

A VEDAÇÃO DA PROVA ILÍCITA: ELEMENTO ÉTICO NORMATIVO CONSTITUCIONAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS*

*Giuliano Cesar da Silva Tatagiba***

Resumo: O concreto e efetivo exercício da justiça, a partir da perspectiva garantística do processo justo, compatível com o Estado Democrático de Direito, deve reproduzir e reconstruir as circunstâncias fáticas motivadoras do litígio da maneira mais próxima possível da realidade. A verdade não deve ser considerada uma utopia, pois, ressuscitada no processo, tem relevância humanitária e política e deve ser produto do mais qualificado método de investigação em qualquer área do saber humano, não diferindo substancialmente do método adotado nas ciências experimentais. Assim é que a prova se constitui no mecanismo hábil no processo capaz de reconstruir a realidade fática e direcionar a decisão mais justa para a eficácia concreta dos direitos fundamentais. Diante da elevação constitucional do direito à prova, fatalmente colidindo com outros direitos fundamentais, constata-se que a vedação da prova obtida por meios ilícitos no processo é o elemento ético normativo de solução deste conflito no contexto humanístico da sociedade contemporânea.

Palavras-chave: Prova, Prova Ilícita, Processo Penal, Processo Civil.

Abstract: The concrete and cash exercise of justice, from the warranting perspective of the just compatible process with the Democratic State of Right, must reproduce and reconstruct the circumstances that motivate the litigation in the possible way next to the reality. The truth does not have to be considered an utopia, therefore, revived in the process, has humanitarian relevance and politics and must be product of the most qualified method of inquiry in any area of knowing human being, not differing substantially from the method adopted in experimental sciences. Thus it is that the test if constitutes in the skillful mechanism in the process capable to reconstruct the objective reality and to direct the decision more joust in the concrete effectiveness of the basic rights. Ahead of the constitutional rise of the right to the test, fatally colliding with other basic rights, one evidences that the prohibition of the test gotten for illicit ways in the process is the normative ethical element of solution of this conflict in the humanistic context of the society contemporary.

Key-words: Test, Illicit Test, Criminal proceeding, Civil action.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO. 2. A PROVA E SEUS ASPECTOS GERAIS. 3. A PROVA E SEUS ASPECTOS ELEMENTARES. 4. O SISTEMA PROBATÓRIO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO. 5. A VEDAÇÃO DA PROVA ILÍCITA: ELEMENTO ÉTICO NORMATIVO CONSTITUCIONAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. 6. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

* Artigo apresentado como trabalho final de conclusão da Disciplina Teoria Geral do Processo, ministrada pelo Prof. Dr. Leondardo Greco, no Curso de Mestrado em Direito, Políticas Públicas e Processo, na Faculdade de Direito de Campos, em Campos do Goytacazes – RJ, 2006.

** Capitão da Polícia Militar do Espírito Santo, professor de Direito Penal Econômico da FCASTELO/ES e Mestrando na Faculdade de Direito de Campos.

1 INTRODUÇÃO

O intrínseco senso de justiça que sempre impulsionou as ações altruísticas do homem por toda sua história, nos instantes iniciais deste século XXI, pode ser caracterizado pela busca da consolidação do processo justo, exteriorizado não só como instrumento essencial de acesso à justiça, mas sobretudo, como legítimo instrumento garantidor dos direitos fundamentais.

Perplexo pelas atrocidades decorrentes dos modelos de Estado construídos a partir de concepções muitas vezes ingênuas, inofensivas e até sustentadas pelo argumento do bem comum, foram legitimadas pelo ordenamento jurídico, fazendo com que o homem se deparasse com a necessidade urgente de reavaliar até que ponto a atividade legislativa do Estado era ilimitada, bem como a de estabelecer mecanismos de controle destinados a não permitir a ocorrência dos pérfidos e dantescos horrores, em particular da segunda guerra mundial.

Assim é que se verificou uma pujante reação da humanidade em prol do estabelecimento de garantias mínimas à dignidade do ser humano, cujas violações foram repudiadas pelas demais nações, sem contar em represálias até de ordem econômica.

As modernas legislações dos países vêm consagrando tais garantias em seus textos, sendo que em muitos casos, com *status* constitucional. Importa salientar ainda que as constituições ganham prestígio e relevância a partir do estabelecimento da supremacia e da eficácia de suas normas.

Na esteira desta revolução, o Brasil vai paulatinamente se inserindo neste contexto, principalmente com o advento da Constituição em 1988 que consagra um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, que de forma imediata buscam sepultar as barbáries do período precedente, bem como inibir qualquer iniciativa de ressuscitá-lo.

Os princípios constitucionais com força normativa suprema, informadora e conformadora de todo o ordenamento jurídico brasileiro devem prevalecer a partir de uma perspectiva sistêmica, cuja interpretação de seu conteúdo se revele através da hermenêutica constitucional. A prova como elemento fundamental do processo, para o alcance de seu escopo instrumental de efetivação da justiça, através da revelação do direito originário da verdade oriunda de uma relação litigiosa, também deve se apresentar como garantia de dignidade constitucional.

Contudo, a consolidação desta afirmativa deve pautar-se em uma consistente formulação teórica, cuja lógica e racionalidade permita lhe assegurar a credibilidade necessária para a pacificação doutrinária.

Para tanto, urge a necessidade de se empreender um estudo que contemple o desvelamento dos aspectos que envolveram a conflitiva busca pela verdade que o homem se envolveu ao longo de sua existência, pontuar os elementos constitutivos essenciais da atividade probatória, bem como sintonizá-la no atual contexto histórico do Estado Democrático de Direito que atribui à prova ilícita a função de elemento ético normativo constitucional de solução de conflitos de direitos fundamentais.

2 A PROVA E SEUS ASPECTOS GERAIS

2.1 Importância, contexto histórico e sistemas processuais

A busca pela verdade e a necessidade premente da comprovação de sua autenticidade com a realidade fática sempre foi um assunto de extrema preocupação em todas as áreas do conhecimento, constatando-se que esta polêmica não se restringe ao mundo do Direito, mas do cotidiano humano. Daí, localizá-la nas ciências, bem como seus

aspectos históricos, torna-se uma tarefa imprescindível, pois se constitui o legítimo instrumento de acerto dos fatos.

Mecanismos para o descobrimento da verdade, através da prova como instrumento lógico e racional com aceitação e legitimidade para as respectivas conclusões, em qualquer área do conhecimento humano remonta às mais primitivas organizações sociais.¹

Segundo Foucault², um dos primeiros mecanismos para a busca da verdade que se tem notícia foi observado no procedimento judiciário grego. Exemplificando tal afirmativa é a constatação de sua ocorrência na *Ilíada*, obra escrita por Homero, que narra a história dos jogos que se realizaram na ocasião da morte de Pátroclo, onde se verifica uma contestação entre Antíloco e Menelau.

Nestes jogos havia uma corrida de carros em um circuito de ida e volta, por onde se passava por um marco que deveria ser contornado o mais próximo possível. Seus organizadores colocaram neste marco uma pessoa na qual Homero diz se tratar de uma testemunha, aquela que está lá para ver.

Ao final da corrida em que Antíloco é seu vencedor. Menelau, segundo colocado, reporta-se ao juiz dizendo que deveria ganhar o prêmio, pois seu oponente cometera uma irregularidade.

É neste momento que se percebe a imensa diferença acerca do mecanismo de descoberta da verdade da antiguidade em relação à contemporaneidade. Homero, como hoje seria razoável, em seu texto, não traz a testemunha à cena para poder esclarecer a situação. A Contestação, o litígio instaurado pela acusação a Menelau de cometimento de uma irregularidade e pela defesa de Antíloco em afirmar que não a cometeu, terá sua verdade estabelecida após o resultado do desafio que Menelau lança a Antíloco: “Põe tua mão direita na testa do teu cavalo; segura com a mão esquerda teu chicote e jura diante de Zeus que não cometeste irregularidade”.

Diante deste desafio, que é uma prova, Antíloco, ao renunciá-lo, reconhece o cometimento da irregularidade ou, se aceita, a descoberta da verdade é transportada aos deuses e, a Zeus, competiria punir o juramento falso.

Assim percebe-se que a produção da verdade jurídica na antiguidade grega até a Alta Idade Média é resultado de um jogo, de um desafio, de uma prova que um adversário lança ao outro que deve aceitar ou renunciar e, assim, o estabelecimento do Direito é da competência divina.

Este mecanismo de estabelecimento da verdade em que vários autores o consideram como irracionais, inclusive Foucault, por não resultar da constatação de uma testemunha ou de um inquérito ou processo, na realidade possui uma racionalidade própria da cultura de determinado povo em determinada época.³

Ressalte-se que a busca da verdade no Direito Grego arcaico e no velho Direito Germano, que se sobrepõe ao Direito Romano até o fim do século XII, apresenta grandes semelhanças. Tanto num quanto noutro, o litígio entre indivíduos se solucionava através de um jogo de prova, uma espécie de duelo, de oposição entre indivíduos, entre famílias ou grupos, em que um indivíduo a aceita ou renuncia, cuja característica mais elementar era a da necessidade da existência de apenas dois personagens e não de três.⁴

Embora pudesse ocorrer a designação mútua entre os adversários de alguém na condição de julgador, denominado de juiz (que na realidade era o soberano, ou pessoa de notória credibilidade moral ou política na comunidade, onde o juramento e a inspiração divina os legitimavam a atuar como porta-vozes do normal, do eticamente comprometido e do senso comum), simplesmente tinha o dever de intervir na regularidade do procedimento.

¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 217.

² FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 1999, p. 31-33.

³ GOMES FILHO. Op. Cit. p. 20.

⁴ FOUCAULT. Op. Cit. p. 55-56.

Prevaleciam as ordálias, os juízos de Deus e os juramentos, onde a divindade intervinha em favor daquele que tivesse razão. “É o equilíbrio das forças, o jogo, a sorte, o vigor, a resistência física, a agilidade intelectual, que vão distinguir os indivíduos segundo um mecanismo que se desenvolve automaticamente”.⁵ O seu resultado é automático, onde se renuncia à prova, perde o processo de antemão e, se aceita, vence ou fracassa.⁶

Ao pretense culpado, caberia passar por uma prova, como passar sobre um ferro em brasa e, caso não conseguisse, ou se em dois dias não tivesse cicatrizado a ferida, era declarado culpado⁷ pelo autômato juiz.⁸

A partir do final do século XII, diante da complexidade das relações sociais, oriundas da intensificação do comércio e da conseqüente formação dos primeiros Estados Nacionais absolutistas, faz com que a concentração do poder nas mãos do soberano fosse uma necessidade premente.

Este soberano, cujo poder se legitimava pela sua influência política, ou pelos seus dons mágicos ou religiosos, deixa de ser um autômato porta voz da divindade e toma para si o procedimento judiciário. A partir de então, a justiça deixa de se realizar através de uma prova entre indivíduos, e o surgimento da noção de infração, passa a considerar que o dano, e sua conseqüente reparação, não afetam somente à vítima, mas, sobretudo, ao soberano, à Lei, ao Estado.⁹

Neste mister, o soberano vai buscar no direito canônico a fórmula utilizada pela igreja na administração dos seus bens. É o inquérito, inspirado na Grécia, e que ficou encoberto por vários séculos por conta da queda do império romano.

Por conta da necessidade da igreja em controlar de forma mais efetiva o comportamento de seus fiéis e combater a heresia, no Concílio de Latrão ¹⁰ em 1215, o Papa Inocêncio III aboli o Sistema dos Ordálios, institui a penitência no direito canônico e concede ao bispo amplos poderes para o conhecimento da verdade. Agora além do pecado e do arrependimento, a penitência surge para que o pecador repare sua falta.

O procedimento consistia na visita, *visitatio*, que o bispo, em nome do Papa, representação de Deus na Terra, realizava periodicamente na diocese, onde perguntava a todos, *inquisitio generalis*, que deveriam saber, acerca de qualquer falta. Caso houvesse uma resposta positiva, iniciava-se a *inquisitio specialis*, a fim de se verificar a verdade dos fatos e a responsabilidade de seu autor. Ponto crucial era a confissão do acusado, que possuía o condão de interromper a inquisição em qualquer estágio.¹¹

Para este fim é que surge a figura do Procurador do Rei, onde na ocorrência de qualquer contestação entre indivíduos, substitui a vítima na proposição da realização da prova da verdade, pois se houve uma lesão a outro, o soberano e a sua lei, também foram lesados. Não há mais a proposição de uma prova, de um duelo, do ressarcimento pecuniário ou do apossamento pela força para que a verdade se emane. Esta passa a ser perseguida através deste novo instrumento: o inquérito.

