

NILBERTO RAFAEL VANZO

DA PROVA ILÍCITA

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
Toledo
2002**

NILBERTO RAFAEL VANZO

DA PROVA ILÍCITA

Monografia apresentada para
obtenção do título de Especialista
no Curso de Pós-graduação "Latu
Sensu" em Processo Civil,
Universidade Federal do Paraná.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
Toledo
2002

*"O Universo conspira em favor
daqueles dotados de boa alma."
(Verdades C3smicas)*

SUMÁRIO

<i>INTRODUÇÃO</i>	4
1. A prova: objetivos e conceitos	6
2. Os meios de prova moralmente legítimos	12
3. Prova ilegítima e ilícita	15
4. A prova ilícita deve ser validada?	20
5. Prova ilícita e a constituição federal	22
6. O princípio da proporcionalidade	26
7. A interceptação e a gravação telefônica	29
8. A lei n.º 9.296/96	33
9. O sigilo das correspondências	34
<i>CONCLUSÃO</i>	36
<i>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</i>	38

INTRODUÇÃO

A prova como tema de estudo jurídico é, sem dúvida, um dos mais difíceis. A dificuldade surge, em parte, pela necessidade de termos que investigar processualmente a prova a partir da realidade material e da realidade sensível. Do ponto de vista filosófico, da matéria e do ser.

Para a realização do estudo que ora se inicia, a abordagem será desenvolvida no sentido de sabermos a possibilidade jurídica de se realizar a atividade processual probatória, com o fim de influenciar na formação da convicção do julgador, a partir do fornecimento de elementos advindos de resultados conseguidos pelo emprego de métodos ilícitos.

A Constituição de 1988 deu maior destaque às garantias processuais, e importou-se com os direitos individuais e também coletivos. Inadmitiu, no processo, artigo 5º, inciso LVI, as provas obtidas por meios ilícitos. Garantiu, artigo 5º, inciso XII, o sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. Ressalvou, quanto às comunicações telefônicas, a possibilidade de obtenção por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Assegurou, artigo 5º, inciso X, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

A discussão sobre a validade ou não da prova obtida por meios ilícitos é pertinente e deve merecer atenção dos operadores do direito, visto que a inobservância do dispositivo constitucional poderá ameaçar os direitos individuais do cidadão garantidos pela lei maior.

Analisar processualmente a validade ou não da prova obtida através do emprego de meios ilícitos é tarefa das mais delicadas, encontrando-se dividida até mesmo a melhor doutrina.

Para alguns doutrinadores a prova obtida pelo emprego de métodos ilícitos não poderá ser utilizada em processo com o fito de constituir direito. Outra corrente doutrinária defende a possibilidade da utilização da prova obtida de maneira ilícita, porém, mediante a aplicação, de forma equilibrada, do princípio da proporcionalidade.

A jurisprudência dos Tribunais dos Estados e também do STJ e do STF, vem admitindo, cada vez mais e com maior amplitude, a valoração processual da prova ilícita, especialmente a oriunda de conversa telefônica gravada por uma das partes na ação judicial.

Não podemos generalizar o emprego da prova obtida de maneira ilícita, sob pena, como já dissemos, de assim o fazendo, colocarmos em xeque os princípios contemplados na Constituição.

Para a moderna adequação do direito à vida real, existem várias questões que deverão ser respondidas em curto período de tempo, tais como: -- na busca da verdade real devemos admitir, no processo, a produção de provas através do emprego de todos os meios, inclusive os meios ilícitos? Para a humanidade valerá mais fazer emergir a verdade processual real, em detrimento das garantias individuais e de liberdade garantidas constitucionalmente? As diversas tecnologias desenvolvidas devem ser utilizadas de maneira irrestrita a serviço da humanidade, mesmo que as garantias individuais sofram ameaça?

Para o fortalecimento do processo judicial e de toda estrutura de poder e de justiça, hoje deveras combalidos, os operadores do direito, de toda ordem, devem se concentrar na difícil tarefa de encontrar resposta adequada aos questionamentos antes formulados, sempre de forma a garantir o Estado Democrático de Direito.

1. A PROVA: OBJETIVOS E CONCEITOS

Na busca da tutela jurisdicional, quem não puder provar os fatos alegados em juízo, é como quem nada tem. Para que o conflito judicial seja dirimido pelo Estado, este, através do juiz, como órgão julgador, analisa com a observância do princípio do contraditório e da ampla defesa, as provas a ele apresentadas, formando através delas o seu convencimento, para posterior prolação de sentença.

João Penido Burnier¹ Júnior transcreve em sua obra as considerações de Couture sobre os principais temas de prova:

Consiste em saber *o que é a prova; que se prova; quem prova; como se prova; que valor tem a prova produzida*. Em outros termos, o primeiro desses temas coloca o problema do *conceito* da prova; o segundo, o *objeto* da prova; o terceiro, o *ônus* da prova; o quarto, o *procedimento* probatório; o último, a *avaliação* da prova.

A Constituição vigente, no artigo 5º, inciso LV, garantiu: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes;*”

Quanto ao contraditório, este é caracterizado pelo tratamento imparcial que o juiz deve dar às partes, assegurando-lhes igualdade, para que, dentro do processo, possam elas ter as mesmas oportunidades.

O contraditório, pois, segundo doutrina unânime, é a igualdade das partes assegurada dentro do processo:²

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas. O princípio do contraditório, assim, corresponde ao princípio da igualdade das partes, dentro do processo, que terão as mesmas oportunidades de serem ouvidas, apresentar provas, e influir, enfim, no convencimento do juiz. Mas

¹ João Penido Burnier Júnior, Teoria Geral da Prova, 2001, p. 1

² Luiz Francisco Torquato Avolio, *Provas Ilícitas – Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas*, 1999, p. 26

não se trata de uma mera identificação com a igualdade formal. A igualdade, no processo, é entendida modernamente no seu sentido substancial, de "par conditio", ou paridade de armas, ou seja, como princípio de equilíbrio de situações, que se revelam recíprocas entre si, da mesma forma que se colocam, no processo penal, as atividades dos órgãos de acusação e de defesa.

O contraditório, pois, pressupõe a paridade de partes. Somente pode ser eficaz se os contendentes possuem a mesma força ou, ao menos, os mesmos poderes.

Na conhecida conceituação do Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, o contraditório é a expressão da ciência bilateral dos atos e termos do processo, e a possibilidade de contrariá-los. Na Itália, Giuseppe La China afirma que o contraditório significa, de um lado, a necessária informação dos atos do processo às partes; e, de outro, a possível reação desta aos atos desfavoráveis.

O contraditório se desdobra, pois, em dois momentos: informação e participação. A idéia de informar as partes sobre os atos processuais está presente desde a fase citatória, prosseguindo-se ao longo do processo com as intimações.

Continua o mesmo Autor na linha de pensamento que:

No que se refere à participação, bem coloca Dinamarco, que participar significa "participar da instrução". Instrução, por sua vez, não é só provar. Significa preparar o espírito do juiz, não somente através das provas, mas participando do processo, em todas as demais atividades. Entre as quais a atividade instrutória, onde a lei prevê a fase dos debates, em que as partes oferecem suas alegações, de fato e de direito.

As doutrinas alemã e italiana salientaram um importante aspecto do contraditório, enquanto princípio de participação: o objetivo primordial da garantia não é só a defesa, em seu sentido negativo, de oposição ou resistência, mas sim a "influência", tomada como Mitwirkungsbefugnis (Zieuner) ou Einwirkungsmöglichkeit (Baur). Neste sentido, Trocker a define como "direito ou possibilidade de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e sobre o resultado do processo".

