessoa do capitão Filinto Strubling Muller, chefe de polícia, que coordenava pessoalmente as torturas perpetradas contra presos políticos da época.

É importante dizer que a tortura fora realizada não somente contra presos políticos, se estenderam também aos presos comuns. A discriminação era tanta, que a tortura era realizada principalmente contra negros.

Porém, foi com o golpe militar ocorrido por volta do ano de 1964, que o crime de tortura foi praticado no Brasil de forma intensa. Assim diz Coimbra (2002):

Com o advento da Revolução de 1964 e a ascensão dos militares ao poder, a tortura institucional passou a ser um poderoso instrumento a serviço dos detentores do poder, a fim de que pudessem obter das vítimas supliciadas informações relevantes [...].

A própria União lançou mão de alguns dados referentes a este crime, realizado durante o período militar. Qual seja: entre o ano de 1964 a 1979, foram julgados 707 processos nos Tribunais Militares, aproximadamente 1918 prisioneiros políticos afirmaram terem sido vítimas de tortura. Foi utilizado aproximadamente 283 métodos na prática deste ilícito.

Atualmente como já foi dito, já não se permite mais a prática do aludido crime. Porém ainda ocorre em alguns casos. Um exemplo mais atual que se pode dizer, que causou grande revolta em todo o país, assunto que também foi veiculado internacionalmente, é o caso da Favela Naval de Diadema, no Estado de São Paulo.

Nesse caso, houve sem dúvida abuso de poder por parte dos policiais contra os cidadãos que por ali passavam, ocorrendo até mesmo a morte de um desses. As cenas foram gravadas por um cinegrafista amador, que as entregou para as autoridades.

Neste exemplo acima mencionado, a tortura foi praticada deliberadamente pelos policiais, os cidadãos honestos sofreram grande injustiça, sendo submetidos à inúmeras violências físicas. Nem mesmo o pior criminoso pode ser submetido à tortura, quando mais pessoas inocentes como ocorreu na Favela Naval.

A prática de tortura foi e ainda é usada, para que se possa retirar da vítima confissões de crimes que até mesmo pode não ter cometido. Porém, é importante dizer que essa prática é feita ilicitamente, contrariando como já foi dito anteriormente, os princípios constitucionais fundamentais do ser humano.

Insta ressaltar que a tortura se consuma com o constrangimento físico ou mental a que é submetido o agente.

Diante da grande extensividade do assunto tratado nesse capítulo, o autor somente citou a forma de tortura propriamente dita, em sua espécie. O que é bastante, para a desenvoltura do tema deste trabalho.

12 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A autotutela entre os particulares é proibida no ordenamento jurídico brasileiro. Essa seria uma forma do particular “fazer justiça com as próprias mãos”, medida essa vedada pelo Estado.

Com tal proibição, o Estado ficou investido no dever de prestar jurisdição eficaz aos cidadãos. Fazendo com que os direitos e as garantias dos seres humanos pudessem ser respeitados, ocorrendo assim, a inteira justiça.

A prova obtida por meios ilícitos é expressamente proibida no ordenamento jurídico brasileiro. Tal fato ocorre para que os cidadãos sejam respeitados em sua individualidade, tendo seus direitos amplamente respeitados. Mesmo os “criminosos” devem ter seus direitos garantidos. Assim o legislador quis obrigar que para se apurar a verdade fossem usados meios lícitos de prova.

Porém existem as exceções, como já foi tratado pelo autor neste trabalho. Destarte cabe ao julgador justificar as exceções, pois com isso estaria sendo restringido os direitos e garantias do particular, aplicando-se para tanto o princípio da proporcionalidade. Esse possibilita que a lide possa ser resolvida de forma satisfatória para ambas as partes, ou seja, benéfico para o Estado e para o particular.

Mais especificamente, a tortura, que é uma prova ilícita, é expressamente proibida no Brasil. Nesse sentido disciplina a Constituição Federal vigente no país e também existe uma lei, que já foi citada neste trabalho, que também proíbe expressamente a tortura, de uma forma mais complexa.

Já a interceptação telefônica, também é proibida pela Constituição Federal. Contudo existe uma lei que também já foi citada neste trabalho pelo autor, que ao contrario da tortura, regulamenta a interceptação das comunicações telefônicas. Podendo ser aceita como lícita quando autorizada judicialmente e desde que preenchidos os requisitos da mencionada lei.

O autor entende que a prova ilícita em alguns casos poderia sim ser usada no processo. Porém somente quando não existir outro meio de prova para a solução daquele conflito. Pois seria muito injusto saber determinado individuo fora

culpado por determinado crime, fato que ficará provado com a prova obtida por meio ilícito, e mesmo assim o criminoso ficasse em liberdade, por somente existir essa prova ilícita no processo e não poder ser usada, pois a lei proíbe.

No tocante a interceptação das comunicações telefônicas, que também é considerada prova ilícita, porém existe lei regulamentando em alguns casos. O autor entende ser de suma importância para o ordenamento jurídico brasileiro a lei existente que regulamenta a mencionada interceptação em alguns casos.

De um lado entende-se estar violando a intimidade do indivíduo. Porém para que se possa fazer uma sociedade mais justa e sem violência é melhor que de certa forma viole a garantia do criminoso, do que deixá-lo impune.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**: interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova Ilícita**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo. V

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2002.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. 3. vol. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; FILHO, Antonio Magalhães Gomes. **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Malheiros, 2000.

FILHO, Vicente Greco. **Interceptação Telefônica** – considerações sobre a lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 1996.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica** – lei 9.296 de 24 de julho de 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal Anotado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

COIMBRA, Mário. **Tratamento do Injusto Penal de Tortura**. 2. vol. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Comentários a Constituição Brasileira Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969.** 3. vol. São Paulo: Saraiva, 1975.

CUNHA, Alexandre Sanches. **Todas as Constituições Brasileiras.** Edição Comentada. Campinas: Bookseller, 2001.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. São Paulo, ago. 2004. Disponível em: <<http://www.tjsp.gov.br>>. Acesso em: 18 de ago. 2004.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. Rio Grande do Sul, ago. 2004. Disponível em: <<http://www.tjrs.gov.br>>. Acesso em: 18 de ago. 2004.