Não mais se trata do resgate da paz pelo indivíduo lesado. O soberano exige que o culpado, além da satisfação àquele, também repare o dano contra si.

É assim que as multas aparecem como grande mecanismo das confiscações de bens que são, para as monarquias nascentes, uns dos poderosos meios de enriquecer e alargar suas propriedades, que na realidade foi o pano de fundo político para a apropriação da justiça.¹²

⁵ FOUCAULT. Op. Cit. p. 61.

⁶ Ibid.

⁷ FREGADOLI, Luciana. **O Direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte/MG: Livraria Del Rei Editora, 1997, p.168.

⁸ TOURINHO FILHO, Fernandes da Costa. **Manual de processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 443.

⁹ FOUCAULT. Op. Cit. p. 67.

¹⁰ TOURINHO FILHO. Op. Cit. p. 444.

¹¹ FOUCAULT. Op. Cit. p.70.

¹² Ibid., p. 67.

Com a revitalização do inquérito surge o primeiro Sistema processual de avaliação probatória que a história noticia. É o Sistema legal, tarifado ou formal, instituído com o advento das provas legais. A partir da Idade Média, verifica-se a constituição da autonomia e auto-suficiência do direito em matéria probatória.

O juízo dos ordálios é submetido à autoridade do soberano e da igreja¹³.

O Direito, destinado à pacificação dos conflitos sociais, não possui o irrestrito compromisso com desvelamento da verdade fática, “mais do que satisfazer ao sentimento de justiça do povo ou a uma determinada conformidade com a verdade visava a resolver os conflitos numa dimensão temporal puramente jurídica”.¹⁴

É a instituição de uma concepção puramente processual da prova, onde a decisão do juiz deveria se guiar tão somente pela lógica própria do ordenamento jurídico. Do rigor hierárquico e legal do valor da prova, o processo conduz a uma verdade puramente formal, sem qualquer preocupação com a realidade fática.¹⁵

A crise do Sistema Feudal e a expansão do poder político das primeiras monarquias ocidentais fizeram com que se desenvolvesse uma nova racionalidade probatória, onde as soluções dos conflitos humanos deixam de ser confiados a Deus para ser tarefa dos próprios homens.¹⁶

“é com o advento das provas legais que emancipam o juízo das ordálias germânicas e, ao mesmo tempo, o submetem à autoridade do soberano e da Igreja, que o Direito passa a ter as suas próprias regras quanto à admissão e à avaliação das provas, pois, até então, o julgamento dos fatos era matéria alheia ao Direito”.¹⁷

Esta é a estrutura embrionária do sistema probatório europeu-continental, oriunda do interesse de se fazer prevalecer a autoridade do rei aos senhores feudais, a partir da repressão aos delitos, sendo o inquérito o instrumento efetivo na repressão à heresia na inquisição.

Enquanto o juízo dos Ordálios deu lugar ao inquérito no Sistema continental europeu, em solo inglês surge o júri. Agora a solução para os conflitos individuais não mais é subjugada à divindade e sim à apreciação de doze pessoas de notável renome que são os “oráculos da comunidade”.¹⁸

Importa considerar que, enquanto em 1215 se vê o Concílio de Latrão abolir os ordálios e se instituir o inquérito, o que foi absorvido pelas recém formadas monarquias absolutistas como forma de unificação e controle do rei, na Inglaterra, a abolição dos Ordálios, a estatização da justiça ocorreu de forma diversa.

Neste mesmo ano, institui-se a Magna Carta em que, João sem terra, sem o poder que possuíam os reis da porção continental, embora assumo o monopólio judicial como aqueles, não institui autoritariamente as leis a serem cumpridas, pelo contrário, seu poder é condicionado às leis da Terra, às quais tem que cumprir e fazer cumprir. Também não detém o poder de julgar culpado ou inocente, pois este é da própria comunidade.

O procurador do Rei que na porção continental é o responsável pela busca da verdade, na Inglaterra, possui um papel de mero moderador na presidência do julgamento, onde os litigantes é que devem produzir o material probatório e convencer aos jurados de suas alegações.¹⁹

¹³ GRECO, Leonardo. **O Conceito de Prova**. In Revista da Faculdade de Direito de Campos, anos 2003/2004, nº 4 e 5. Campos dos Goytacazes-RJ: ed. Faculdade de Direito de Campos, p. 217.

¹⁴ Idem.

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.378.

¹⁶ GOMES FILHO. Op. Cit.p. 20.

¹⁷ GRECO, Leonardo. **O Conceito de Prova**. Op Cit. p. 217.

¹⁸ GOMES FILHO. Op. Cit. p. 236.

¹⁹ GOMES FILHO. Op. Cit. p. 59.

Com a reação do pensamento iluminista positivista ao sistema das provas legais tem-se a afirmação do princípio da livre convicção reclamando um processo informativo submetido à livre apreciação dos julgadores.²⁰ Substitui o abstratismo escolástico e cartesiano pela observação direta e crítica dos fatos, própria das escolas experimentais e indutivas²¹, fazendo com que se perpetuasse a concepção processual da prova²². O juiz não tem que seguir qualquer regra na investigação, nos meios, na apreciação ou método de avaliação da prova, postura diametralmente oposta às provas legais.²³

Deve-se ressaltar que este sistema é mais eficaz para o aparato repressivo, por conta da necessidade de ampliação dos poderes do juiz penal como forma de consolidar a autoridade do Estado, tanto é que no processo civil, verificou-se a manutenção das regras da prova legal.²⁴ Ressalte-se ainda que este é o sistema que rege o júri, no ordenamento jurídico brasileiro.

Contemporaneamente, o sistema de persuasão racional do juiz, consagrado pelos códigos napoleônicos, é o que melhor compreende a atividade jurisdicional, pois se atentando às provas do processo, poderá avaliá-las e formar seu convencimento motivadamente com liberdade.

Sem a rigidez do sistema da prova legal e sem o perigo do despotismo judicial do livre convencimento, a decisão do juiz deve ser “fruto de uma operação lógica armada com base nos elementos de convicção existentes no processo”.²⁵

O livre convencimento motivado orienta o sistema brasileiro por expressa previsão do art. 93 da Constituição Federal de 1988. Preocupa-se, com a oralidade, a instrumentalidade, a celeridade e o fortalecimento dos poderes do juiz²⁶, e expressa a legitimidade democrática do Poder Judiciário cujas decisões devem ser controladas pelos demais poderes e pela opinião pública.²⁷

2.2 Da realidade fática à abstração: a busca da verdade

À medida que as relações sociais vão se tornando cada vez mais complexas, mecanismos de solução de conflitos são estabelecidos e evoluem a fim de que a paz social se preserve. Vencidas as etapas da autotutela, da autocomposição, da arbitragem facultativa e da arbitragem obrigatória, o Estado toma para si o poder-dever de impor sua solução aos conflitos de interesses dos particulares, iniciando o período da *cognitio extra ordinens*, século III dC, transpassando o ciclo da justiça privada para a justiça pública.²⁸

Simplificadamente, descreve-se o surgimento da jurisdição, concebida como atividade pela qual o Estado diz o direito, pacifica os conflitos sociais²⁹ e restaura a ordem jurídica violada³⁰, vedando que os particulares o façam com suas próprias mãos.

Para a concretização deste escopo de pacificação social e de se efetivar a justiça, a jurisdição se exerce através do Processo, desenvolvido pela coordenação de atos que

²⁰ Idem. p. 26.

²¹ Ibid.

²² GRECO, Leonardo. **O Conceito de Prova**. Op. Cit. p. 217.

²³ THEODORO JÚNIOR. Op. Cit. p. 378.

²⁴ GOMES FILHO. Op. Cit. p. 27.

²⁵ THEODORO JÚNIOR. Op. Cit. p. 379.

²⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloíza Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 426.

²⁷ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1321.

²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo e DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 23.

²⁹ Ibid.

³⁰ TOURINHO FILHO. Op. Cit., p. 3.

buscam ressuscitar a situação fática que ensejou o litígio e permitindo que um juiz a componha através de uma solução de observância obrigatória.

“Nele (o processo) se desenvolve uma série de atos coordenados visando à composição da lide, e esta se compõe quando o Estado, por meio do Juiz, depois de devidamente instruído com as provas colhidas, depois de sopesar as razões das litigantes, dita a sua resolução com força obrigatória”.³¹

Neste sentido, ao se observar a trajetória evolutiva das sociedades, constata-se que a idéia de processo justo cada vez se aproxima do ideal de justiça de dar a cada um o que é seu por direito.

É por tal motivo que se verifica a construção doutrinária preponderante do limiar deste século XXI em não restringir o conceito de ação à simples possibilidade de instauração do processo, onde seu conteúdo é ampliado em diversas faculdades que permitem a eficácia concreta da prestação jurisdicional. Dentre tais faculdades situa-se a prova, cujo incremento de sua produção pelo juiz subsiste à necessidade de iniciativa pelos litigantes.³²

Esta atividade jurisdicional, desempenhada pelo Processo, para poder concretamente exercer e efetivar a justiça necessita reproduzir os fatos motivadores do litígio da maneira mais próxima possível da realidade. No entanto, deve-se considerar que a verdade produzida pela prova judiciária não deve ser circunscrita ao processo, que na realidade, não é um fim em si mesmo, mas, sobretudo, um instrumento de solução de conflitos sociais.³³

Para tanto, esta verdade deve ser reconstruída pela alegação dos indivíduos conflitantes e pela iniciativa do juiz, quando isso é possível, por meio de elementos, deduções e presunções cuja ordenação lógica e argumentativa possa caracterizar sua autenticidade, obedecendo a determinados padrões e rituais que possibilitem o decreto de uma decisão cuja legitimidade e credibilidade possam se percebidas e reconhecidas pela sociedade.

Este é o ponto fundamental da distinção entre o historiador e o juiz, pois este atua em função, no interesse e nos limites dos valores dominantes em toda a sociedade, embora aquele também reconstrua acontecimentos passados, o resultado de sua investigação não depende da aprovação da coletividade.³⁴

O homem a fim de assegurar a perfeita harmonia de suas inter-relações estipulou abstratamente uma série normas (direito objetivo) incidentes no plano fático, desde que dentro de seu campo de abrangência e limitação. Assim todas as vezes que a realidade permite a incidência de uma norma, essa realidade se habilita a penetrar no mundo jurídico. A faculdade de exercer este fenômeno da incidência é o que a doutrina jurídica tem denominado direito subjetivo.

Contudo, a realidade fática é sempre uma ocorrência pretérita onde a efetivação do direito, resultado do exercício do direito subjetivo está condicionada à sua reconstrução, que deve se realizar a partir da confirmação das alegações apresentadas.

Daí reside a importância da prova, uma vez que se constitui o mecanismo hábil no processo capaz de reconstruir a realidade fática e direcionar a decisão mais justa que não se limita apenas ao convencimento do juiz, mas também a obtenção do consenso em nome do grupo que será pronunciada.³⁵

³¹ Idem, p.4.

³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas**. In Temas de Direito Processual, 6ª Série. São Paulo: Atlas, 1997, p. 107.

³³ GOMES FILHO. Op. Cit.p. 18.

³⁴ Ibid.

³⁵ GOMES FILHO. Op. Cit.p. 18.

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 profundos debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto.³⁶

A noção de prova ao se vincular às operações intelectivas na busca e na retratação do conhecimento verdadeiro prende-se mais ao campo das especulações filosóficas, podendo, inclusive, ser encarada sob uma ótica objetiva, ao se relacionar a procedimentos de investigação ou subjetiva, quando privilegia a crença da verdade como produto ou não da utilização daqueles procedimentos.³⁷

Para o Direito, a palavra prova possui significado polissêmico, sendo que na doutrina, se observa três concepções principais: prova como instrumento, prova como meio e prova como resultado.³⁸

Como instrumento, a prova é a coisa, é o fato, é o acontecimento de que se pode ressuscitar a realidade fática. São os fatos probantes que racionalmente atesta o fato probando.

Como meio, prova é o caminho de se levar ao conhecimento do juiz os fatos probantes e o fato probando.

Como resultado, prova é a constatação de uma realidade que permite a convicção do juiz ao decidir.

Neste sentido, observa-se que as duas primeiras concepções correspondem aos aspectos objetivos, enquanto a última também se relaciona aos efeitos subjetivos decorrentes da atividade probatória.³⁹

Segundo Gomes Filho, esta diversidade polissêmica se intensifica quando se leva em consideração o elemento funcional do conceito de prova: o de verdade.