O desdobramento imediato do conteúdo da garantia do contraditório constitui o tema do direito à prova. A sua abordagem, pela doutrina, possui a amplitude de um tema de teoria geral do processo.

Quanto à **ampla defesa**, a sua aplicação não deve ser admitida no processo de maneira ilimitada, pela própria razão de não serem admitidas constitucionalmente (CF. art. 5º, LVI) as provas obtidas por meios ilícitos.

Nas palavras de Alexandre de Moraes³, a ampla defesa é assim conceituada:

Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições

³ Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, 2001, p. 118.

que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

A prova é, assim, sem dúvida, no âmbito processual, o objetivo maior das partes, para constituírem ou modificarem, impedirem e extinguirem direito. E a sua teorização não é exclusiva do direito material, visto estar regulada de forma expressa no Código de Processo Civil.

No âmbito processual, Arruda Alvim⁴ assim a classifica: “quanto aos seus tipos (= meios de prova); a sua admissibilidade (pelo juiz), reporta-se a tais normas; a sua produção (pelas partes), e, excepcionalmente pelo juiz (art. 130); e, ainda quanto ao ônus da prova, (v, art. 333 – atividade dos litigantes) e sua valoração (art. 131) que são assuntos intrinsecamente processuais;”

Ao juiz é dada a prerrogativa, artigo 131 do CPC, de apreciar livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes.

O juiz pode assim valorar a prova por aplicação de seu livre convencimento, exercendo o seu poder (dever) de deferir ou não a produção das provas, admitindo-as ou não as admitindo.

E é, pois, neste sentido que devemos discutir se ao juiz é permitido, inclusive, valorar a prova obtida por meio ilícito, visto a não-permissibilidade ser preceito consagrado no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

Provar é, pois, demonstrar a efetiva ocorrência de um fato concreto, para o qual se reserva um suporte normativo, cuja violação gera o fundamento

⁴ Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil, Processo e Conhecimento*, 2000, p. 440.

jurídico do pedido e a possibilidade de prestação jurisdicional, da qual se espera decisão de acolhimento de mérito. É meio utilizado para a demonstração de veracidade entre o fato alegado e sua direta relação com o mundo real. É o meio pelo qual se estabelece a verdade judiciária. Estabelecida a relação por meio da prova, ao juiz é dada a tarefa de aplicar a lei.

Vale ressaltar que por, definição, o objeto da prova, são os fatos da causa, visando o resultado da atividade probatória, sendo que os sujeitos dessa atividade são as partes, o juiz e o representante do Ministério Público, estes últimos, de acordo com o disposto nos artigos 130 e 83, II do CPC, valendo para todos eles a única regra de que a prova deve ser obtida através de adoção de meios lícitos legalmente permitidos. Aos terceiros, que forem admitidos pelo instituto da intervenção de terceiros a atuarem no processo, também será oportunizado o direito de produzir provas, mas e desde que sejam observados os meios legalmente aceitos e permitidos.

Por fim, assim, é salutar para uma melhor compreensão da espécie, que apreciemos também, a conceituação da prova pela ótica de Carnelutti, Calamandrei e Chiovenda, importantes influenciadores no estudo, evolução e aplicação do direito processual no Brasil.

O conceito de prova foi evoluindo lentamente no pensamento de Carnelutti:⁵

Já nas *Lezioni di dir. proc. civ.* (II, p. 386) tende a excluir da mesma a atividade do juiz que comprova, referindo-se, portanto, somente ao instrumento que serve para a comprovação. Pelo contrário, a atividade da parte ou do juiz, quando provê à comprovação das afirmações, entra no conceito de ação ou no de julgamento.

Se esclarece no *Sistema* (I, pp. 674 ss.), que “prova é o procedimento dirigido à verificação das razões...”, porém, “o raciocínio não atua senão partindo de um dado sensível, que constitui o fundamento da razão. Em sentido translativo também estes fundamentos se chamam provas; neste segundo significado, prova não é um procedimento senão um *quid sensível* quando serve para fundamentar uma razão...”. As provas “são assim um instrumento elementar não tanto do processo como do Direito, e não tanto do processo de conhecimento como do processo em

⁵ Francesco Carnelutti, *A Prova Civil*, 2001, p. 267

geral; sem elas, em noventa e nove por cento das vezes, o Direito não poderia alcançar sua finalidade”.

Na primeira edição da *Teoria generale del diritto* (p. 439) e nas *Istituzioni* (I, p. 155), Carnelutti se orienta, cada vez mais decididamente, para um conceito da prova como meio de conhecimento: “as provas que proporcionam ao avaliador uma percepção, mercê da qual pode adquirir o conhecimento desse fato” (*Teoria generale*, *lug. cit.*).

Carnelutti logra um processo definitivo na segunda edição da *Teoria generale*, onde o conceito de prova como meio do julgamento se relaciona com o de espécie (“espécie é a coisa que se vê, ou seja, tal como cai desde os sentidos, da mesma maneira em que ficaria retratada em uma fotografia instantânea”; p. 336). Desde então, Carnelutti adotou uma posição pessoal no campo lógico, que lhe permite considerar o julgamento como invenção de um ligame entre o passado e o futuro; e o conceito da prova, que logo desenvolverá na *Lezioni sul proc. pen.* (I, pp. 204 ss.), como um meio que brinda o juiz uma experiência e que, portanto, serve para relacionar a espécie com o gênero, ou seja, o passado e o futuro, não podem ser plenamente entendidos por quem não tenha lido esses livros que ele chama metajurídicos, especialmente *La storia e la fiaba* (Roma, Tumminelli, 1945) e os *Dialoghi con Francesco* (Roma, Tumminelli, 1947).

Para Calamandrei:⁶

(...) o juízo de verossimilitude corresponde ao primeiro momento, o da alegação, antes de que o procedimento probatório tenha sido iniciado; enquanto que o juízo final de verdade (mesmo que o juízo de verdade, psicológica e sociologicamente, se reduza, em última análise, a um juízo de verossimilitude) versa a respeito dos resultados das provas, só pode intervir em clausura do procedimento probatório.

A alegação proveniente da parte, isto é, a representação que ela dá dos fatos da causa ao narrá-los e descrevê-los, não tem outro ofício, no processo dispositivo, que o de fixar o *thema probandum*: não é uma prova, senão o delineamento de um tema de investigação.

Para decidir se o fato afirmado é verdadeiro (isto é, provado), é necessário que o juiz, numa fase posterior à da alegação, indague, é dizer, coloque em comparação a representação dele, que constitui o tema das indagações, com as representações do mesmo que se recolherão através da experiência dos meios de prova; só se chega a haver coincidência entre aquela e estas, se poderá considerar provado, é dizer, verdadeiro o fato alegado.

O juízo definitivo de verdade é, então, o resultado de uma comparação entre a representação de parte (tema) e as representações oferecidas pelas provas (demonstração).

Consoante Chiovenda:⁷

Provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo. Por si mesma, a prova em geral da verdade dos fatos não

⁶ Piero Calamandrei, *Direito Processual Civil*, 1999, p. 278

⁷ Giuseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, 1998, p.109

pode ter limites; mas a prova no processo, ao revés da prova puramente lógica e científica, sobre a primeira limitação na necessidade social de que o processo tenha um termo; transitada em julgado a sentença, a investigação dos fatos da causa preclui-se definitivamente e, a partir desse momento, o direito não cogita mais da correspondência dos fatos à realidade das coisas, e a sentença permanece como afirmação da vontade do Estado, sem que influência nenhuma exerça sobre o seu valor o elemento lógico de que se extraiu”.

