

DAS PROVAS ILÍCITAS

Luciano Henrique Diniz Ramires

Advogado, Assessor Jurídico da Prefeitura Municipal de Garça, Professor de Direito Processual Civil da Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", Marília, SP, Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil Mestrando em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito de Bauru - ITE

1. INTRODUÇÃO

Através do presente trabalho, iremos analisar a problemática das provas ilícitas e sua aceitação no processo civil, passando pelo estudo dos princípios constitucionais e legais que envolvem o assunto.

Desta forma, não poderemos esquecer as palavras de Santiago Sentis Melen-do, que leciona que o "...fim último da justiça, que é de reconhecer-se a razão a quem tem."

Assim, estamos contribuindo para uma análise crítica das provas ilícitas possa levar ao escopo maior do processo, que é uma decisão o mais próximo do justo.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A questão das provas ilícitas representa um campo de discussão extremamente polêmico, pois diversas são as opiniões doutrinárias ou jurisprudenciais a seu respeito; por isso, iremos estudá-las, apresentando conclusões a respeito de tão intrin-cado, polêmico, e importante tema do direito probatório.

¹Natureza da prova. Revista Forense, vol. 246, p. 100

Primeiramente, se faz necessário discorrer acerca das diferenças entre as provas ilícitas e as provas ilegítimas, que, erroneamente, podem ser consideradas como sendo iguais, mas que possuem conceitos distintos.

Luiz Francisco Torquato Avolio² escreve que "a prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual"³; por sua vez, Luis Alberto Thompson Flores Lenz⁴, mencionando Ada Pellegrini Grinover e Camargo Aranha, escreve que "prova ilegítima é aquela que afronta normas de Direito Processual, tanto na produção quanto na introdução da prova em juízo"; e, continua, dizendo que "com relação à prova ilegítima, o próprio Direito Processual a afasta", ou seja, o próprio processo, através de meios próprios, repele tal espécie de prova.

Para César Antonio da Silva⁵, em entendimento que se coaduna com o mencionado anteriormente, "prova ilegítima é, pois, aquela que não pode ser admitida face à vedação de ordem processual".

Assim, as provas ilegítimas são as que lesam normas processuais, sendo que o próprio processo tratará de rejeitá-la ou aplicar determinada sanção, caso a mesma seja utilizada pelas partes.

Por sua vez, entendem-se como provas ilícitas, aquelas obtidas de maneira a contrariar normas de direito material⁶, inclusive constitucionais e, em determinados casos, ferindo princípios fundamentais do Direito.⁷

Nesse sentido, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso VI, ao estabelecer que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos", elevou a nível constitucional, o óbice em se fazer uso de provas ilícitas no processo, seja ela civil, penal ou administrativa, através de uma regra geral, que, à primeira vista, não comporta exceções; mas, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins⁸ lecionam que "... o preceito constitucional há de ser interpretado de forma a comportar alguma sorte de abrandamento relativamente à expressão taxativa da sua redação".

Por sua vez, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior⁹ comentam a respeito da proibição da prova ilícita, prevista na Constituição Federal, que "a

²Ibid., p. 44

³O autor cita como exemplos, os artigos 206 e 207 do Código de Processo Penal, que dizem respeito à proibição de depor em relação a fatos que envolvam sigilo profissional, e, a recusa de depor por parte de parentes e afins.

⁴Os meios moralmente legítimos de prova. Revista dos Tribunais, v. 621, p. 274

⁵Ibid., p.22

⁶Luiz Francisco Torquato Avolio (Ibid., p.83) cita súmulas originárias das Mesas de debates de processo penal, do Departamento de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP): a Súmula 48 estabelece o seguinte: Denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material".

João Batista Lopes (Ibid., p. 86) também cita os conceitos acima a respeito das provas ilegítimas e ilícitas, ressaltando as suas diferenças, segundo os estudos de Pietro Nuvolone, também mencionado por Nelson Nery Júnior, em sua obra Princípios do Processo Civil na Constituição Federal: este entendimento é igualmente adotado por Ada Pellegrini Grinover, em seu livro Liberdades Públicas e Processo Penal, conforme menciona por Cesar Antonio da Silva (Ibid., p. 21).

⁷Comentários à Constituição do Brasil.1989, Saraiva, 2º vol. P. 273

⁸Curso de Direito Constitucional.1998. Saraiva, p. 107/108

ilicitude de uma prova decorre da forma de sua obtenção ou do momento – ilícito – de sua introdução no processo. No primeiro caso, denomina-se prova materialmente ilícita. No segundo, formalmente ilícita".¹⁰

Portanto, podemos concluir que as provas obtidas por meios lesivos ao direito material, inclusive constitucional, são as denominadas provas ilícitas, isto é, a ilicitude ocorre no momento em que as mesmas surgem. Hernando Devís Echandia¹¹ leciona que um testemunho ou uma confissão são provas lícitas, mas, se forem obtidos mediante coação, violência ou tortura, esses meios, que são lícitos, se convertem em meios ilícitos".¹²

Desta forma, a ilicitude da prova surge, quando da utilização de meios ilegais ou imorais para sua obtenção, maculando a prova com ilegalidade.¹³

Por sua vez, podemos concluir que as provas introduzidas no processo de forma ilegal, são as consideradas ilegítimas, pois o vício ocorre no momento de sua produção, ao adentrarem aos autos do processo.