Este é o resultado da premissa segundo a qual a função da prova é a de estabelecer a verdade, a partir da perspectiva de que as decisões judiciais são justas por refletirem a realidade que se sustenta em provas.

Leonardo Greco⁴⁰ também discorre acerca da diversidade polissêmica do conceito de prova e, de igual modo, reproduz estas principais concepções. Sobre o elemento funcional do seu conceito, reportando-se a vários autores, refere-se a duas concepções: uma formal – a convicção do julgador – que na realidade, pode ou não representar a realidade fática, e outra, apresentada alternativamente ou cumulativamente, material, que é a busca da verdade ou da certeza dos fatos.

A concepção formal demonstra a rendição da doutrina processual ao relativismo da justiça à realidade fática. É uma concepção subjetivista de uma realidade objetiva que vem “abandonando a busca da correspondência entre os fatos do processo e a realidade objetiva e ainda, renuncia as possibilidades de equiparação da cognição judicial às desenvolvidas racionalmente em outras ciências, mesmo experimentais”.⁴¹

Leciona que o ideal de justiça sempre esteve vinculado à verdade. “Os indivíduos somente se sentem eticamente motivados a conviver sob o império da lei, quando sabem que a justiça vai dar a cada um o que é seu, em conformidade com a verdade”.⁴²

De certo que a busca pelo conceito de verdade no contexto histórico da humanidade foi tema de acirrados conflitos e questionamentos filosóficos, o que não ocorreria de forma diferente no Direito. Como nas ciências em geral, o conceito funcional da

³⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 251.

³⁷ GOMES FILHO. Op. Cit. p. 41.

³⁸ GRECO, Leonardo. **O Conceito de Prova**. Op. Cit. p. 215.

³⁹ GOMES FILHO. Op. Cit. p. 41.

⁴⁰ GRECO, Leonardo. Op. Cit. p. 221.

⁴¹ GRECO, Leonardo. **O Conceito de Prova**. Op. Cit. p. 221

⁴² Idem

prova é reflexo de paradigmas de sistemas concretos, condicionados por circunstâncias históricas e sociais.⁴³

Neste propósito, verifica-se que a doutrina processual da primeira metade do século XX possui grandes dificuldades em aceitar que o processo possa exprimir o acerto dos fatos conforme a realidade.

Após a segunda guerra mundial este ceticismo foi respondido por uma nova construção teórica, que transforma o processo em instrumento da tutela efetiva dos direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico, que neste mister, necessariamente, tem que reproduzir a realidade fática. “Negar a capacidade do processo de revelar a verdade implica em negar a própria possibilidade do Estado assegurar o acesso ao direito, que decorre dos fatos”.⁴⁴

Contudo, alguns autores têm alertado que esta concepção material do elemento funcional do conceito de prova em sua visão garantística, principalmente na doutrina da *civil law*, tem sofrido limitações decorrentes do paradigma da celeridade que, no entanto, como afirma Greco, “poderiam ser remediados por vários meios, entre os quais a criação de procedimento investigatório preliminar, como a *discovery* ou *disclosure*, respectivamente do direito americano e do direito inglês”.⁴⁵

A busca pela verdade objetiva não deve ser uma utopia, pois a verdade ressuscitada no processo, por ter relevância humanitária e política, deve ser produto do mais qualificado método de investigação de qualquer área do saber humano, não diferindo substancialmente do método adotado nas ciências experimentais, com critérios lógicos e racionais comuns a essas ciências. Seu discurso justificativo deve demonstrar a correspondência das afirmações aos fatos do mundo real, com o emprego dos mesmos métodos das ciências correspondentes.⁴⁶

Deve-se considerar que não se deve transformar o processo em uma busca interminável pela verdade absoluta, pois as verdades não são eternas e a única certeza de que pode assegurar é a de sua transitoriedade, o que a história não cansa de exemplificar.

O que não mais se aceita é a visão de Calamandrei de que a verdade fática é indiferente para o Direito, onde a verdade jurídica, produzida por suas regras exclusivas e incompatíveis com outras ciências empíricas, não é mais que probabilidades e verossimilhanças. Esta verdade jurídica que nada mais é que uma ficção de certeza ou uma sombra da verdade objetiva não satisfaz às exigências do Estado Democrático de Direito.⁴⁷

Todavia, mesmo na atualidade dos avanços tecnológicos o exercício pela busca da verdade é tema de profundas discussões e divergências, mesmo porque a observação da mesma realidade pode produzir conclusões distintas em observadores diferentes.

A partir desta afirmação, já se poder refletir acerca da crença de que a verdade do processo deve ser a mesma verdade científica. Ocorre que o conhecimento humano, em qualquer área da ciência é questionável racionalmente, sem contar que os mesmos fenômenos podem ser explicados por observadores diferentes e nas mais variadas formas.

Aliás, não é incomum se vê várias escolas científicas abordarem o mesmo tema a partir de perspectivas diferentes, bem como se observar que o conhecimento científico encontra-se em constante aperfeiçoamento e superação, no que levou um dos maiores filósofos contemporâneos, Karl Popper, a dizer que só se obtém a verdade absoluta de um conhecimento científico quando se prova que a sua teoria é falsa, pois “o que prova que uma teoria é científica é que ela é falível”.⁴⁸

Contudo, tal assertiva não diminui a importância da ciência, cabendo ao juiz, no caso concreto, ter pleno conhecimento do que é universal ou apenas contingente. “Para

⁴³ GOMES FILHO. Op. Cit. p. 17.

⁴⁴ GRECO, Leonardo. **O Conceito de Prova**. Op. Cit. p. 223.

⁴⁵ Ibid. p. 224.

⁴⁶ GRECO, Leonardo. **O Conceito de Prova**. Op. Cit. p.226.

⁴⁷ Ibid., p.225.

⁴⁸ Idem.

esse fim, o juiz deve ter meios de aferir a validade científica da prova pericial e não simplesmente aceitá-la pela autoridade do perito e pela confiança que nele deposita”.

A verdade objetiva no processo deve percorrer etapas do método científico e possuir a mesma confiabilidade daquela produzida nos laboratórios.⁴⁹

É o que o Professor Tepedino⁵⁰ denomina de multirreferencialidade, em que se utilizam múltiplas referências e categorias de outros ramos do conhecimento imprescindíveis à sua compreensão, destinados a instrumentalizar as partes na argumentação e na dialética a fim de formar o convencimento do magistrado que ao seu exame, constituirá uma decisão judicial justa, adequada e eficaz.

Saliente-se que mesmo diante de toda esta nova construção teórica da prova a partir da perspectiva garantística do processo justo, não se pode olvidar que a busca pela eficácia concreta da tutela dos direitos ainda necessita do trabalho árduo e constante dos operadores do Direito, no que bem adverte o professor Greco⁵¹:

“Uma das maiores ilusões que a consciência democrática contemporânea difunde na sociedade é a de que, no Estado de Direito, todo aquele que tiver um direito lesado ou ameaçado vai receber do Estado a mais ampla e eficaz tutela jurisdicional que lhe assegurará o pleno gozo desse direito. Ocorre que o direito nasce dos fatos e não houve até hoje nenhuma ciência ou saber humano que fosse capaz de empreender uma reconstrução dos fatos absolutamente segura e aceita por todos, para que o juiz pudesse limitar-se a dizer o direito a ela aplicável”.

3 A PROVA E SEUS ASPECTOS ELEMENTARES

3.1 Conceito de Prova

Vários autores têm buscado compreender o conceito jurídico de prova. Para a acepção etimológica da palavra prova ainda não existe um consenso, embora não se verifique uma distorção acentuada.

Gustavo Tepedino⁵² discorre que “o termo prova deriva da expressão latina *probo, probatio e probus*, significando bom, reto, honrado: a prova resulta no que é autêntico. Tem-se a prova, em regra, como comprovação da verdade de uma proposição”.

Em posição similar, Aranha⁵³ informa que “prova vem do latim *probatim*, podendo ser traduzida como confirmação, reconhecimento, verificação etc., dando origem ao verbo *probare*”.

No sentido jurídico, podemos identificar diversos conceitos:

Para Mittermayer⁵⁴: “é o complexo dos motivos produtores da certeza”.

Para Afrânio Silva Jardim⁵⁵: “o resultado da demonstração, submetida ao crivo do contraditório processual, da real ocorrência dos fatos relevantes para o julgamento da pretensão do autor”.

⁴⁹ GRECO, Leonardo. **A Prova no Processo Civil**: do Código de 1973 ao novo Código Civil. In Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes-RJ : ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 377.

⁵⁰ TEPEDINO. Op. Cit. p. 426.

⁵¹ GRECO, Leonardo. **O Conceito de Prova**. Op. Cit. p. 213.

⁵² TEPEDINO. Op. Cit. p. 426.p. 425.

⁵³ ARANHA, a de C. **da prova no processo penal**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1994 apud FREGADOLI. Op. Cit. p.149.

⁵⁴ MITTERMAYER, C. J. A. Tratado da prova em matéria criminal, p. 75 apud ibidem.

Para Frederico Marques⁵⁶: “é o elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz, e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações”.

Para Leonardo Greco⁵⁷:

“Provas são as atividades humanas desenvolvidas por diversos sujeitos, através das quais os meios de prova comunicam ao julgador o conhecimento dos fatos, de modo adequado a influir no seu julgamento. Na prova judiciária é o procedimento probatório, com todos os seus atos de proposição, admissão e produção. Provas são ainda os argumentos ou inferências desenvolvidos racionalmente, com base em deduções, induções, máximas e experiência ou presunções, para influir no julgamento da existência dos fatos. Prova é por fim, o conclusivo acertamento da existência ou não dos fatos probandos, manifestado em decisão fundamentada pelo julgador com base em todos os elementos anteriores.”

Embora os conceitos de prova sejam variados, verifica-se, porém, a demonstração de ser ela o meio pelo qual o juiz forma o seu convencimento a respeito da ocorrência ou não de determinado fato ou da veracidade ou não de determinada afirmação.

Leonardo Greco⁵⁸ observa que um dos significados mais importantes é a sua compreensão como raciocínio, como processo mental que, a partir de determinadas premissas, estabelece conclusões e, como meio lógico, constrói-se o julgamento. Informa ainda, que os juízos de fato desenvolvidos pelos oradores e retóricos através da argumentação, inspirados em Aristóteles e na sofística têm aceitação como critérios legítimos de decisão de controvérsias desde a antiguidade grega, mas que seria ingênuo supor que apenas este sentido seria capaz de assegurar rigorosa objetividade aos julgamentos dos fatos.

3.2 A natureza Jurídica da Prova

Há muito se discute sobre a natureza jurídica da prova. A localização da prova das obrigações na lei civil e da sua formação e produção no processo é construção que se verifica desde o código de Napoleão.⁵⁹

Descendentes desta construção, o direito brasileiro, bem como o italiano e o português tratam dos possíveis meios de prova e de determinadas forças probantes de alguns institutos no direito material, reservando ao direito processual cuidar de sua constituição e inserção no processo, embora se encontrem autores que entendam o seu caráter eminentemente processual.⁶⁰

Assim é que o Código Civil e o Código de defesa do Consumidor no Brasil dedica capítulos específicos para o trato da prova, o que não afasta a incidência do Código de Processo Civil.

Contudo, na esfera penal, pertence ao direito processual pelo fato de não se referir a delitos ou a penas e sim à comprovação da infração penal e às suas circunstâncias.⁶¹

⁵⁵ JARDIM, A. S. **O ônus da prova na ação penal condenatória**, p.262 apud FREGADOLI. Op. Cit., p. 150.

⁵⁶ MARQUES, J. F. **Elementos de direito processual penal**, p. 272, apud idem.

⁵⁷ GRECO, Leonardo. **O Conceito de Prova**. Op. Cit. p. 215.

⁵⁹ TEPEDINO. Op. Cit. p. 427.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 465.

Ressalte-se a importância da definição da natureza jurídica aplicável à instrução probatória por conta da vedação do reexame das provas em sede recurso especial ou extraordinário construída pela jurisprudência ou em relação às regras de aplicação da lei processual no tempo (*tempus regit actum*).