Provar a verdade não significa apenas estabelecer a verdade judiciária, mas também, estabelecer padrão ético e de conduta humana, que propicie melhores condições de convivência social e de preservação do direito.

A necessidade humana de atribuir a culpa à outrem pelos males sofridos, impede que a sociedade evolua humanitariamente, afastando as pessoas umas das outras, e provocando isolamentos catastróficos.

A ordem de conduta humana não é manifestada pelo caráter ético-moral da pessoa humana, haja vista que em um simples acidente de trânsito, mesmo sendo de natureza levíssima, a reação dos condutores dos veículos envolvidos no acidente, ao saírem dos mesmos após a colisão, não é a de verificar se sua integridade física está mantida, mas sim a de atribuir a culpa ao outro, em ato de autodefesa.

No universo processual, a conduta das partes não é diferente, pois, tendo elas que satisfazerem a necessidade humana de colocar-se em posição de isenção de culpa ou responsabilidade, atropelam o ordenamento legal e se arvoram por trilhas não lícitas na busca de provas que as permitam constituir direito.

Necessário, pois, estabelecer-se ponto de equilíbrio entre fazer surgir no processo, a verdade conseguida pelo emprego de meios que ignorem o limite moral imposto por lei e o princípio da proporcionalidade, do qual deverá o juiz, servir-se para a formação de sua cognição plena, e, conseqüente entrega da prestação jurisdicional mais adequada e mais próxima da verdade real.

2. OS MEIOS DE PROVA MORALMENTE LEGÍTIMOS

O Código de Processo Civil Brasileiro revela, no artigo 332, que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

João Penido Burnier Júnior⁸ discorre em sua obra sobre a questão da prova dos atos jurídicos:

Dispondo sobre a prova dos atos jurídicos, o Código Civil distinguiu entre aqueles em que a forma é da substância do ato, de tal modo que, desrespeitada a forma, o ato não existe, não se admitindo sua prova por qualquer outro meio (artigos 133 e 134), e aqueles que não exigem forma especial para sua existência, e que poderão ser provados por confissão, atos processados em juízo, documentos públicos ou particulares, testemunhas, presunções, exames e vistorias e arbitramento.

O Código de Processo se limitou a afirmar que todos os meios previstos em lei, ainda que não especificados por ele, seriam meios de prova idôneos (artigo 332), o que significa que referendou as regras de nossa legislação substantiva.

O Código acrescentou, ainda, que outros meios, desde que fossem legais ou moralmente legítimos, ainda que não previstos em lei, seriam admitidos, desde que idôneos para provar o fato.

É bem verdade que, sem prejuízo da admissão de qualquer meio de prova, desde que ético e lícito, o Código disciplinou especificamente cinco meios de prova, a saber, a confissão, o documento, o testemunho, a perícia e a inspeção pelo juiz.

A norma processual civil induz a parte a se utilizar, na perquirição e obtenção da prova de fato alegado em juízo, de meios moralmente aceitos pela sociedade. O artigo 332 do CPC, deveria falar, simplesmente em prova legal ou lícita, pois, claro que prova ilegítima é espécie de prova .

Para a materialização da tutela jurisdicional pretendida, o ônus da prova, conforme está definido pela norma legal, no artigo 333 do Código de Processo Civil, compete ao autor da ação, que deverá, de maneira lícita, provar os fatos por ele alegados em juízo, cabendo ao réu demonstrar, também

⁸ João Penido Burnier Júnior, *Teoria Geral da Prova*, 2001, p. 73

através de meios lícitos, os fatos que impedem, modificam ou extinguem o direito pretendido pelo autor da ação.

Portanto, é através da utilização dos meios lícitos de prova -- depoimento pessoal, a confissão, os documentos públicos e particulares, a prova testemunhal, as perícias e a inspeção judicial -- que o juiz forma o seu convencimento, extrai a verdade e presta a tutela jurisdicional.

A verdade formal, para Arruda Alvim⁹, deve ser estabelecida dentro de um esquema sistemático:

1º) a prova legal é disciplinada por normas imperativas, cujo desrespeito acarretará a impossibilidade de se ter como provado o fato jurídico a que esta prova se refere;

2º) como consequência da supressão da liberdade de escolha de meio de prova pelos litigantes, há, também, supressão de toda e qualquer valoração judicial, exceto no que respeite à existência e idoneidade (regularidade formal) da prova;

3º) assim, o julgador fica rigorosamente adstrito a, uma vez apresentada a prova legal e desde que a mesma tenha sido dada por *válida*, ter como verdadeiro(s) determinado(s), ou seja, haverá de lhe reconhecer a *eficácia* respectiva."

Preliminarmente, pois, não poderá o juiz conhecer, aceitar e valorar a prova obtida por meio ilícito e nem determinar, mediante arbítrio, a realização de prova moralmente não aceita pela sociedade.

Porém, se existe a preocupação com a descoberta da verdade material, competirá ao juiz, no exercício e aplicação do livre convencimento, avaliar e valorar a prova, também através da aplicação do princípio da proporcionalidade ou lei da ponderação.

O juiz, portanto, para desvencilhar-se da importante tarefa de julgar, deverá, em procedimento de cognição plena, aplicando regras de experiência comum, requerer as provas que julgar importantes, tendo em vista que o nosso

⁹ Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil – Processo de Conhecimento*, 2000, p. 442.

Código de Processo Civil relativamente às provas, segue o princípio inquisitório, que permite o requerimento à produção de provas também pelo Estado Juiz.

3. PROVA ILEGÍTIMA E ILÍCITA

A prova ilícita se distingue da prova ilegítima. Na linguagem de Humberto Theodoro Júnior, “**ilegítima**” seria a que contraria norma processual, e “**ilícita**” a que transgride norma de direito material. Disso decorre que a ilegitimidade se apura no momento da produção da prova no processo, e a ilicitude ocorre no momento da colheita da prova, fato que, geralmente, se dá em fase pré-processual ou extraprocessual.

Entende Theodoro Júnior¹⁰ que:

Já se fez, em doutrina, uma distinção entre prova ilegítima e prova ilícita: **ilegítima** seria a que contraria norma processual, e **ilícita**, a que transgride norma de direito material. Disso decorre que a ilegitimidade se apura no momento da produção da prova no processo e a ilicitude ocorre no momento da colheita da prova, fato que, geralmente, se dá em fase pré-processual ou extraprocessual.

Nesse enfoque, tanto o Código de Processo Civil como a Constituição Federal, cuidam de provas **ilícitas**, quando vedam o uso no processo de meios “moralmente ilegítimos”, como de “provas obtidas por meios ilícitos”. É que, num caso como noutro, não se trata de observar as regras procedimentais para produção dos elementos da lide, mas de exigir da parte que obtenha tais elementos por vias compatíveis com a ética e o direito material.

Aliás, quando se reclama a conduta ética e lícita da parte na obtenção de suas provas, o legislador tem em mira todo e qualquer meio de prova e não apenas aqueles que ultrapassam a enumeração dos Códigos de Processo. Todos eles, a par da licitude procedimental, “devem atender aos princípios da moralidade e lealdade”.

Claro é, por outro lado, que a prova produzida com ofensa da lei processual será também ineficaz, por decorrência dos próprios princípios do direito processual. Mas o que agora nos preocupa é a prova substancialmente ilícita ou imoral.