3. PROVAS ILÍCITAS E IMORAIS

O artigo 332 do Código de Processo Civil Brasileiro¹⁴, ao mencionar os "meios legais e os moralmente legítimos" que poderão ser utilizados para provar os fatos no processo, estabelece, conseqüentemente, a proibição do uso de meios de prova, considerados ilegais ou imorais.

À guisa de direito comparado, podemos mencionar Alcides de Mendonça Lima¹⁵, que, em importante artigo, transcreve o artigo 379 do Código Procesal Civil y Comercial da Argentina: "La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros o no estén expresamente prohibidos para el caso". (grifos conforme o original)

Echandia¹⁶, mencionando o Código Colombiano, de Procedimento Civil, de 1970, comenta que, além dos meios probatórios conhecidos, o juiz pode utilizar

¹⁰Nelson Nery Júnior (ibid., p. 152), também aborda esta classificação, ao escrever que "a ilicitude formal ocorre quando a prova deriva de um ato contrário ao direito, e pelo qual se consegue um dado probatório; por outro lado, há ilicitude formal, quando a prova decorre de forma ilegítima pela qual ela se produz, muito embora seja lícita a sua origem".

¹¹*Pruebas Ilícitas*. Revista de Processo, vol. 32, p. 83

¹²"Un testimonio es una prueba lícita, una confesión, es una prueba lícita; pero si aquel o ésta se obtienen mediante coacciones, mediante violencia, mediante tortura (...) ya ese medio que en abstracto es lícito, se convierte em um medio ilícito de administrar justicia".

¹³Rui Portanova (Ibid., p. 204) menciona que o princípio da formalidade e legitimidade da prova exige requisitos, como a ausência de vícios (dolo, erro, violência) e de imoralidade no meio de aquisição.

¹⁴José Carlos Barbosa Moreira (Alguns problemas atuais da prova civil, Revista de Processo, vol. 53, p. 122), escreve que este artigo, foi inspirado no artigo 87 do Código de Processo Civil do Vaticano.

¹⁵A eficácia do meio de prova ilícito no C. Pr. Civ. Brasileiro. Revista Forense. Vol.297, p.09

¹⁶Ibid., p. 82

quaisquer outros que ache conveniente, para investigar os fatos e chegar, na maioria dos casos, a uma sentença justa.¹⁷

Nota-se a igual preocupação estampada na transcrita norma, do código argentino, em relação à adequação dos meios de prova à moralidade, preocupando-se, inclusive, com a liberdade pessoal, como a vida íntima das partes e de terceiros.

Luiz Guilherme Marinoni¹⁸, ao analisar a problemática das provas ilícitas, entende que "o direito à prova é limitado pela legitimidade dos meios utilizados para obtê-la"; assim, também conclui Francisco das Chagas Lima Filho¹⁹ "...o direito à prova não é absoluto", não existindo, portanto, uma total liberdade, quando da sua utilização.

Desta forma, a atividade probatória das partes, deve ter como parâmetro os meios em que serão obtidas, as provas que instruirão o processo; portanto, a preocupação é em relação às condições em que foram conseguidas as provas, se foram meios lícitos e morais; e, ainda, a sua admissibilidade no processo.

A esse respeito, César Antônio da Silva²⁰ escreve que "se ela [a prova] não tem apoio legal, a parte, por certo, não está impossibilitada de obtê-la, mas, de qualquer forma, não poderá extrapolar também os limites da moralidade"; João Carlos Pestana de Aguiar Silva²¹ afirma que "...erige a lei o critério da moralidade como delimitador dos meios [de provas] válidos em juízo".

Assim, todos os meios de provas são admitidos, mas deverão observar, obviamente, o critério da legalidade, pois não deve afrontar o ordenamento jurídico, além do aspecto moral, cuja conceituação, apesar de ser tarefa difícil, deve ser estabelecida, de alguma maneira, através de algum parâmetro.

Em países da Europa, por exemplo, a ilicitude dos meios de prova pode ser relevado, frente à busca do esclarecimento da verdade dos fatos; a esse respeito, Rui Portanova²² escreve que "na Inglaterra, a busca da verdade real faz com que toda a prova seja válida desde que relevante e, na França, em princípio, não existe proibição de provas ilícitas".

Em relação à moral, Nelson Godoy Bassil Dower²³ que "...o conceito de imoralidade é muito variável de época para época"; e, complementa: "...a jurisprudência sempre se pronunciará a respeito, indicando os casos considerados morais ou imorais, dando orientação adequada nesse sentido".

¹⁷"Ya el Código Colombiano, de Procedimiento Civil, de 1970 (...) luego de enumerar estas clases de medios probatorios, agrega que también el Juez puede utilizar cualesquiera otros que considere convenientes, para la investigación de los hechos, es decir (el agregado es mío) para llegar en el mayor número de casos a la sentencia justa..."