A Súmula 07, de 1990 do STJ assim dispõe: “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. Neste sentido, há que se observar que o recurso especial ou extraordinário pode ser admitido para assegurar o controle constitucional do órgão julgante no caso de aplicação indevida de institutos relacionados à prova.⁶²

No entanto, mesmo na esfera processual penal, verifica-se controvérsia. Exemplo claro pode-se observar no entendimento de Paulo Rangel⁶³ de que a lei 9296/96, que trata das interceptações telefônicas, ao entrar em vigor, tornou lícitas as interceptações que, mesmo anteriormente realizadas com ordem judicial eram ilícitas. Alexandre de Moraes, baseado em jurisprudência consolidada do STF (HHCC nº 69912, 73361, 78588), posiciona-se de forma diversa ao considerar esta lei irretroativa.

“Interceptação telefônica: prova ilícita, salvo autorização judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, a qual, porém, só se tornou admissível a partir da L. 9.296/96, que lhe enunciou as hipóteses e a forma, como reclamado pelo art. 5º, XII, da Constituição”.⁶⁴

3.3 Princípios Norteadores da Prova

Paulo Rangel⁶⁵ discorre que “princípios são as verdades primeiras, as premissas de todo um sistema que se desenvolve visando à construção de um determinado instituto ou categoria do direito”. Delinear os princípios específicos e peculiares do sistema probatório é de suma importância pois, a partir deles, poderá se compreender de forma mais contundente todas as suas manifestações.

a) Princípio da comunhão da prova

Este princípio determina que a prova pertence ao processo e aproveita a todas as partes, inclusive não podendo ser retirada sem a anuência da outra que, mesmo assim, o juiz deverá apreciar a conveniência. É consentâneo lógico do princípio da verdade objetiva e da igualdade das partes.

b) Princípio da Liberdade das provas

Reflexo lógico da busca da verdade objetiva dos fatos que, para tal mister, determina a concorrência de todas as partes e do juiz.

Embora a liberdade das provas seja a regra, necessário se faz compreender seu caráter relativo, uma vez que outros interesses, também de natureza constitucional poderão entrar em rota de colisão, uma vez que a premissa maior encontra-se na dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, observa-se o disposto no art. 155 do CPP em relação ao estado civil das pessoas, as questões prejudiciais, ao segredo profissional e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

c) Princípio do Contraditório

Por tal princípio, para qualquer prova produzida por uma parte nasce um direito subjetivo à outra de manifestar sobre todos os seus aspectos, sob pena de nulidade do processo.

⁶² TEPEDINO. Op. Cit. p. 427.

⁶³ RANGEL. Op. Cit. p. 466.

⁶⁴ MORAES. Op. Cit. p. 246.

⁶⁵ RANGEL. Op. Cit. p. 419.

d) Princípio da oralidade

É a predominância da palavra falada, onde todas os depoimentos devem ser orais não sendo possível a substituição por qualquer outro meio.

Este princípio é elementar na busca da verdade objetiva uma vez que proporciona tanto a parte quanto ao juiz perceber todas as expressões corporais decorrentes da versão apresentada.

e) Princípio da publicidade

Uma vez que todos os atos processuais são públicos é cediço que a produção probatória também o seja, onde o segredo de justiça só se justifica nos casos especialmente previstos na legislação, uma vez que a publicidade se constitui mecanismo de controle e legitimação das decisões judiciais.

f) Princípio do livre convencimento motivado

Pela motivação da decisão judicial é que se pode verificar o que de fato o juiz considerou para as razões de seu convencimento. É o meio pelo qual as partes poderão avaliar sob quais provas e inferências se firmou o órgão jurisdicional em sua decisão. Assim, este princípio proporciona o controle do arbítrio judicial e a efetivação do processo justo.

3.4 Objeto, finalidade e destinatário da Prova

A fim de poder se ter uma perfeita compreensão da prova, não se pode deixar de entender qual o seu objeto, seus fins e seu destinatário.

Quanto ao seu objeto, a doutrina assim o define:

Paulo Rangel:⁶⁶ “o objeto da prova é a coisa, o fato, o acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz, a fim de que possa emitir um juízo de valor. São os fatos sobre os quais versa a lide”.

Luciana Fregadoli:⁶⁷ “o objeto da prova ou sua finalidade é formar a convicção do juiz sobre os elementos necessários para a decisão da lide estabelecida”.

Tourinho Filho:⁶⁸ “somente os fatos que possam dar lugar a dúvida, isto é, que exijam uma comprovação, é que constituem objeto de prova”.

Theodoro Júnior:⁶⁹ “a prova judiciária tem como objeto os fatos deduzidos pelas partes em juízo”.

Diante da diversidade de definições para o objeto da prova, opta-se pela de Leonardo Greco:⁷⁰ “objeto da prova são normalmente os fatos probandos e os fatos probantes, entendidos como os seus aspectos ou circunstâncias com relevância jurídica”.

Não se trata de uma opção aleatória, mas sim, pelo fato de poder compreender de forma rigorosa e objetiva o seu conceito.

Analisando o conteúdo desta definição, entende-se por fatos probandos todos os fatos jurídicos constitutivos do direito do autor e os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos deste direito para o réu, enquanto os fatos probantes são todos os fatos que possam expressar a existência ou não do fato probando.⁷¹

Observe-se que dificilmente a cognição judicial se realiza sobre o próprio fato probando, também chamado de prova direta, como as perícias em geral. O que acontece, normalmente, é a transmissão direta de outros fatos ao juiz que deverá avaliá-los de forma racionalizada e lógica, a fim de se convencer sobre sua autenticidade e, por fim, verificar sua pertinência e grau de revelação do fato jurídico. É o caso da prova testemunhal, por

⁶⁶ RANGEL. Op. Cit. p. 414.

⁶⁷ FREGADOLI. Op. Cit. p.151.

⁶⁸ TOURINHO FILHO. Op. Cit. p. 433.

⁶⁹ THEODORO JÚNIOR. Op. Cit. p. 376.

⁷⁰ GRECO, Leonardo. **O Conceito de Prova**. Op. Cit. p. 234.

⁷¹ Idem. p. 226.

exemplo, onde o juiz primeiro tem que avaliar o depoimento da testemunha e depois verificar seu grau de desvelamento da verdade fática. São estes os fatos probantes.

Importante consideração deve ser realizada a respeito dos fatos incontroversos, notórios, confessados e acobertados por presunção legal.

Não obstante a previsão do artigo 334 do Código de Processo Civil brasileiro e de entendimento doutrinário que não os consideram objeto de prova, Greco⁷² assevera que o direito à verdade se sobrepõe a qualquer outro fundamento, onde o juiz deve verificar se estes fatos correspondem ao senso comum, à máxima da experiência e às demais provas produzidas, assim constituindo em atividade probatória.

O Código de Processo Penal, por força dos artigos 156 e 197, todos os fatos, controvertidos ou não, são objeto da prova. Mesmo porque, para a concretização do devido processo legal, fundamento do Estado Democrático de Direito, o ideal de justiça só se alcança com a verdade objetiva, principalmente quando se tem em jogo um direito inalienável e indisponível que é o direito à liberdade.

Esta visão, na realidade, corresponde à concepção do direito como garantia, como instrumento efetivo para eficácia concreta dos direitos fundamentais e que deve fundamentar a reconstrução de todos os institutos jurídicos que devem se moldar à Constituição Federal do Brasil de 1988.

É uma reação ao entendimento doutrinário que considera o Processo Civil dirigido a direitos disponíveis e que, por este motivo, se conforma com a verdade formal, o que na realidade, é tão somente uma solução redutora e falaciosa.⁷³

A distinção entre verdade em formal e material perdeu sua razão de existência, mesmo porque a verdade é única e, mesmo aquela produzida no processo, deve espelhar ao máximo possível a realidade objetiva.

Dizer que o processo penal persegue a chamada “verdade real”, ao passo que o processo civil se satisfaz com a denominada “verdade formal”, é repetir qual papagaio tolices mil vezes desmentidas. A verdade é uma e interessa a qualquer processo, se bem que a justiça possa (e às vezes deva) renunciar – na área civil e na penal – à sua reconstituição completa, em atenção a outros valores de igual dignidade.⁷⁴

Também constitui objeto da atividade probatória a prova inominada, conseqüência imediata do rol exemplificativo constante do código civil, do código de processo civil e do código de processo penal que, na realidade, devem instrumentalizar a busca pela verdade objetiva.

Desta forma, pela leitura do art. 333 do CPC e dos art. 6º, III e 155 do CPP, em consonância com o mandamento constitucional, pode-se afirmar que, além dos meios legais, tanto no processo civil quanto no penal, admite-se também todo e qualquer outro meio moralmente legítimo.

A mesma regra também deve ser observada para a prova emprestada, assim considerada aquela que é produzida em um processo e que é utilizada em outro, sempre introduzida na forma documental.

Contudo, deve-se considerar a controvérsia existente entre vários autores e julgados na eficácia deste meio de prova na mesma proporção que em seu processo originário, no que Paulo Rangel⁷⁵ a condiciona, principalmente se tratar de prova oral, a alguns requisitos, quais sejam: que tenha sido colhida em processo entre as mesmas partes; que tenham sido observadas no processo anterior, as formalidade previstas em lei

⁷² Idem. p. 227.

⁷³ GRECO, Leonardo. **O Conceito de Prova**. Op. Cit. p. 234.

⁷⁴ MOREIRA. Op. Cit. 117.

⁷⁵ RANGEL. Op. Cit. p. 440.

durante a produção da prova; que o fato probando seja o mesmo e que tenha havido o contraditório no processo do qual a prova será transferida.

Como se depreende com o estudo do objeto da prova, verifica-se que a sua finalidade é a instrumentalização da reconstrução da verdade objetiva no processo e a conseqüente formação da convicção em torno deste fato.

Seu destinatário é o juiz, cujo convencimento lhe propiciará a dar uma solução jurídica para o litígio, através de uma sistemática legal que deve ser observada e cumprida por ele e pelas partes, denominada sistema probatório, que deve propiciar ao máximo a sua produção e possibilitar a apuração da realidade objetiva, pois, *quod non est in actis non este in mundo*⁷⁶. Só assim o Direito estará cumprindo a sua finalidade de dar a cada um o que é seu.

3.5 Classificação

A doutrina, de diversas formas classifica as provas. Paulo Rangel⁷⁷ apresenta uma classificação mais objetiva, ao realizá-la quanto ao objeto, quanto ao sujeito e quanto à forma.

Quanto ao objeto, classifica-se em direta, quando a prova se extrai do próprio fato probando, sem necessitar de qualquer processo lógico em sua construção, ou indireta, quando incide sobre os fatos probantes que, através de uma construção lógica chega-se a fato probando.

Quanto ao sujeito de quem, ou onde se promana a prova, esta pode ser pessoal, quando a afirmação é oriunda de uma pessoa, ou real, quando originada por vestígios decorrentes do objeto que decorre a lide.

Quanto à forma em que as partes apresentam as provas em juízo, pode ser testemunhal, através de pessoas, documental, através de afirmações escritas ou gravadas, ou ainda, material, consistindo em qualquer elemento de convicção sobre o fato probando.

3.6 A Prova nos principais Sistemas Mundiais: na *Civil Law* e na *Common Law*

Nos incipientes instantes deste Século XXI verifica-se que o processo de globalização fomentado principalmente nos avanços tecnológicos das telecomunicações e, notadamente da infovia, encurtando distâncias e disponibilizando acessos instantâneos ao conhecimento humano de qualquer natureza, faz com que os paradigmas científicos sejam compreendidos e criticados a todo instante.

O Direito, como qualquer ciência, também vem sofrendo tais interferências que, de uma forma ou de outra, necessita se moldar a esta nova era.

A compreensão, mesmo que singela, dos principais sistemas jurídicos de nosso globo se faz necessário, visto a tendência de comunicação de seus parâmetros de acesso à justiça.

De igual modo se faz necessária tal compreensão pelo fato do ordenamento jurídico brasileiro pertencer ao sistema jurídico Romano-Germânico, também chamado de *Civil Law*, que é o Direito continental europeu e também sofrer fortes influências do Direito norte-americano, denominado de *Common Law*.

⁷⁶ AMARAL, Santos. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, 3 ed., v. II, nº 510, p. 281-282 apud THEODORO JÚNIOR. Op. Cit. p. 376.

⁷⁷ RANGEL. Op. Cit. p. 415.

No entanto, não se deve deixar de considerar que estes sistemas possuem uma marcante diversidade de cultura, valores e princípios em questão probatória, o que, de pronto, já indica a necessidade de extrema cautela em suas concepções, sem contar a marcante diferença da realidade sócio-cultural brasileira.