Já se questionou muito sobre se o controle da imoralidade, que inabilita a produção da prova, deveria situar-se na obtenção do meio de prova ou na sua apresentação em juízo. A Constituição de 1988 veio pôr fim, entre nós, ao dissídio, cuja solução majoritária já pendia mesmo para o rumo eleito pela Carta Magna, ou seja, qualquer prova se torna inadmissível quando sua obtenção “tenha violado princípio ou norma de direito material, especialmente se a norma violada está inserida como garantia constitucional, como, por exemplo, a inviabilidade do sigilo da correspondência ou de comunicação telefônica”.

A verdade é que o direito não pode ser dividido em blocos estanques, de modo a

¹⁰ Humberto Theodoro Júnior, in A Gravação de Mensagem Telefônica Como Meio de Prova no Processo Civil, <http://google.com.br>.

tratar, diferentemente, a mesma prova no seu momento de geração e, posteriormente, no momento de sua função, dentro do processo de instrumento de revelação da verdade.

Certo que o compromisso do processo é com a verdade real, mas a atividade processual também não pode ficar alheia ou indiferente à conduta ilícita da parte para influir na atividade do próprio órgão judicante.

Quando veda a prova obtida ilicitamente, o que tem em mira o preceito constitucional não é o fato processual em si mesmo, mas a necessidade do coibir e desestimular a violação das garantias que a Carta Magna e o ordenamento jurídico, que a complementa, instituíram como regras indispensáveis à dignidade humana e à manutenção do império da lei.

A invalidade da prova obtida ilicitamente é, de tal sorte, a sanção que sofre a parte que, antes do fato processual, transgrediu um princípio ou uma regra de direito material.

Assim, um documento assinado sob tortura, ainda que contivesse a verdade, jamais poderia ser utilizado em processo, sem que se convalidasse a própria tortura, o mesmo se podendo afirmar do furto de uma carta ou de um documento sigiloso, cuja admissão em juízo implicaria sempre uma ratificação do furto e da quebra do sigilo a que tem direito o dono da carta ou do documento privado.

A barreira que se opõe ao uso de tais provas é, em última análise, o repúdio a essas graves ilicitudes perpetradas, antes que o delinqüente pudesse delas extrair alguma vantagem processual.

Em direito penal, costuma-se fazer, em nome do **princípio da proporcionalidade**, uma distinção entre a prova ilícita, que conduz à condenação, e a que livra o réu da imputação que lhe é feita. É que, na própria ordem constitucional, podem ser detectados interesses igualmente tutelados que, num dado momento processual, se tornam conflitantes. Contra a garantia do sigilo de correspondência pode-se apontar a garantia da liberdade pessoal e, nesse confronto, há quem defenda a prevalência do bem maior, de sorte que os objetivos constitucionais seriam melhor atingidos se se libertasse o acusado inocente do que se preservasse simplesmente o sigilo de correspondência. Pensa, por exemplo, Celso Ribeiro Bastos que, em semelhante conjuntura, não se justificaria a aplicação inflexível do inciso LVI do art. 5º da Carta Magna, se uma carta furtada pelo réu demonstrasse sua completa inocência.

Também Ada Pellegrini Grinover registra, em tema de processo penal, o problema que a doutrina enfrenta na tentativa de buscar um equilíbrio entre as garantias à intimidade e o interesse público de repressão à atividade criminosa.

Pensamos, porém, que, no processo civil, o problema não existe, pelo menos com a intensidade registrada no processo penal, visto que no âmbito do primeiro, a regra fundamental é a absoluta igualdade entre os sujeitos da relação processual (CPC, art. 125, I) e, dentre os bens jurídicos, em jogo no litígio, quase nunca se encontrará algum que possa aspirar à posição de relevância maior que a das garantias fundamentais, que se costumam violar na obtenção das provas ilícitas.

Dai ser mais fácil e mais indiscutível a aplicação da regra do inciso LVI do art. 5º, da Constituição Federal, ao processo civil, em sua literalidade.

Observa-se que, na ordem prática, o principal problema em matéria de prova ilícita situa-se em torno do sigilo das comunicações telegráficas, telefônicas e de dados, garantia cuja quebra, por ordem judicial, a Constituição prevê, excepcionalmente, apenas para fins de investigação ou instrução penal (art. 5º, XII).

Isto quer dizer que, para a Constituição, a quebra do sigilo em questão não é possível no processo civil, nem mesmo por ordem judicial.

Claro é, sem dúvida, que se a Carta Magna instituiu uma garantia fundamental, como a do sigilo das comunicações, somente ela pode indicar quando dita garantia pode ser afastada. Sem a previsão da Constituição, nem ao legislador ordinário, nem ao juiz, é lícito descobrir hipóteses em que outros interesses seriam tratados como superiores àqueles que inspiraram o legislador constituinte na tutela do sigilo de correspondência e de comunicação.

Já proclamava Rui Barbosa que "a declaração de um direito individual pela Constituição do Estado importa na imediata aquisição do direito assegurado e na proibição geral, aos particulares e às autoridades públicas, de o violarem".

Em suma, o processo civil brasileiro tem um nítido compromisso com a livre e ampla averiguação da verdade real, pelo que, como princípio, autoriza todo e qualquer meio de prova, mesmo fora do elenco da lei, desde que, além da **idoneidade e relevância** do meio empregado, se guarde respeito aos preceitos **legais e éticos**, mormente aqueles que se acham unguídos da elevada categoria de garantias fundamentais pela Constituição.

Tudo o que contraria a lei **material** ou **formal** inviabiliza a prova, máxime quando a norma agredida é de natureza constitucional.

Mas a inviabilidade da prova, para o art. 332 do CPC, não reside apenas na **ilegalidade**, mas também na **imoralidade**. Nesse último terreno, entra tudo aquilo que configure um comportamento contrário ao "pudor geral".

Não é fácil teorizar um elemento tão fluido como o "pudor geral", de modo que cabe ao juiz, segundo seu prudente arbítrio, analisar e estimar, caso a caso, a possibilidade de o comportamento da parte gerar "escândalo", "repulsa", "indignação".

A definição antes citada nos dá a devida dimensão de que as provas válidas e aceitas são aquelas produzidas de maneira legítima e obtidas por meios lícitos.

Na avaliação da prova ilícita, a doutrina tem dedicado atenção especial ao problema das provas ilegítimas ou provas obtidas por meios ilegítimos, sendo que este problema é de alta significação e complexidade, envolvendo questões diretamente ligadas à teoria geral do processo e pondo em causa alguns princípios fundamentais orientadores de toda a ciência processual.

Tratar sobre a prova ilícita é deveras complexo, tanto que a doutrina se divide em aceitá-la e rejeitá-la. De um lado há os que defendem a sua aplicação, em detrimento do princípio da individualidade humana garantida

constitucionalmente, de outro lado, os que a rejeitam, na defesa e manutenção do princípio legal devidamente normatizado.

Para Ovídio A. Baptista da Silva¹¹, após citar Devis Echandia:

(...) o processo civil não é um campo de batalha no qual fosse permitido a cada contendor o emprego de todos os meios úteis e capazes de conduzir ao triunfo sobre o "inimigo", ao contrário, o processo civil é instrumento destinado a tornar efetiva a observância e aplicação da lei e, em certos casos, organizado para a solução de conflitos legais, de tal modo que seu emprego deve ser feito segundo padrões juridicamente válidos e legítimos, não sendo admissível que o magistrado – tanto no processo penal quanto no de qualquer outra natureza – se valha de expedientes e métodos ilegais, ou moralmente reprováveis, para assegurar o império da lei e do direito movido pelo falso e universalmente recusado princípio de que *"o fim justifica todos os meios"*.

(...)

Este problema cresce de importância, tornando-se mesmo decisivo, frente à possibilidade, sempre crescente, do emprego de toda a sorte de tecnologias eletrônicas capazes de serem empregadas para a obtenção de provas, sem o conhecimento ou a permissão daquele contra quem a prova, obtida clandestinamente, será depois produzida; muitas vezes com grave violação de sua intimidade e até mesmo, nos casos mais sérios, contra a declarada oposição da pessoa submetida, por exemplo, a métodos violentos e brutais, como a tortura física ou mental e a administração de drogas que debilitam ou inibem o poder da vontade.

Para o legislador constituinte toda a ponderação, relativamente a assegurar a verdade, não foi além de conjecturas, sendo que o mesmo aprovou, como texto final, aquele consagrado no artigo 5º, inciso LVI, que declara inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos.

Não sendo estanque e nem imutável o direito, necessário é que façamos a sua adequação pelo olhar aos modernos costumes sociais, cabendo ao direito, a importante missão de garantir a ordem constitucional e de promover a justiça, permitir ao juiz que se utilize do princípio da proporcionalidade ou lei da ponderação.

Assim, mesmo diante dos preceitos constantes dos textos dos artigos 130 e 131 do CPC, ao juiz é dado determinar as provas necessárias e apreciá-

¹¹ Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, 1998, p. 356

las livremente, desde que obtidas por meios lícitos, podendo, contudo, para a adequação do direito à vida moderna, apreciar a prova pela aplicação do princípio da proporcionalidade, atendendo de maneira precisa aos interesses das partes, nos exatos termos do caso concreto.

4. A PROVA ILÍCITA DEVE SER VALIDADA?

Na esfera do processo civil, quando já produzida a prova ilícita, cabe a discussão quanto a validação ou não dessa prova pelo juiz, visando a boa e perfeita prestação jurisdicional.

João Penido Burnier Júnior¹² assim trata o tema da prova obtida por meio ilícito:

Segundo Mauro Cappelletti (1972, p. 137),

“o problema das provas introduzidas em juízo com base em ato ilegítimo oferece duplicidade de aspectos, que devem ser estudados separadamente”.

O primeiro aspecto concerne às provas em si e por si admissíveis (relevantes e eficazes), mas que foram criadas ou chegaram a quem as produziu por meio ilegítimo.

Como exemplo, podemos citar o furto de documento, confissão ou testemunho obtido mediante tortura ou fraude; testemunho prestado com violação do sigilo profissional; escuta telefônica clandestina, etc.

Em tais casos, diz o autor citado (*ibidem*):

“a ilegitimidade é própria de um ato, processual ou extraprocessual, precedente e, de qualquer forma, não coincidente com a produção da prova”.

Na segunda categoria, a ilegitimidade é do ato processual que admitiu a produção da prova vedada por lei.

Exemplos desta última hipótese são a admissão de depoimento de testemunhar incapazes, impedidas ou suspeitas, vedado pelo art. 405 do CPC, com as ressalvas de seu § 4º; a admissão de prova testemunhal em contravenção ao disposto nos arts. 400 e 401, do CPC; a ordem de exibição de documento em contrariedade às regras dos arts. 358 e 363, do CPC e assim por diante.

Cabe, portanto, indagar-se: - para a obtenção da verdade, a prova obtida ilicitamente merece ser ignorada pelo juiz, ou a verdade -- mesmo diante do óbice processual -- deve ser assegurada para a correta e eficaz prestação jurisdicional?

A resposta é divergente. De um lado, pode-se entender que fazer

¹² João Penido Burnier Júnior, Teoria Geral da Prova, 2001, p. 82.

surgir a verdade é a finalidade precípua do processo, sendo, neste sentido então, que ao juiz não é dado o direito de ignorar a verdade, mesmo que esta tenha sido obtida através de prova ilícita. De outro lado, pode-se entender que a validação da prova ilícita ao encontro da verdade processual, representará a plena inutilização da norma constitucional estabelecida, com o surgimento e imposição de sistema processual ditatorial, em plena ignorância a norma legalmente constituída.

Em Conferência pronunciada em Belo Horizonte, em 10 de outubro de 1996, o Professor José Carlos Barbosa Moreira¹³ argumentou sobre a questão das provas adquiridas com infração a uma norma jurídica.

Conforme bem se sabe, manifestam-se a tal respeito duas teses radicais. De acordo com a primeira, deve prevalecer, em qualquer caso, o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, de sorte que a ilicitude da obtenção não subtrai à prova o valor que possua como elemento útil para formar o convencimento do juiz; a prova será admissível, sem prejuízo da sanção a que fique sujeito o infrator. Já para a segunda, o direito não pode prestigiar comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio: por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegitimamente obtida.

A verdade judiciária não pode se sobrepor ao dispositivo constitucional que diz serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

O juiz, portanto, tem o dever de avaliar as provas em cognição ampla, utilizando-se de todos os meios a ele permitidos, objetivando fazer aparecer no processo, a verdade mais próxima da real, entregando a tutela jurisdicional de maneira que satisfaça, além dos interesses das partes, os anseios de toda a sociedade, contribuindo para que a fé das pessoas na Justiça seja resgatada.

¹³ José Carlos Barbosa Moreira, in *Temas de Direito Processual*, 1197, p. 109

5. PROVA ILÍCITA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, versa que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Cabe-nos de início saber: se o que interessa é a descoberta da verdade real, é crível admitir-se e valorar, processualmente, a prova obtida por meio ilícito, ou basta impor sanções cabíveis contra quem praticou o ilícito para obtê-las?

A Constituição nega expressamente validade processual a qualquer tipo de prova obtida ilicitamente, considerando-se ilícitas as provas em desrespeito aos direitos individuais do cidadão constitucionalmente garantidos, e a violação expressa na lei.

Uma vez produzida a prova no âmbito processual civil, esta e seu valor devem ser admitidos como fonte de busca da verdade, mesmo que essa busca represente violação de preceito constitucional que garanta direito individual do cidadão?

Na busca da resposta desta e daquela primeira indagação, encontraremos pensamentos diferenciados, tendo, de um lado, os que defendem a possibilidade de se colher, obter, a prova por todos os meios possíveis, sob a justificativa de que o que interessa para o processo é fazer surgir da verdade real, ampla e irrestrita, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

No tocante à prova, em relação ao princípio da proporcionalidade, Nelson Nery Júnior¹⁴ assim se manifestou:

¹⁴ Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*, 1997, p. 611

Prova ilícita. A CF 5º LVI rege a matéria, vedando os meios de prova que não obtidos por meios lícitos. A doutrina se manifesta de forma bastante controvertida a respeito da validade e eficácia da prova obtida ilicitamente. A proposição da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de princípio da proporcionalidade. De fato, não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva.

De outro lado, esta linha de pensamento é contraposta por diferentes doutrinadores, que entendem que o juiz deve extirpar, apagar da memória, desconsiderar de sua cognição os fatos provados através de provas obtidas ilicitamente, para que sejam preservados os direitos individuais do cidadão.

A legitimidade moral a ser respeitada na colheita da prova foi assim defendida por Araújo Cintra:¹⁵

Legitimidade moral exigida pela lei se manifesta pelo respeito à dignidade humana e pela adequação do meio de prova ao padrão ético vigente, incluindo-se nessa adequação a idoneidade para fundamentar racionalmente seus resultados.

Em consequência da inadmissibilidade do meio de prova que não atender ao requisito da legitimidade moral, veda-se o seu ingresso jurídico no processo, devendo o juiz abstrai-lo do conjunto probatório se, acaso, por qualquer modo tiver sido introduzido nos autos. Assim, é de ficar desprovido de toda força probante, recusando-se-lhe qualquer influência na reconstrução judicial dos fatos. De outra forma, perderiam a sua eficácia as normas reguladoras da admissibilidade genérica dos meios de prova.