Como visto até aqui, a origem da estrutura probatória destes dois sistemas se reporta ao declínio do juízo divino dos ordálios germânicos. Enquanto o sistema europeu-continental adotou o Sistema inquisitório, a partir da necessidade dos reis na consolidação das primeiras monarquias ocidentais e da igreja sobre os senhores feudais, o Sistema Anglo-Americano adotou o júri, que até hoje o domina.⁷⁸

Estudo realizado por Greco⁷⁹, verifica-se que as principais diversidades são:

- *Civil Law* – valorização das provas escritas, tendência à atenuação progressiva das provas legais; fortalecimento do livre convencimento do juiz; aumento da iniciativa probatória do juiz; faculdade da parte não produzir prova em seu prejuízo.

- *Common Law* – valorização da prova oral colhida sob contraditório; iniciativa probatória quase que exclusiva das partes; dever de colaboração das partes na apuração da verdade.

Considera como ponto relevante a relação entre a liberdade probatória e a proteção da intimidade do indivíduo. Na *Civil Law* se observa uma acentuada preocupação com a intimidade em relação ao sigilo profissional, no risco de sofrer grave dano, ao sigilo bancário e comercial, enquanto na *Common Law* a privacidade documental é muito reduzida. Assim se verifica que o Sistema da *Common Law* é mais preocupado com a apuração da verdade enquanto o Sistema da *Civil Law* reserva sua maior preocupação para a proteção da dignidade humana.

Acredita o autor que o ideal de processo justo, com a verdade judicial mais próxima da verdade histórica e científica, poderia ser alcançado com a fusão dos dois sistemas, onde se eliminasse todas as restrições de apuração da verdade, salvo as que atentassem contra a dignidade da pessoa humana.

4 O SISTEMA PROBATÓRIO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

4.1 A Interpretação Constitucional e sua eficácia normativa

Em breve estudo à obra de Konrad Hesse⁸⁰, constata-se que, inquestionavelmente, a Constituição é a verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio. Para tanto, deve expressar a realidade política e social de seu tempo, à qual também ordena e conforma por conta de seu elemento normativo, convertido em força ativa dependente de sua própria vontade, da vontade da constituição (*Wille zur Verfassung*). A efetividade desta força será tanto maior quanto maior for a convicção sobre a sua inviolabilidade.

As normas integrantes do texto da Constituição brasileira de 1988, cuja rigidez para a sua modificação também impõe, formam um complexo sistema normativo de mesma natureza e condicionamento recíproco e sem qualquer valoração hierárquica, pois todas são dotadas de eficácia, cujas distinções existentes referem-se somente aos efeitos jurídicos que cada uma visa produzir.⁸¹

⁷⁸GOMES FILHO. Op. Cit. p. 21.

⁷⁹GRECO, Leonardo. **O Conceito de Prova**. Op. Cit. p. 359.

⁸⁰ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991, p. 24.

⁸¹ SOUZA, Allan Rocha. A efetividade das Normas constitucionais Programáticas. In Revista da Faculdade de Direito de Campos. Campos dos Goytacazes-RJ : ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 10.

O desenvolvimento da Teoria de interpretação conforme a Constituição é a conseqüência imediata dos fundamentos do Estado Democrático de Direito construído com a Constituição de 1988 que promoveu a constitucionalização dos princípios e preceitos básicos de todos os assuntos de importância jurídica, política e cultural. Vê-se claramente a elevação do *Status* político do Poder judiciário, especialmente do STF pelo atributo de guardião da Constituição, que tem por fim “obter a probidade e efetividade da Administração Pública e integral respeito aos Direitos Fundamentais”.⁸²

Todas as questões apreciadas pelo Poder Judiciário passam a ser analisadas pela ótica constitucional, inclusive as políticas e as administrativas, fazendo com que a política do Estado brasileiro seja conduzida pelo direito Constitucional, o que determina não só a aplicação de métodos interpretativos constitucionais, como também, dos efeitos do controle de constitucionalidade.⁸³

É a instituição do paradigma Constitucional, necessário ao desenvolvimento do Estado democrático de Direito estabelecido fundamentalmente sobre os pilares dos Direitos fundamentais do homem, cuja eficácia concreta apenas se estabelece com sua total observância e inviolabilidade.

Diante desta perspectiva, o estudo sobre qualquer instituto jurídico deve ser realizado e interpretado de acordo com a Constituição, sob pena de ver a sociedade subjugada ao arbítrio e ao autoritarismo.

Esta realidade reflete as profundas transformações em que a humanidade vem passando desde a segunda metade do século XX, principalmente após o 2º pós-guerra onde se acabara de testemunhar as conseqüências mais dantescas e perversas que o terreno fértil do estado de providência e paternalista, sob inspiração liberal pôde oferecer.

Dentre as principais reações podemos perceber a constitucionalização das garantias processuais e a incorporação em ordenamentos nacionais de direitos e garantias expressos em textos internacionais de direitos humanos.⁸⁴

Considerando a prova como o meio pelo qual o órgão julgador forma o seu convencimento a respeito da ocorrência ou não de determinado fato ou da veracidade ou não de determinada afirmação dentro de um processo, sua análise deve, em primeiro lugar, buscar compreender os institutos constitucionalmente estabelecidos de forma lógica e antecedente.

Por conta de tal premissa, o estudo da prova e de todas as suas especificidades no ordenamento jurídico brasileiro deve ser realizado a partir de sua localização e no seu contexto dentro da Constituição de 1988.

Trata-se do reflexo imediato da disposição do art. 93 da Constituição brasileira de 1988 que vem consagrar o princípio do livre convencimento motivado, permitindo ao juiz formar seu livre convencimento a partir do respeito dos parâmetros e valoração probatória.⁸⁵

No entanto, para este mister, urge a necessidade de se buscar identificar os fundamentos que informam todo o arcabouço jurídico, que na realidade são os próprios fundamentos de constituição do Estado brasileiro e que se encontram previsto no Art. 1º da Constituição de 1988, que assim dispõe⁸⁶:

“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

⁸² MORAES. Op. Cit. p. 99.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ GOMES FILHO. Op. Cit. p. 63.

⁸⁵ TEPEDINO. Op. Cit. p. 426.

⁸⁶ Brasil. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004.

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Dentro desta perspectiva, o estudo da prova e de todas as suas especificidades deverá se balizar por estes princípios fundamentais, notadamente, o da dignidade da pessoa humana.

4.2 A Hermenêutica e a Interpretação conforme a Constituição

A interpretação jurídica ⁸⁷ se encontra dentro da Hermenêutica, que “na área jurídica tem por finalidade o estudo, a definição e a sistematização dos métodos aplicáveis para determinar o sentido das expressões contidas nas normas jurídicas”, que deve buscar o sentido normativo do texto para aplicá-lo em um caso concreto, a partir da identificação do significado mais exato.

A interpretação constitucional possui um caráter especial decorrente da supremacia da Constituição e do seu papel político dentro do ordenamento jurídico, o que lhe confere princípios, especificidades e complexidades próprias.

Assim decorre o princípio de que as regras que concedem direitos não comportam interpretação restritiva, pois o interprete não está autorizado a restringir o alcance de dispositivos constitucionais. Necessita-se que o aplicador do direito, primeiramente, investigue o que realmente disse o legislador constituinte, pois a lei ordinária deve ser interpretada conforme a Constituição, e não o contrário. *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (onde a lei não distingue, não pode o interprete distinguir).⁸⁸

Contudo, torna-se relevante salientar que a interpretação resultante do sistema constitucional deve ter por fim atingir o princípio da unidade da Constituição, em detrimento da interpretação orientada pela literalidade de seus textos.

4.3 A relatividade dos direitos fundamentais: o Princípio da Proporcionalidade.

O caráter relativo dos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição brasileira de 1988 encontra respaldo na argumentação de que o seu exercício não pode significar em escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas ou afastamento de responsabilidade civil ou penal, tendo sua restrição nos limites dos demais direitos também previstos na Constituição (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).⁸⁹

“É cediço, na doutrina constitucional moderna, que as liberdades públicas não podem ser entendidas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias.”⁹⁰

⁸⁷ MORAES. Op. Cit.p. 99.

⁸⁸ RANGEL. Op. Cit. p. 2.

⁸⁹ MORAES. Op. Cit. p. 99.

⁹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas no Processo Penal**. Novas Tendências do Direito Processual, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p.60.

Embora se reconheça que a conquista dos direitos e garantias fundamentais signifique séculos de lutas, contra a opressão do Estado, não se pode invocá-los a fim de justificar o desrespeito à legalidade, princípio basilar do Estado de Direito, daí decorrendo seu caráter relativo.

A radical posição da Constituição de 1988, como bem expressa Barbosa Moreira, reflete o receio latente do legislador constituinte ao retorno das freqüentes violações aos direitos fundamentais que caracterizaram o País no regime político anterior.

“A Constituição foi elaborada logo após notável mudança política. Extinguira-se, recentemente, o regime autoritário que dominara o País e sob o qual eram muito freqüentes as violações de direitos fundamentais, sem exclusão dos proclamados na própria Carta da República então em vigor, como a inviolabilidade do domicílio e da correspondência. Ninguém podia considerar-se imune a diligências policiais arbitrárias ou ao grampeamento de aparelhos telefônicos. Quis-se prevenir a recaída nesse gênero de violências. É mister reconhecer que, naquele momento histórico, não teria sido fácil conter a reação contra o passado próximo nos lindes de uma prudente moderação. Se puxarmos um pêndulo com demasiada energia em certo sentido e assim o mantemos por longo tempo, quando seja liberado ele, fatalmente, se moverá com força equivalente no sentido oposto.”⁹¹

Deste modo, os direitos e garantias fundamentais do homem, assegurados na Constituição brasileira de 1988, sujeitam-se às restrições impostas pela convivência com outros direitos de igual dignidade e pelo interesse público, que há de preponderar sobre o interesse particular, quando este interesse também se referir a direitos e garantias fundamentais.

Assim como as normas jurídicas em geral, as normas constitucionais devem estar harmonizadas em um sistema equilibrado de forma a permitir alguma restrição ao seu exercício, diante da impossibilidade de conferir-lhes integral proteção sem provocar um conflito, cuja solução, apenas se torna possível a partir do reconhecimento da existência de uma recíproca limitação. “Só a atenta ponderação comparativa dos interesses em jogo no caso concreto afigura-se capaz de permitir que se chegue a solução conforme a justiça. É exatamente isso que visa o recurso ao princípio da proporcionalidade”.⁹²

Este Princípio da Proporcionalidade, difundido pelo direito alemão, funda-se no Estado Democrático de Direito, onde na interpretação de determinada lei ou da própria constituição, devem ser sopesados os interesses e direitos em conflito, preferindo-se o interesse ou direito mais importante, para a efetivação da solução mais justa. Saliente-se que, na realidade, este princípio é originário do direito norte americano sob a denominação de princípio da razoabilidade e fundamentando-se no devido processo legal.

Neste sentido, assim discorre Barbosa Moreira⁹³:

“Desnecessário frisar-se que os princípios processuais estão longe de configurar dogmas religiosos. Sua significação é essencialmente instrumental: o legislador adota-os porque crê que a respectiva observância facilitará a boa administração da justiça. Eles merecem reverência na medida em que sirvam à consecução dos fins do processo, e apenas em tal medida. Ademais, com muita freqüência não de levar-se em consideração, ao mesmo tempo, dois ou mais

⁹¹ MOREIRA. Op. Cit. p.122.

⁹² Idem. p. 114.

⁹³ Idem. p. 108.

princípios ordenados a proteger valores igualmente importantes para o direito, mas suscetíveis de achar-se em recíproca oposição. Trata-se de fenômeno assaz conhecido: não seria temerário afirmar que toda norma jurídica resulta de uma tentativa, mais ou menos bem sucedida, de conciliar-se necessidades contrapostas de política legislativa, entre as quais é mister fixar um *ponto de equilíbrio*.”

É através deste princípio que a doutrina e a jurisprudência mitigam o caráter aparentemente absoluto dos direitos fundamentais e assim, não seria diferente com o art. 5º, LVI, da CF, admitindo, em alguns casos excepcionais, a admissão da prova, no processo, que a princípio seria ilícita.

Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça (RHC nº 7216/SP, STJ, 5ª T, Rel. Min. Edson Vidigal, D. J. 25.05.98, por unanimidade, negar provimento), reconhecendo a validade do referido princípio, ao considerar lícita a prova obtida mediante gravação telefônica por um dos interlocutores:

“A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. Pelo princípio da proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade”.

Pelo que se depreende a doutrina constitucional moderna passou a prever uma atenuação à vedação das provas ilícitas, visando corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos excepcionais e extremamente graves. Assim é forçoso concluir que nenhuma liberdade pública é absoluta, com possibilidade de se tutelar um direito, que no caso concreto, configure-se de maior importância que o direito à intimidade, ao segredo ou à inviolabilidade da comunicação.

Importante consideração ainda a se fazer é a de que o exercício dos direitos e garantias fundamentais, originariamente concebidos para a proteção contra o Estado clássico, na contemporaneidade do Estado Social de Direito, asseguraram espaço para o integral desenvolvimento da personalidade humana, “de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores do poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas”.⁹⁴

4.4 A prova como direito fundamental

Com a constitucionalização das garantias processuais e a incorporação aos ordenamentos jurídicos nacionais destas garantias previstas nos textos internacionais de direitos humanos, após a segunda guerra mundial, observa-se a evolução do reconhecimento, ainda que cauteloso, do direito à prova.⁹⁵

Para a compreensão do instituto da prova no direito brasileiro vigente com a Constituição de 1988 torna-se imprescindível verificar a forma com a qual o processo, hábil mecanismo estipulado para a efetivação da tutela jurisdicional, se estrutura a partir da leitura sistêmica da Constituição, para que uma interpretação fracionada não leve a resultados diversos de sua vontade.

⁹⁴ SARLET, Ingo wolfgang. A eficácia do Direitos Fundamentais. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 362 apud SOUZA, Allan Rocha. Op. Cit. p. 30.

⁹⁵ GOMES FILHO. Op. Cit. 64.

O reconhecimento de um real direito subjetivo com sede constitucional à prova precede da consideração de que seus titulares, as partes, devem estar em condições paritárias em todo o processo de constituição do material probatório, bem como de poder exercer o controle da legalidade tanto deste processo quanto em relação à decisão proferida, que deve se conformar o mais próximo possível da realidade objetiva fundamentada dentro destas proposições.

Tepedino, no mesmo sentido também considera a prova como direito subjetivo constitucional decorrente do devido processo legal (Art. 5º, LIV), do amplo acesso à justiça (Art. 5º XXXV) e do contraditório e da ampla defesa (Art. 5º LV), “assim entendido como direito subjetivo de influir no espírito do julgador, convencendo-lhe dos argumentos apresentados quanto à veracidade das próprias afirmações. Neste sentido, resultaria inconstitucional qualquer óbice legislativo ou judicial à instrução probatória”.⁹⁶

Neste aspecto, dois institutos constitucionais assumem importância capital. O Art. 93, IX, ao estabelecer o livre convencimento motivado, garante a eficácia do direito à prova e o Art. 126, I, ao conferir a titularidade da Ação Penal Pública ao Ministério Público, estabelecendo o sistema acusatório no Processo Penal, distinguindo as partes, acusadora e decisora, assim constituindo uma persecução penal garantística e protetora da dignidade da pessoa humana, afastando de vez o processo inquisitorial que a tanto serviu ao arbítrio do Estado Totalitário.

Contudo, outros dispositivos da Constituição dão corpo e forma ao Sistema probatório, informando as garantias necessárias à efetivação da tutela jurisdicional construindo o processo justo e garantidor dos direitos fundamentais. Apenas para fins didáticos estarão se analisando alguns institutos que apresentam sintonia direta com a prova.

Princípio da inafastabilidade do Judiciário

Art. 5º, XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito;”

Princípio do Juiz e do Promotor natural.

Art. 5º, XXXVII – “não haverá juízo ou tribunal de exceção;”

Art. 5º, LIII – “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;”

Princípio do devido Processo Legal.

Art. 5º, LIV – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

Princípio do Contraditório e da ampla defesa.

Art. 5º, LV – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

Princípio da vedação das provas ilícitas

Art. 5º, LVI – “são inadmissíveis, no processo, as prova obtidas por meios ilícitos;”

Princípio da proteção da intimidade e da vida privada

Art. 5º, 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;”

Princípio da inviolabilidade domiciliar

Art. 5º, 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;”

Princípio da inviolabilidade de Correspondência e de Comunicação.

Art. 5º, XII – “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem

⁹⁶ TEPEDINO. Op. Cit. p. 426.

judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

Não se pode imaginar um Estado Democrático de Direito sem que não se fundamente no estrito sentido do Princípio da Legalidade. Com efeito, sua garantia é conferida pelo direito subjetivo que possibilita a qualquer cidadão a exigir que a justiça se realize através do Poder Judiciário, daí prevendo a norma constitucional a forma para a sua efetivação.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 reputa o direito constitucional de ação e o direito à prova como garantias fundamentais do cidadão. Em consequência deste direito constitucional de ação, o cidadão pode demandar judicialmente, postulando ao Estado-Juiz que lhe seja entregue a proteção pertinente ao seu direito.

O cidadão, ao requerer a tutela jurisdicional, necessita apresentar as provas preexistentes ao ajuizamento do processo e postular a produção de outras cabíveis.

Assim o STF (2ª T. – Rextr. Nº 158.655-9/PA – Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 2 maio 1997, p. 16.567) se pronuncia: “A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível”.⁹⁷

Para que a prestação jurisdicional seja efetivada, necessita-se da imparcialidade do juiz e da segurança contra o arbítrio estatal. O princípio do Juiz Natural não só veda à criação de Tribunais ou juízos de exceção, como também confere o absoluto respeito às regras de distribuição de competência e às previsões ordinárias de hipóteses de impedimento, suspeição e imparcialidade.

Do mesmo modo regulamenta o Princípio do Promotor natural e veda o promotor de exceção, pois são estes os legitimados para o ajuizamento das ações penais e ações civis públicas.

Assim o STF (STF – 1ª T. – HC Nº 69.601/SP – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 18 dez. 1992, p. 24237), se pronuncia: “O princípio da naturalidade do juízo – que traduz significativa conquista do processo penal liberal, essencialmente fundado em bases democráticas – atua como fator de limitação dos poderes persecutórios do Estado e representa importante garantia de imparcialidade dos juízes e tribunais”.⁹⁸

Garantido o Direito de acesso a uma justiça competente e imparcial, necessita-se o estabelecimento de como a prestação jurisdicional será executada. Para tanto, estabeleceu-se o Princípio do Devido Processo legal.

Todos os princípios norteadores do processo no Estado Democrático de Direito, compromissado com a eficácia concreta dos direitos fundamentais, derivam do princípio do devido processo legal, uma vez que não se pode admitir a busca pelo descobrimento da verdade sem que se respeitem os procedimentos delineados na lei.

Na história brasileira, a Constituição de 1988 foi a primeira a garantir de forma expressa o devido processo legal, seja penal, civil ou administrativo, cujos litigantes deverão ter assegurados os corolários do contraditório e da ampla defesa.

Assim o STF (2ª T. – Agravo em embargos de declaração em Ag. Instr. Nº 181.142-1/SP – Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 27 mar. 1998, p. 5.), se pronuncia: “O devido processo legal compreende a existência de normas legais preestabelecidas. Exercendo-se o direito de defesa, com os recursos a este inerentes, na forma das leis preexistentes, assim num devido processo legal”.⁹⁹

Dentro dos recursos inerentes ao contraditório e à ampla defesa não se pode negar a importância da atividade probatória que, na realidade, é o meio adequado de se fazer demonstrar o direito alegado.

Gomes Filho¹⁰⁰, ao discorrer sobre o Contraditório, entendido como o diálogo antecedente entre as partes antes do pronunciamento estatal, reporta a sua fundamental

⁹⁷ MORAES. Op. Cit. p. 292.

⁹⁸ Ibd., p. 305.

⁹⁹ MORAES. Op. Cit. p. 364.

¹⁰⁰ GOMES FILHO. Op. Cit. p. 136.

importância ao lhe atribuir a garantia da imparcialidade, da legitimidade e da correção da prestação jurisdicional, que decorrem das diversas dimensões de sua natureza.

A natureza política e ideológica se sustenta na fundamentação de que no Estado Democrático de Direito as decisões judiciais além de serem pronunciadas em nome do povo resultam da participação aberta dos interessados em igualdade de condições, onde, na justiça penal, significa ainda reconhecer a dignidade do acusado, cuja presença nas atividades preparatórias da decisão é tão necessária quanto à do acusador.

A natureza social se origina da legitimação da decisão perante as partes e à sociedade como um todo, uma vez que é fruto da contradição de argumentos capazes de influenciá-la.

A natureza técnica se observa pela possibilidade da descoberta da verdade fática para a justa aplicação do direito por levar em consideração as contribuições trazidas pelas partes.

Já pela ampla defesa, têm-se assegurado ao réu, todas as condições necessárias para que traga ao processo os elementos que lhe possibilitem o esclarecimento da verdade.

O reconhecimento constitucional do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, constitui o triplo fundamento da legalidade no Estado de Direito.¹⁰¹

Diante desta breve leitura constitucional, observa-se que toda pessoa que se achar lesionado ou ameaçado em seus direitos, tem a garantia de recorrer a uma justiça imparcial, através de um processo legalmente estabelecido e que se desenvolverá, tendo-se em conta, o contraditório e a ampla defesa.

De igual modo, tem-se garantido constitucionalmente a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da casa e do sigilo da correspondência, “refletindo a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil”¹⁰².

É a preservação da intimidade contra as intromissões ilícitas externas que envolvem até a imagem diante dos meios de comunicação de massa, que em nenhuma hipótese pode ser alvo de diversão e entretenimento, assim incorrendo em responsabilização para indenização por danos materiais e morais, salvo no estrito caráter objetivo da informação de interesse público.¹⁰³

O exercício da justiça, pode deflagrar uma colisão entre direitos fundamentais, onde de lado se percebe o Direito de Ação que impulsiona a função estatal típica da tutela jurisdicional, e de outro, os direitos decorrentes da inviolabilidade das liberdades públicas. Assim, como a todos é garantido o direito à inviolabilidade da intimidade, a todos também é garantido o direito de provar as alegações que fizer em processo judicial ou administrativo em que seja parte, utilizando-se, para isso, de provas obtidas por meios lícitos.

Para este conflito, em virtude do caráter relativo destes direitos, deve-se buscar uma solução decorrente da interpretação conforme a Constituição, uma vez que apenas uma norma de natureza constitucional pode limitar outras.

No meio deste conflito constitucional de direitos e garantias fundamentais observa-se o princípio da vedação das provas ilícitas.

Considerando a relatividade dos direitos e garantias fundamentais, dentro de seus limites imanentes, que os sujeitam às restrições impostas pela convivência com outros direitos de igual dignidade, forçoso é concluir que o princípio da vedação das provas ilícitas é o elemento ético normativo constitucional estabelecido para a solução desta colidência.

¹⁰¹ MORAES. Op. Cit. p. 363.

¹⁰² *Ibid.*, p. 129.

¹⁰³ MORAES. Op. Cit. p. 224.

4.5 Direito de provar, ônus e a atividade do juiz

Historicamente, a doutrina tem considerado a relação existente entre as partes e a prova a partir de uma perspectiva negativa de ônus a suportar caso alegue algo que não se consegue provar.

Tal é a concepção de Chiovenda que dividiu os fatos jurídicos em fatos constitutivos do direito do autor e os fatos extintivos, impeditivos e modificativos deste direito ao réu. Cabe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto ao réu, provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito alegado pelo autor.

Embora constituída de uma relevante coerência e racionalidade, esta construção, própria do formalismo positivista, absorvida pelo ordenamento jurídico pátrio, considera o processo como mero instrumento de pacificação social sem o efetivo comprometimento com a busca da verdade objetiva.

A interpretação inflexível e distante do contexto constitucional desta concepção, contrapõe-se à idéia de prova como direito subjetivo à introdução do material probatório em um processo justo, com a mesma natureza e fundamento do direito de ação e de defesa, que na atual constituição brasileira, representa o absoluto caráter garantista para as partes e da legitimidade da própria jurisdição.¹⁰⁴

Gustavo Tepedino¹⁰⁵ reconhece a necessidade da prova para a demonstração da alegação. Contudo assevera a inexistência de um dever jurídico de provar, e sim de um ônus a fim de fazer prevalecer a sua pretensão, uma vez que o juiz, mesmo diante de uma dúvida invencível deve se pronunciar sobre a demanda, justificando a regra de distribuição que, na realidade, é a forma de não se penalizar aquele que não se desincumbiu de provar. O ônus da prova só possui importância diante da ausência ou da insuficiência de provas, pois se o juiz possuir elementos firmes de sua convicção pouco importará quem as produziu, visto que a prova é do juízo e não das partes.