Porém, se o que vale para o sistema processual é fazer aparecer a verdade de forma ampla, mas obedecendo aos meios legalmente previstos e moralmente aceitos pela sociedade, o preceito constitucional não deve ser abrandado pelo juiz no momento de sua cognição para valorar de forma irrestrita todas as provas produzidas, mas deve ele ao menos — o que nos parece bastante aceitável — aplicar de maneira correta o princípio da proporcionalidade ou lei de ponderação, de forma a preservar, de um lado, os direitos individuais do cidadão protegidos pela Constituição Federal em vigor, e, de outro lado, prestar a tutela jurisdicional que efetivamente atenda aos interesses das partes e promova a melhor justiça.

¹⁵ Antônio Carlos de Araújo Cintra, *in Comentários ao Código de Processo Civil*, 2000, p. 17/18

Ao juiz, assim, seria dado valorar a prova segundo o preceito da lei de ponderação, sacrificando, por vezes, a norma constitucional e infraconstitucional.

Encontramos também recepcionada, no inciso XII do mesmo artigo 5º da Constituição, norma que determina o sigilo das comunicações: *“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.”*

Assim, o cuidado que se deve ter é o de preservar o direito à privacidade do cidadão: sua intimidade e sua vida privada, o seu legítimo e sagrado direito de ir e vir livremente.

O sigilo da correspondência, pois, estende-se aos de comunicações telegráficas, de dados e telefonia.

A Constituição Federal, de forma não apenas contemplativa, garantiu a proibição da obtenção de provas por meios ilícitos, fazendo-o, de forma eficiente e materializada, quando tratou da inviolabilidade da intimidade da pessoa humana, conforme texto constitucional consagrado no inciso X de seu artigo 5º: *“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.”*

Conforme é notório, a tecnologia desobstruiu qualquer tentativa de preservação da intimidade humana, basta vermos a voracidade da tecnologia desenvolvida para “vigiar” o cidadão, sendo, muitas vezes, sob o argumento de que essa necessidade é para melhor atender aos interesses da sua própria segurança física.

O texto constitucional oferece proteção à intimidade do cidadão e de sua vida privada, mas esta proteção correrá sério risco, se vencedora a corrente doutrinária e jurisprudencial que defende a possibilidade de obtenção de provas por todos os meios possíveis para a revelação da verdade mais próxima da real.

Importante sempre destacar a relevância da utilização do princípio da proporcionalidade como forma de adequação entre a moderna tecnologia, que permite a obtenção das mais variadas provas e a preservação do direito à intimidade e à vida privada do cidadão, consagrado constitucionalmente.

6. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Pode-se dizer que, efetivamente, existe conflito entre validar a prova ilícita, prestigiando comportamento antijurídico, e ignorá-la por completo, deixando-se, nesta última hipótese, de entregá-la à tutela jurisdicional, após investigação probatória que mais se aproxime da verdade real.

Assim, para que o conflito entre validar ou não a prova ilícita seja dirimido, o juiz tem à sua disposição o princípio da proporcionalidade, mesmo sendo que para alguns não seja possível a utilização deste princípio, por imprevisão legal. A verdade parece estar com aqueles que defendem a sua aplicação, sob o argumento de que ele pode ser utilizado, em razão de não precisar estar previsto em texto normativo.

Marinoni e Arenhart¹⁶ transcrevem em sua obra, o entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho:

Os princípios beneficiam-se de uma objetividade e presencialidade normativa que os dispensam de estarem consagrados expressamente em qualquer preceito. Continua o Autor, agora citando KARL LARENZ, que explica que o princípio da proporcionalidade exige uma ponderação dos direitos e bens jurídicos que estão em jogo conforme o peso que é conferido ao bem respectivo na respectiva situação. Ponderar e sopesar são apenas imagens; não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas do resultado de valorações que – nisso reside a maior dificuldade – não só devem ser orientadas a uma pauta geral, mas também a situação completa em cada caso.

Avalia-se, pois, que a ponderação deve ser feita no caso concreto, e nem poderia ser diferente, haja vista a impossibilidade de se construir um ordenamento uniforme e hierarquicamente aplicável como se fosse um tabelamento de casos e valores.

A prova ilícita encontra amparo cada vez maior na sua admissibilidade e aplicação no caso concreto, em face a possibilidade de sua

¹⁶ Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *in Comentários ao Código de Processo Civil*, 2000, p. 171

captação por diversos meios que envolvem mecanismos de alta tecnologia e de fácil acesso, sendo essa uma das razões de alguns entenderem que a prova obtida através da utilização de meio ilícito deve ser válida, para tão somente sofrer o seu autor sanção de ordem criminal.

A obtenção da prova deve se dar pela utilização de meios lícitos, mas se dessa forma não foi possível chegar à verdade, entra aí, para apreciar e validar prova obtida de forma ilícita, a utilização do princípio da proporcionalidade, pois, para as partes o que verdadeiramente interessa é o descobrimento da verdade e que justiça seja promovida.

No dizer de Marinoni e Arenhart:¹⁷

O uso da prova ilícita, porém, ainda que dependente dessa ponderação, somente pode ser aceito quando a prova foi obtida ou/e produzida ilicitamente, porque inexistia outra maneira para a demonstração dos fatos em juízo. A prova ilícita somente pode ser admitida quando é a única prova que pode demonstrar a alegação que é fundamental para a realização de um direito que, no caso concreto, merece ser tutelado ainda que diante do direito da personalidade lesionado.

Quanto a utilização da prova ilegal, os mesmos autores¹⁸ antes referidos lecionam que:

A prova é ilegal ou ilícita quando viola uma norma, seja de direito material, seja de direito processual.

Existindo o direito constitucional de se provar o que se alega em juízo, e existindo por outro lado o direito constitucional de não ter contra si prova ilícita produzida, cabe aplicar o princípio da proporcionalidade, não obstante o entendimento de que a Constituição, por ter vedado as provas ilícitas, teria encerrado a questão e a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Para o juiz e para as partes, o que deve realmente prevalecer? O que deve ser ponderado é a aplicação do princípio da proporcionalidade, como fonte de real promoção de justiça, como meio de se descobrir a verdade,

¹⁷ Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *in Comentários ao Código de Processo Civil*, ano, p. 175

¹⁸ *Ibid*, p 169

considerando-se que, para as partes, o objetivo do processo é descobrir e fazer aparecer a verdade, mesmo que, para que a verdade apareça, seja necessário o emprego de conduta antijurídica, marcada pelo emprego de métodos ilícitos na captação da prova. É melhor, na visão das partes, que se viole o preceito constitucionalmente estabelecido, ao invés de prestigiá-lo em detrimento de se não promover justiça. É melhor que se force a construção jurisprudencial no atendimento e adequação à vontade das partes e no clamor da sociedade, de que o que importa efetivamente é a verdade real, e não apenas a verdade judiciária.

7. A INTERCEPTAÇÃO E A GRAVAÇÃO TELEFÔNICA

A Constituição Federal, artigo 5º, inciso XII, trata da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e de comunicações telefônicas. A lei n.º 9.296/96 regulamentou esse inciso, dispondo sobre a interceptação telefônica, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e instrução processual penal.

Para Celso Ribeiro Bastos¹⁹, *in* comento ao inciso constitucional:

O atual texto procurou encontrar forma de não tolher de maneira absoluta a utilização de meios que importem na violação da correspondência...", sendo necessário, na visão do mesmo autor, "... estar-se diante de uma comunicação telefônica. Para as demais formas comunicativas a Constituição não abre qualquer ressalva.