Ainda à guisa do processo justo e da igualdade das partes ao acesso à justiça, assunto de importe relevância é o da inversão do ônus da prova, que não se impõe a partir de critérios teóricos, mas sim da posição em que as partes se encontram da fonte de determinada prova.

Esta é a conseqüência da utilização do critério da disponibilidade e facilidade probatória que Leonardo Greco¹⁰⁶, recordando Juan Monteiro Aroca destaca, e o que, Gustavo Tepedino¹⁰⁷, denomina de princípio da carga dinâmica da prova.

Critério ou princípio, o importante é destacar que as partes devem agir com lealdade, boa-fé e em colaboração com o juiz na introdução do maior número possível de informações, a fim de se chegar o mais próximo da realidade objetiva e efetivar a justiça. Assim já se pronunciou o STJ (4ª T., Resp. 103, 301, Rel Min. Ruy Rosado, julg. 27/11/1996):¹⁰⁸

“Também pertinente seria considerar aqui o princípio da carga dinâmica da prova que transfere para aquele que tem as melhores, e muitas vezes, a única possibilidade de fornecer os elementos esclarecedores do fato, o dever de informar o Juízo. A não ser assim, certos direitos ficariam vazios de conteúdo, pela dificuldade insuperável de o seu titular conseguir desincumbir-se do ônus de provar os fatos constitutivos. É um socorro desses que o referido princípio permite ao juiz atribuir ao réu a prova de fatos que somente ele pode apresentar...”.

¹⁰⁴ GOMES FILHO. Op. Cit. p. 83.

¹⁰⁵ TEPEDINO. Op. Cit. p. 435.

¹⁰⁶ GRECO, Leonardo. **A Prova no Processo Civil**. Op. Cit. p. 364.

¹⁰⁷ TEPEDINO. Op. Cit. p. 437.

¹⁰⁸ Idem.

Importância capital no procedimento probatório é a participação do Juiz. Tradicionalmente, a considera duas posições para a atividade no do Juiz, a do Juiz inquisidor e do Juiz inerte.

O processo justo não acolhe nenhum destes posicionamentos. Tanto a busca incessante pela verdade absoluta, que na realidade compromete a imparcialidade e cerceia a liberdade individual, quanto a inércia, que pode propiciar a desigualdade de armas, devem se render ao Juiz Democrático, assim idealizado por Greco:¹⁰⁹

“aquele que, através da maiêutica, consegue estabelecer um diálogo humano com as partes, que permite que estas efetivamente acompanhem o desenvolvimento da formação da sua convicção e assim possam propor e produzir provas úteis e relevantes, e que somente intervêm subsidiariamente na proposição de provas por elas não requeridas, quando s e fizer necessário, par assegura a paridade de armas...”.

Pelo que se vê, a moderna doutrina processual, tanto penal quanto civil tem desmontado diversos paradigmas. No processo civil, por exemplo, a exigência de um Juiz inerte quando a causa versar sobre direitos disponíveis ou a exigência de um juiz inquisidor no Processo Penal.

“É o juiz, moderada e parcimoniosamente ativo, que, nas causas que versam sobre direitos disponíveis, usa as faculdade do art. 130 do CPC em caráter subsidiário das partes; já nas causas que versam sobre direitos indisponíveis, sem ir em busca de uma utópica e inatingível verdade real, deve determinar a produção de tantas provas quantas sejam necessárias para evitar que uma das partes ou ambas venham a abrir mão de direito do qual não possam dispor.”¹¹⁰

Nos tempos do processo como garantia necessita-se de um juiz democrático, que adote uma postura participativa e integrada em um processo comunicacional que vise assegurar a efetiva tutela jurisdicional, não devendo estabelecer de forma apriorística a distribuição do encargo de provar.

A inversão do ônus da prova deve ocorrer sempre que houver impossibilidade ou excessiva dificuldade para a comprovação do que for alegado por uma das partes. “Afiml o processo não é um duelo de astutos litigantes, mas em uma disputa transparente de pretensões lícitas, baseada em fatos reais”.¹¹¹

À vista do argumento de que a iniciativa do juiz pode afetar a sua necessária imparcialidade na decisão do caso concreto, importa salientar que na determinação da produção de qualquer prova, o juiz não tem qualquer condição de saber o seu resultado antecipadamente. O aumento do poder instrutório do julgador em nada favorece a qualquer das partes, apenas irá corroborar para uma apuração mais realística dos fatos, o que lhe permitirá aplicar o direito de forma mais justa.

¹⁰⁹ GRECO, Leonardo. **A Prova no Processo Civil**. Op. Cit. p. 362.

¹¹⁰ *Ibd.*, p. 363.

¹¹¹ TEPEDINO. Op. Cit. p. 438.

5 A VEDAÇÃO DA PROVA ILÍCITA: ELEMENTO ÉTICO NORMATIVO CONSTITUCIONAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

5.1 As Provas legais e ilegais

Antes de iniciar o assunto proposto neste capítulo, torna-se extremamente necessário, em primeiro lugar, identificar o que é uma prova legal, que é a regra, para posteriormente estudar as provas ilegais.

Em verdade, o conceito de prova legal se confunde com objeto da prova, já estudado no Capítulo III. Assim, ao vedar a admissão da prova adquirida por meios ilícitos, o legislador constituinte determina que lícita é toda prova que não for obtida por meio ilícito e que, obviamente, não encontre restrição na legislação.

Enquanto no Processo Penal se observa restrição apenas às relativas ao estado das pessoas impostas pela lei civil, no Processo Civil, as restrições são estabelecidas pelos meios legais e moralmente legítimos.

Contudo, há que se considerar que assumem relevância os critérios limitadores da admissibilidade, da pertinência e da relevância da prova a ser produzida a fim de compor o convencimento do juiz, sem os quais a verdade judicial se tornaria um incomensurável arbítrio. Enquanto a admissibilidade possui fundamento extraprocessual (político), referindo-se à proibição de introdução de provas obtidas com violação de direitos fundamentais, a impertinência e a irrelevância possuem fundamento processual, devendo ser excluídas por conduzir o julgador a uma avaliação equivocada.¹¹²

Embora já se tenha destinado um item específico a classificação das provas, no capítulo acima referenciado, insta considerar neste momento, a classificação que majoritariamente vem tratada pela doutrina, conforme a legalidade. Têm-se assim, as provas ilegais, que podem ser ilícitas ou ilegítimas e as provas irregulares.

Moraes¹¹³ concebe que a prova ilegal é gênero do qual são espécies a prova ilícita e a prova ilegítima, onde se considera ilícita a prova quando sua proibição é de natureza material, diferenciando-a da prova ilegal, que será sempre aquela violadora do ordenamento jurídico como um todo, compreendendo leis e princípios gerais, quer sejam de natureza material ou meramente processual. Toda prova ilícita ou ilegítima é ilegal, pois atenta contra a ordem legal ou constitucional. A prova ilícita infringe norma de direito material e a prova ilegítima infringe norma processual.

Rangel¹¹⁴ ainda prevê as provas irregulares, quando afrontam formalidades legais, pois não sendo proibidas, sua validade necessita do preenchimento de certos requisitos, como os exigidos no art. 243 do CPP para a busca e apreensão domiciliar que é uma prova permitida.

5.2 A vedação da prova ilícita e os casos de admissibilidade no Processo

A Constituição de 1988 elevou o *status* da prova a direito subjetivo de natureza constitucional, decorrente do direito de ação e do devido processo legal, consagrados como garantias fundamentais da dignidade da pessoa humana. Como bem discorre Barbosa Moreira, “a regra é a da admissibilidade das provas e as exceções precisam ser cumpridamente justificadas, por alguma razão relevante”.

¹¹² GOMES FILHO. Op. Cit. p. 93.

¹¹³ MORAES. Op. Cit. p. 374.

¹¹⁴ RANGEL. Op. Cit. p. 425.

Entretanto, a própria Constituição estabeleceu que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, conseqüência da preferência dos direitos fundamentais relativos às liberdades públicas, tornando impossível sua violação para obtenção de qualquer prova.

“Conforme decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, é indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, em prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor este que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade em uma eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em estado de direito democrático. E afirma ainda que, a justiça penal não se realiza a qualquer preço, pois existem na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados.”¹¹⁵

Importa realçar que a relatividade dos direitos fundamentais, sucedâneo do Princípio da Proporcionalidade, atenua a concepção radical de inviolabilidade das liberdades públicas, visando corrigir possíveis distorções que a rigidez poderia levar em casos de excepcional gravidade.

A ilicitude da prova decorre de sua obtenção ilícita, com infração de uma norma legal de proteção às liberdades públicas, assim ocorrendo o confronto entre as normas de proteção da intimidade e do direito de produção de prova como forma de se assegurar o direito de ação ou de defesa. Enquanto o sigilo garante a intimidade, a sua violação garante o direito de obtenção da verdade.

O STF, sob o manto do Princípio da Proporcionalidade, tem admitido a exclusão da ilicitude da prova, em sede penal, em caráter especialíssimo, para salvaguardar a liberdade do acusado, ou no interesse público, no caso do combate ao crime organizado.

Já na esfera civil, a jurisprudência tem se mostrado inflexível, assim decidiu o STJ (6ª T., ROMS 5352, Rel. M. Luiz Vicente Cernicchiaro, Rel. P/ acórdão Min. Adhemar Maciel, julg. 27.05.1996, pbl. DJ 25.11.1996, RSTJ 90/359):¹¹⁶

“I – A impetrante/recorrente tinha marido, duas filhas menores e um amante médico. Quando o esposo viajava, para facilitar seu relacionamento espúrio, ela ministrava “lexotan” às meninas. O marido, já suspeito, gravou conversa telefônica entre sua mulher e o amante. A esposa foi penalmente denunciada (tóxico). Ajuizou, então, ação de mandado de segurança, instando no desentranhamento da decodificação da fita magnética. II – Embora esta Turma já se tenha manifestado pela relatividade do inciso XIII (ultima parte) do art. 5º da CF (STJ, HC 3982/RJ. Rel. Min. Adhemar Maciel, julg. 05.12.1995, publ. DJ 26.12.96), no caso concreto o marido não poderia ter gravado a conversa ao arrepio de sue cônjuge. Ainda que impulsionado por motivo relevante, acabou por violar a intimidade individual de sua esposa, direito garantido constitucionalmente (art. 5º, X)”

¹¹⁵ MORAES. Op. Cit. p. 374.

¹¹⁶ TEPEDINO. Op. Cit. p. 428.

Porém, a doutrina tem se mostrado tolerante com a exclusão da ilicitude e a admissão da prova violadora de liberdades públicas no processo civil quando se tratar de direitos indisponíveis, visto que a vedação constitucional não deve ser compreendida em caráter absoluto, pois em casos excepcionais, o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado para proteger bem jurídico de maior importância.¹¹⁷

5.3 Prova ilícita *pro reo*

Como antecipado, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência majoritária, tem admitido a introdução no processo penal da prova cuja ilicitude tenha sido excluída, pela defesa, em caráter excepcional e de extrema gravidade. As liberdades públicas serão subjugadas pela eliminação da ilicitude por causas excludentes em consideração ao princípio do *favor rei*. Como acentua Alexandre de Moraes¹¹⁸:

“o que ocorre na hipótese é a ausência de ilicitude dessa prova, uma vez que aqueles que a produziram agiram em legítima defesa de seus direitos humanos fundamentais, que estavam sendo ameaçados ou lesionados em face de condutas ilícitas. Agindo assim – em legítima defesa – a ilicitude na colheita da prova é afastada, não incidindo portanto o inciso LVI, do art. 5º da Carta Magna.”

Em posição convergente, Rangel¹¹⁹, filiado a Afrânio Silva Jardim, afirma que a prova colhida com aparente ilegalidade tem sua ilicitude excluída pela necessidade de salvar seu interesse maior, que é a liberdade, sob o sacrifício de um menor que é o do sigilo. Ressalta ainda que o juiz jamais poderia justificar uma decisão tendo como fundamento uma prova ilícita que, outra consequência não terá que é a de ver argüida sua nulidade em recurso.

No mesmo sentido, o STF dispõe que na “jurisprudência pátria, somente se aplica o princípio da proporcionalidade *pro reo*, entendendo-se que a ilicitude é eliminada por causas excludentes de ilicitude (RJTJSP 138/526) ou em prol do princípio da inocência”.¹²⁰

5.4 Prova ilícita *pro societate*

Diversamente, a prova ilícita *pro reo* é repudiada pela tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência majoritária.