Interceptar, entre outros, tem-se no sentido de interromper o curso da conversa telefônica, gravando-a sem o conhecimento dos interlocutores.

A natureza jurídica da interceptação telefônica, para Luiz Francisco Torquato Avolio²⁰:

Reputa-se lícita a interceptação telefônica, desde que realizada dentro dos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico. O seu resultado – que é uma operação técnica – é fonte de prova. Através do meio de prova (a gravação e sua transcrição) será introduzida no processo. Considera-a a doutrina meio de apreensão imprópria, no sentido de por ela se apreenderem os elementos fonéticos que formam a conversação telefônica, e enquadrando-a como forma de coação processual *in re*.

Na maioria dos ordenamentos jurídicos, como veremos a seguir, a sua execução depende de ordem judicial. O provimento que autoriza a interceptação reveste-se de natureza cautelar, pois visa à fixação dos fatos, assim como se apresentam no momento da conversa. Enseja, pois, evitar que a situação existente ao tempo do crime venha a se modificar durante a tramitação do processo principal, e nesse sentido, visando conservar, para fins exclusivamente processuais, o conteúdo de uma comunicação telefônica, pode ser agrupado entre as cautelas conservativas. A tutela cautelar penal surge, exatamente, como afirma Romeu Pires de Campos Barros, da impossibilidade de se fazer com rapidez e segurança jurídica o processo de conhecimento condenatório.

¹⁹ Celso Ribeiro Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, 1988-1989, p. 72

²⁰ Luiz Francisco Torquato Avolio, *Provas Ilícitas*, 1999, p. 101

Exigi-se, para tanto, os requisitos que justificam as medidas cautelares. Quanto ao *fumus bonis jûris*, a questão é delicada, pois, da mesma forma que ocorre com a busca domiciliar, a autoridade concessora da medida deve dispor de elementos seguros da existência de um crime, de extrema gravidade, que ensejaria o sacrifício da *privacy*. No tocante ao *periculum in mora*, deve ser considerado o risco ou prejuízo que da não realização da medida possa resultar para a investigação ou instrução processual.

Sob esse ângulo, a disposição contida no art. 267 do novo Código de Processo Penal italiano exige expressamente, como pressuposto da interceptação telefônica, que esta se afigure absolutamente indispensável para o prosseguimento das investigações. Acrescente-se que, como toda decisão judicial, a Constituição de 1988 exige seja motivada, sob pena de nulidade.

O “grampo” ou gravação pura e simples, tem-se no sentido de que a conversa telefônica foi gravada com o conhecimento de um dos interlocutores.

Devido aos progressos da tecnologia, são, na prática, acessíveis não apenas às autoridades públicas – policiais, judiciais e políticas – mas também ao homem comum.

No entendimento de Luiz Francisco Torquato Avolio²¹:

O risco que a difusão indiscriminada desses recursos acarreta já se torna preocupante em nosso país. São freqüentes, nos classificados dos jornais e revistas, anúncios de serviços de detetives particulares especializados em instalar ou detectar aparatos de escutas eletrônicas, em residências (casos de “infidelidade conjugal”) e empresas (“espionagem industrial”), e até mesmo propaganda de lojas de telefonia oferecendo, por exemplo, “relé automático para gravações eletrônicas”, próprio para ser adaptado em gravadores comuns, que começam a gravar quando o telefone é retirado do gancho. Esses anúncios, *per si*, podem constituir infringência à lei penal, a exemplo da conduta de incitação ao crime prevista no art. 286 do Código Penal quando dirigida à prática de interceptação telefônica, ou seja, a violação da comunicação entre duas pessoas, tipificada no art. 151, § 1.º, II, do CP, semelhante à disposição contida no art. 56 da Lei 4.117, de 27.08.1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações). A par dos conhecidos minigravadores, oferecidos até por vendedores ambulantes, as “secretárias eletrônicas”, convencionais ou acopladas a aparelhos de *fac simile*, são modernamente dotadas de dispositivos que permitem a gravação durante a conversa telefônica, a um simples toque de uma tecla. A variedade de formas de instalação e meios de transmissão de escutas, das mais simples às dotadas de raios infravermelhos, é impressionante. Nas bancas de jornais pode ser encontrado um opúsculo, intitulado *O universo das escutas telefônicas*, de Bernhard Wolfgang Schön, 1993, que fornece mais de 100 circuitos e investimentos, qualquer um é capaz de montar uma escuta e esconde-la em lugares imprevisíveis”.

A gravação de conversa telefônica é comum no meio atual, sendo a

²¹ Luiz Francisco Torquato Avolio, *Provas Ilícitas*, 1999, p.97.

facilidade derivada das várias formas oferecidas pela evolução tecnológica que independem de meios sofisticados para a realização de gravação em fitas cassete e VHS, podendo esta ser feita através de sistema acoplado ao telefone, da própria secretária eletrônica, por pequenos gravadores, botons e até mesmo canetas, etc...

A gravação telefônica tem sido admitida como meio de prova pela jurisprudência, quando a conversa telefônica gravada serve ao interesse de um dos interlocutores litigantes.

A gravação clandestina, praticada pelo interlocutor, não se enquadra no conceito de interceptação, sendo que, para Ada Pellegrini Grinover²², “o direito ao segredo” e o “direito à reserva” enquadram-se em um só direito, o direito à intimidade.

A licitude da utilização da gravação clandestina praticada por um dos interlocutores como meio de prova vem sendo bem tolerada pela jurisprudência, escapando do rol das provas ilícitas.

Já a gravação feita por terceiro vem sendo recusada como meio de prova, como já decidiu inclusive o Supremo Tribunal Federal:²³

Infringente da garantia constitucional do direito da personalidade e moralmente ilegítimo é o processo de captação de prova, mediante interceptação de telefonema, à revelia do comunicante, sendo, portanto, inadmissível venha a ser divulgada em audiência de processo judicial, de que sequer é parte. Lesivo a direito individual, cabe o mandado de segurança para determinar o trancamento da prova e o desentranhamento dos autos da gravação respectiva. Recurso extraordinário conhecido e provido.

O Tribunal de Justiça de São Paulo²⁴ decidiu que: “a gravação

²² Ada Pellegrini Grinover, *Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal*, 1976, p. 66

²³ Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *in Comentários ao Código de Processo Civil*, 2000, p. 169

²⁴ *Ibid*

magnética de ligação telefônica, feita clandestinamente, não é evidentemente, lícita, nem moralmente legítima e, por isso, sob pena de violar direito individual assegurado constitucionalmente, não pode ser admitida como prova”.

Tanto no primeiro como no segundo casos, foi reconhecida, na ementa, infração ao artigo 332 do Código de Processo Civil.

A gravação feita por um dos interlocutores, que é parte no processo, vem sendo aceita pela jurisprudência, como se observa da seguinte decisão emanada pelo Superior Tribunal de Justiça:²⁵ “A gravação de conversa telefônica realizada pela autora de investigação de paternidade com testemunha do processo, com o único intuito de esclarecer a verdade, não constitui prova ilegal ou moralmente ilegítima, não havendo, assim, que se falar em afronta ao disposto no art. 332 do CPC.”

No mesmo sentido, temos o julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:²⁶

O que a Constituição veda é a interferência de terceiro no interior do diálogo, sem aceitação do comunicador ou do receptor. Aquilo que se domina de interceptação, dando azo a gravação clandestina. Mas a conversa regular entre duas pessoas que se aceitam como comunicador e receptor, em livre expressão do pensamento, admite gravação por uma das partes, assim como seria possível gravar o teor de conversações diretas, sem uso de aparelho telefônico.