Gomes Filho¹²¹, afirma não haver qualquer incongruência na rejeição do princípio da proporcionalidade *pro societate* pelo fato de que a estatura do direito à prova para se punir um infrator e da tutela da inocência são distintos, sem contar que são excepcionais os casos extremos em que a defesa necessitaria de se utilizar um meio de prova ilícito e acobertado por uma excludente, enquanto que tal prática pela polícia, é constante e longe está de se enquadrar em qualquer figura de justificativa.

José Carlos Barbosa Moreira em crítica à corrente que só admite a prova ilícita em favor da defesa, diz o seguinte¹²²:

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ MORAES. Op. Cit. p. 374.

¹¹⁹ RANGEL. Op. Cit. p. 431.

¹²⁰ MORAES. Op. Cit. p. 384.

¹²¹ GOMES FILHO. Op. Cit. p. 93.

¹²² MOREIRA. Op. Cit. p. 112.

"Se a defesa – à diferença da acusação – fica isenta do veto à utilização de provas ilegalmente obtidas, não será essa disparidade de tratamento incompatível com o princípio, também de nível constitucional, da igualdade das partes? Quiçá se responda que, bem vistas as coisas, é sempre mais cômoda a posição da acusação, porque os órgãos de repressão penal dispõem de maiores e melhores recursos que o réu. Em tal perspectiva, ao favorecer a atuação da defesa no campo probatório, não obstante posta em xeque a igualdade formal, se estará tratando de restabelecer entre as partes a igualdade substancial. O raciocínio é hábil e, em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas. É fora de dúvida que atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente, não lhes será mais difícil que a ela, nem lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais. Exemplo óbvio é da coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcotráfico: nem passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que algum morador da área declare à polícia, ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado o 'poderoso chefe' local."

O Superior Tribunal de Justiça admitiu o emprego da prova ilicitamente obtida *pro societate* no julgamento do HC 3.982-RJ (RSTJ 82/321), que fundamentou acusação que contestava a interceptação telefônica autorizada antes da Lei 9.296/96. Esta decisão foi reafirmada no HC 4.138-RJ (Repertório IOB de Jurisprudência – 1ª quinzena de julho de 1996 – n.º 13/96, p. 217) e no HC 6.129-RJ (RSTJ 90/364).

De igual modo, o STF já admitiu a violação de correspondência no HC 70.814-SP, relatado pelo Min. Celso de Mello:¹²³

"A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas."

5.5 Prova ilícita por derivação

A Prova Ilícita por Derivação ou Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada (*fruits of the poisonous tree*), segundo a qual, toda prova surgida a partir de informações conseguidas por meio de provas ilícitas também se contamina pela ilicitude.

Entende-se, por prova ilícita por derivação, aquela que é produzida por um meio lícito, porém oriunda de alguma informação obtida ilicitamente. São exemplos desse tipo de prova a confissão colhida por meio de tortura, em que o réu revela onde se encontra o produto do furto, que, posteriormente, vem a ser apreendido, e a interceptação telefônica

¹²³ CAPEZ, Fernando. Op. Cit. p. 39

clandestina na qual se consegue a informação da existência de uma testemunha que, mais tarde, incrimina o acusado.

Como a prova ilícita, a prova ilícita por derivação, tem sido tema de polêmicas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

O STF (Pleno. HC nº 73.461/SP – Rel. Min. Octávio Gallotti, decisão: 11.06.1996. Informativo STF, nº 35, p.2), decidiu pela inadmissibilidade da prova ilícita por derivação:¹²⁴

“Se as provas que serviram de base à sentença e ao acórdão foram obtidas sem auxílio dos elementos informativos fornecidos pela escuta telefônica, não há falar em nulidade da contenção. Hipótese em que não se aplica a doutrina dos frutos da árvore envenenada.”

No entanto, tem decidido que a prova ilícita não acarreta a nulidade do processo, onde o magistrado deverá decidir de acordo com as demais provas do processo e, caso não existam, deverá julgá-lo improcedente.¹²⁵ Rangel denomina tal posicionamento do STF como teoria da prova absolutamente independente (PAI).

5.6 Prova ilícita e interceptação telefônica

Como verificado, o legislador constituinte em 1988 expressa e taxativamente vedou a admissão da prova ilícita no processo, no art. 5º, LVI, sendo que a doutrina e a jurisprudência, pelo princípio da proporcionalidade e pela exclusão da ilicitude *pro reo* têm mitigado o caráter absoluto desta vedação e admitido a prova.

No entanto, o art. 5º, XII restringe tal vedação para a interceptação das comunicações telefônicas, em investigação criminal ou instrução processual penal, em conformidade com lei ordinária específica, que no caso, foi o objeto de disciplina da lei 9296/96.

Importa compreender o motivo que levou o legislador a permitir a interceptação apenas das comunicações telefônicas. Neste sentido, Geraldo Prado¹²⁶ bem elucida a questão ao evidenciar que dos quatro meios de comunicação elencados no dispositivo constitucional, correspondência, comunicação telegráfica, dados e telefônica, apenas esta última se caracteriza pela instantaneidade, demonstrando a sapiência do legislador em se permitir a devassa da intimidade apenas nesta hipótese, pelo fato de que outro meio não se teria de poder controlar atividades criminosas, visto que nas outras modalidades, existem outros meios de serem apreendidas se houver justo motivo.

Para melhor estudo do assunto, necessita-se diferenciar o sentido técnico de interceptação, escuta e gravação, sendo que estas podem ainda serem telefônica e ambiental, de acordo com Fernando Capez¹²⁷.

Considera-se interceptação a devassa do sigilo de correspondência entre transmissor e receptor por um terceiro sem a autorização de qualquer destes. O conteúdo da conversação interceptada é admissível no processo penal desde que realizado de acordo com o previsto na Lei 9296/96. Chama-se de interceptação telefônica quando o diálogo se desenvolve por este meio e de interceptação ambiental quando a captação se realiza por um terceiro que se encontra no mesmo ambiente.

Considera-se Escuta, a devassa do sigilo de correspondência, entre transmissor e receptor, por um terceiro e com a autorização de um dos interlocutores. Segue as mesmas regras atinentes à interceptação, contudo a doutrina e a jurisprudência a admitem como

¹²⁴ MORAES. Op. Cit. p. 381.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 382.

¹²⁶ PRADO, Geraldo. Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. ed. Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2005, p. 71.

¹²⁷ CAPEZ. Op. Cit. p. 36.

prova no processo, sem a observância da lei 9296/96, em casos graves e excepcionais, como naqueles em que a polícia faz a escuta da conversação de seqüestradores com autorização das vítimas. Também pode ser telefônica ou ambiental.

Considera-se Gravação, a que se realiza por um dos interlocutores sem o consentimento do outro. Também pode ser telefônica ou ambiental. Este caso está fora da proteção constitucional, pois não possui a figura do terceiro, elemento necessário para a configuração da modalidade interceptação.

Este também é o posicionamento de Tepedino¹²⁸ que relega a violação constitucional a interferência de um terceiro. Tanto a gravação telefônica, quanto ambiental, em geral, é admitida tanto no Brasil quanto no mundo inteiro, em qualquer processo, apenas não sendo admitida e considerada ilícita quando afrontar diretamente outra garantia, a da inviolabilidade da intimidade.

“a gravação foi feita por um dos interlocutores. Tal circunstância exclui a ilicitude do meio de obtenção da prova. O Supremo Tribunal Federal, nesta esteira, tem entendido que não há qualquer violação constitucional ao direito de privacidade quando “a gravação de conversa telefônica for feita por um dos interlocutores ou com sua autorização e sem o conhecimento do outro, quando há investida criminosa deste último (HC 75.338/RJ, Rel. Ministro NELSON JOBIM, DJU 25.09.1998)”.¹²⁹

6 CONCLUSÃO

Diante do estudo realizado, pode-se asseverar que a busca pela verdade sempre foi uma necessidade premente do homem para a efetivação da justiça desde a antiguidade grega.

Embora esta busca tenha se manifestado com forma, lógica e conteúdo bem distinto ao longo da história, importa compreender que a sua manifestação bem caracterizava o contexto social dos indivíduos.

Assim é não se pode negar, que o atual contexto em que se inseri a sociedade brasileira, diante de um estágio civilizatório que busca a primazia da proteção à dignidade da pessoa humana não pode ser renegado.

A atividade probatória, como fator determinante da apuração da verdade, através da ressurreição da realidade objetiva motivadora do conflito de interesses, deve possuir a preocupação premente pela sua máxima aproximação da verdade apurada no processo, sob pena de relegar a justiça em instrumento de injustiças.

Informada por princípios que estabeleçam a Constituição como marco teórico, a prova deve significar o raciocínio, que processado pelo intelecto do juiz, a partir de determinadas premissas, estabeleça conclusões e construa o seu julgamento logicamente.

Saliente-se que, a tradicional distinção entre verdade formal e material, perdeu sua razão ao direito da verdade no processo como garantia fundamental, o que confere às partes, integral liberdade para a sua produção, cujos limites se encontram na lei e nos juízos de pertinência e relevância, formulados por um juiz de garantias, que moderadamente intervenha no processo, seja para inverter o ônus da prova, quando verificar impossibilidade da parte em produzi-la ou para determinar a produção de alguma que seja essencial ao desvelamento da verdade, mas nunca de forma a desequilibrar a paridade de armas e macular a sua isenção.

¹²⁸ TEPEDINO. Op. Cit. p. 429.

¹²⁹ CAPEZ. Op. Cit. p. 261.

O direito de provar, em algumas circunstâncias, colidirá com outro direito fundamental, também garantido constitucionalmente, principalmente os relativos às liberdades públicas. Uma vez reconhecida a relatividade dos direitos fundamentais, por intervenção do princípio da proporcionalidade, verifica-se que tanto o direito de provar quanto o direito às liberdades públicas foram mitigados, assim podendo sofrer restrições quando sopesar interesse de maior densidade para uma destas hipóteses.

Assim é que a doutrina e a jurisprudência, embora em casos excepcionais têm admitido a exclusão da ilicitude da prova, obtida mediante violação de liberdade pública pelo réu em processo penal.

No entanto, embora já se tenha alguma jurisprudência neste sentido, é minoritário o posicionamento doutrinário que admite a exclusão da ilicitude na obtenção de prova *pro societate*, pelos órgãos de investigação do Estado.

Já no Processo Civil, a jurisprudência tem se mantido firme no posicionamento de não admitir a possibilidade de existência de causa de justificação para obtenção de prova com violação de direito fundamental. Contudo a doutrina vem se posicionando no sentido de que tal é possível uma vez que este processo não é apenas instrumento de apuração de conflitos de interesses disponíveis.

Também é majoritária a doutrina e a jurisprudência que considera ilícita a prova derivada de prova ilícita, reflexo da incidência do princípio da prova ilícita por derivação oriundo do direito norte americano.

Insta ainda considerar que a jurisprudência também já definiu que não é nulo o processo cuja condenação se fundamentou exclusivamente na prova obtida ilicitamente, mas sim, improcedente.

Pelo que se depreende, a vedação da prova ilícita no processo é o elemento ético normativo constitucional de solução de conflitos de direitos fundamentais pois, justamente é a caracterização da ilicitude da admissão da prova é que vai determinar quando irá prevalecer o direito fundamental de provar ou o direito à liberdade pública.

No entanto, é forçoso admitir que o efetivo e pleno exercício destas garantias precisa ser consolidado de forma racional, coerente e consistente, não devendo de forma alguma serem usados como escudo protetivo de criminosos e muito menos ser alvo de violação sob justificativa do interesse público quando na realidade o próprio Estado se omiti na formulação e execução de políticas públicas preventivas e repressivas á criminalidade.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: [s.n.], Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

FREGADOLI, Luciana. **O Direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte/MG: Livraria Del Rei Editora, 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO, Leonardo. **A Prova no Processo Civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil**. In Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes-RJ: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 357/392.

GRECO, Leonardo. **O Conceito de Prova.** In Revista da Faculdade de Direito de Campos, anos 2003/2004, nº 4 e 5. Campos dos Goytacazes-RJ: ed. Faculdade de Direito de Campos, p. 213/260.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo e DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo.** 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas no Processo Penal.** Novas Tendências do Direito Processual, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas.** In Temas de Direito Processual, 6ª Série. São Paulo : Atlas, 1997, págs. 102/125.

PRADO, Geraldo. **Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.** ed. Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

SOUZA, Allan Rocha. **A efetividade das Normas constitucionais Programáticas.** In Revista da Faculdade de Direito de Campos. Campos dos Goytacazes-RJ: ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloíza Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernandes da Costa. **Manual de processo Penal.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.