Percebe-se, assim, que a prova obtida através de gravação de conversa mantida entre os interlocutores litigantes não vem se constituindo prova ilícita.

²⁵ Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *in Comentário ao Código de Processo Civil*, 2000, p. 170

²⁶ *Ibid*

8. A LEI N.º 9.296/96

A Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996, regulamentou o inciso XII, parte final, do artigo 5º, da Constituição Federal, e, nos seus onze artigos, tratou da interceptação de comunicação telefônica de qualquer natureza, apenas em investigação criminal e em instrução processual penal.

Portanto, a ilação que se depreende da lei ordinária é que estaria o legislador colaborando para a queda do dispositivo constitucional que garante e preserva a intimidade e a vida privada do cidadão, visto que o juiz, em procedimento processual civil, ao ser contaminado pela prova obtida através de meio ilícito, não poderia apagar da sua memória o que viu e conheceu, cabendo-lhe apenas contra quem obteve a prova através desse meio a aplicação do dispositivo contido no artigo 10 desta lei, que diz: *“Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo de Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.”*

No âmbito do processo civil, a lei n.º 9.296/96 não regulou a possibilidade de obtenção da prova de maneira contrária ao que dispõe o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, oferecendo apenas à lei ordinária, nessa esfera, os meios de coação contra quem obtiver prova por meio ilícito.

9. O SIGILO DAS CORRESPONDÊNCIAS

O artigo 5º, inciso XII da Constituição, garante o sigilo das correspondências, mas, ao contrário do que fez com a interceptação e gravação telefônicas, nem a Constituição Federal nem a Lei 9.296/96 fez qualquer ressalva.

A Constituição diz no artigo referenciado serem invioláveis as comunicações de dados, sendo configurada conduta criminosa de quem nelas interfere.

Mas, o STF tem entendido que o sigilo de dados pode ser quebrado por ordem judicial. Se equivalentes o correio postal e o eletrônico, a carta postal também poderá ser interceptada por ordem judicial.

Assim, os Tribunais vêm privilegiando a busca da verdade real, revestida de verdade judiciária, pondo em risco a preservação da intimidade do cidadão garantida constitucionalmente.

No entanto, a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, está analisando Projeto de Lei (PL nº 6.434/02) do deputado José Carlos Coutinho (PFL-RJ), que agrava as penas para quem interceptar, divulgar ou utilizar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida à outra pessoa. De acordo com a proposta, quem incorrer nesses delitos poderá pegar de um a três anos de reclusão, além de pagar multa.

O projeto é válido ainda para violação de outros tipos de comunicação, como telefonemas, mensagens radiofônicas e e-mails.

Se o agente cometer o crime com abuso de função pública, trabalhar em serviço postal ou com qualquer tipo de comunicação, valendo-se do emprego para violar mensagens, a pena aumenta para dois a quatro anos de

reclusão e multa.

Hoje, o Código Penal caracteriza de forma incompleta o crime de interceptação e uso abusivo dos meios de comunicação, punindo a interceptação, mas não o uso abusivo das informações obtidas.

Após a análise da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, a proposta irá ao Plenário.

CONCLUSÃO

O legislador constituinte, no rol de acertos contemplados na Constituição vigente, preocupou-se em preservar o Estado Democrático de Direito. Inegável, para tanto, que avanços sociais importantes, individuais e coletivos, foram garantidos na tentativa de excluir o país do alto posto que ocupa como um dos mais injustos socialmente.

Do conjunto de regras de preservação de direitos constante na Constituição Federal vigente, destaca-se o respeito dispensado ao cidadão e a preservação de sua intimidade. A vida privada foi respeitada, garantindo-se à pessoa humana o direito de estar só.

A Constituição Federal, em colaboração com as regras de processo civil atinentes à prova, não admitiu expressamente a utilização de meios ilícitos na coleta de provas, vedando:

1. As provas obtidas mediante tortura ou em decorrência de práticas degradantes, como chantagem, constrangimento físico ou moral, ameaças e outras;
2. As provas obtidas com a violação da privacidade ou intimidade das pessoas;
3. As provas obtidas com desrespeito à inviolabilidade do domicílio;
4. As provas obtidas com desrespeito ao sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e das telefônicas; e,
5. As obtidas com violação do direito de propriedade.

A jurisprudência vem admitindo a validade como prova, no processo civil, de gravação feita por um dos interlocutores, sem o consentimento do outro, mas nega qualquer eficácia à gravação clandestina feita por terceiro — sendo que, no direito de família, há tendência no sentido de admiti-las, para provar o cometimento de adultério.

A jurisprudência vem negando a validade de filmagens, exame de arquivos de computador, obtenção de extratos bancários, sem autorização judicial, e de documento conseguido mediante furto.

Mesmo tendo o Código de Processo Civil, no seu artigo 131, permitido ao juiz apreciar livremente a prova, entendemos que, para preservação dos dispositivos constitucionais que garantem a preservação da intimidade e da vida privada do cidadão, o juiz deve abster-se de considerar válida a prova obtida por meio ilícito.

O juiz deve, em casos específicos, depois de aprofundado juízo de cognição, aplicar o chamado princípio da proporcionalidade ou da lei de ponderação, fazendo-se revelar a verdade sem violar, de maneira ditatorial, os princípios constitucionais, prestando a tutela jurisdicional de forma a promover justiça digna, social, e que as partes possam entendê-la como fruto de boa lógica e bom senso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda, **Manual de Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento**, Vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 7ª ed. 2000

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, **Provas Ilícitas – Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed. 1999

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra, **Comentários à Constituição do Brasil**, Vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1988-1989.

BURGARELLI, Aclibes, **Tratado das Provas Cíveis**, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000

BURNIER JR, João Penido, **Teoria Geral da Prova**, São Paulo: Edicamp, 2001

CALAMANDREI, Piero, **Direito Processual Civil**, Vol. 3, Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery, São Paulo: Bookseller, 1999

CARNELUTTI, Francesco, **A Prova Civil**, Traduzida da 2ª ed. Italiana, por Lisa Pary Scarpa, São Paulo: Bookseller, 1ª ed. 2001

CHIOVENDA, Giuseppe, **Instituições de Direito Processual Civil**, Vol. 3, Traduzida da 2ª ed. Italiana, por Paolo Capitanio, São Paulo: Bookseller, 1ª ed. de 1998

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Volume IV, Rio de Janeiro: Forense, 1ª ed. 2000

GRINOVER, Ada Pellegrini, **Liberdades Públicas e processo penal – As interceptações telefônicas**, São Paulo: Saraiva, 1976/2000

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. 5 – Tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, José Frederico, **Manual de Direito Processual Civil**, Vol. II, Atualizado por Vilson Rodrigues Alves, São Paulo: Bookseller, 1ª ed. 1997

MIRANDA, Pontes de, **Tratado de Direito Privado**, Parte Geral, Tomo III, São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed. 1983

_____, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Tomo IV, Atualização Legislativa de Sérgio Bermudes, Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed. 1996

MOREIRA, José Carlos Barbosa, **Revista Temas de Direito Processual**, (sexta série), Saraiva, 1997

NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade, **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed. 1997

SILVA, Ovídio A. Baptista da, **Curso de Processo Civil, Processo de Conhecimento**, Vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed. 1998

THEODORO Jr, Theodoro, **Gravação de Mensagem Telefônica como Meio de Prova no Processo Civil**, <http://www.google.com.br>.

THEODORO JR, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil**, Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 18ª ed. 1996