¹⁸Ibid., p.260

¹⁹Provas ilícitas. Repertório IOB de Jurisprudência, número 14/98, caderno 03, p. 296

²⁰Ibid., p.22

²¹Introdução ao estudo da prova. Revista Forense. Vol.247, p. 27

²²Ibid., p.203

²³Ibid., p.157

Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci²⁴ entendem que "...no prisma ético, deve ter-se em vista o valor moral dos meios de prova, de sorte a distinguir-se entre os que não ofendem e os que lesam o pudor geral; e, continuam, citando Hélio Tornaghi²⁵, que "...nada fácil é apontar *a priori*, um padrão de moralidade que o juiz deva seguir. Parece, entretanto, que serve como pedra de toque, a possibilidade de escandalizar, de causar repulsa, indignação".

Por sua vez, Luiz Rodrigues Wambier²⁶ escreve que "meios moralmente legítimos" são aqueles "que não repugnam ao senso ético"; de outra banda, João Batista Lopes²⁷ alega que "...o próprio conceito de moral é variável no tempo e no espaço".

Podemos afirmar, portanto, que o conceito de moralidade pretendido, e que deve servir de base às interpretações, é o que diz respeito aos dias atuais, e não à reminiscência a respeito da moralidade nos tempos passados, ou uma previsão vaga e hipotética de um conceito no futuro.

Mas, mesmo fazendo uso apenas do critério temporal, ainda assim o conceito de moralidade será variável, tendo em vista outros elementos, como os fatores culturais, etários, regionais, etc.

Após estas considerações iniciais, e feita a distinção entre as espécies de provas analisadas, adentraremos, especificadamente, a temática das provas ilícitas, e, suas conseqüências no processo, por serem elas o objeto de estudo deste capítulo.

4. DOS MEIOS ILÍCITOS DE PROVA E OS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

Analisaremos, agora, alguns meios de provas considerados ilícitos, mencionados na doutrina e jurisprudência, além da visão constitucional sobre o tema, para depois passarmos ao estudo relativo à sua aceitação ou não no processo.

Estes meios ilícitos de obtenção de provas podem ser o resultado do avanço tecnológico, notadamente o eletrônico e digital, que atualmente atinge toda a humanidade, ou, em função de artifícios não tão convencionais ou modernos, mas, objetivando conseguir a comprovação dos fatos ou circunstâncias alegados.

A doutrina e a jurisprudência mencionam diversos meios considerados ilícitos, sendo que alguns deles serão identificados neste estudo; contudo, o mais comumente deles são as gravações telefônicas clandestinas, que ocorrem, quase sempre, através de escutas realizadas por detetives particulares em empresas, praticando a conhecida espionagem industrial ou comercial, ou em residências, a fim de se comprovar ou não suspeitas de infidelidade conjugal.

Atualmente, a evolução nos meios de comunicação tem proporcionado à humanidade inúmeros benefícios como conforto, entretenimento, cultura, entre ou-

²⁴Constituição de 1988 e processo. 1989. Saraiva, p. 70

²⁵Referente ao Curso de Processo Penal, 1987, Saraiva, v. 1

²⁶Ibid., p. 482

²⁷Ibid., p. 87

tras vantagens; mas, acompanhando estes avanços, surgem alguns problemas, ou seja, o lado negativo da tecnologia, como, por exemplo, a facilidade de se invadir a intimidade alheia.

Ovídio A. Baptista da Silva²⁸ diz que "este problema cresce de importância, tornando-se mesmo decisivo, frente à possibilidade, sempre crescente, do emprego de toda sorte de tecnologias eletrônicas capazes de serem empregadas para a obtenção de provas, sem o conhecimento ou a permissão daquele contra quem a prova, obtida clandestinamente, será depois produzida..."²⁹

Logicamente, que estudarmos profundamente o direito à privacidade e intimidade não é um dos objetivos desta dissertação, mas teceremos comentários a respeito de uma das facetas deste intrincado tema, ou seja, a utilização de meios eletrônicos para invadir a privacidade alheia, procedendo, em especial, a violação às conversas telefônicas, sejam elas realizadas em telefones convencionais ou celulares.³⁰

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, assegura a "inviolabilidade à intimidade, à vida privada, e, ainda, à honra e à imagem das pessoas". Ao comentarem esse inciso, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior³¹ escrevem que "...a vida social do indivíduo divide-se em duas esferas: a pública e a privada. Por privacidade, de conseguinte, deve-se entender os níveis de relacionamento social que o indivíduo habitualmente mantém oculto ao público em geral..."

Por sua vez, Celso Bastos e Ives Gandra Martins³² escrevem que o direito à reserva da intimidade e da vida privada "consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso às informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano".

Portanto, o direito de ter a vida privada isenta de qualquer acesso por parte de terceiros, é garantia em nível constitucional, sendo, pois, direito fundamental do indivíduo, de deter a exclusividade no conhecimento de seus interesses personalíssimos.

²⁸Ibid., p. 356

²⁹O autor menciona, ainda, meios brutais para a obtenção de provas, como a tortura física, mental e a administração de drogas; César Antônio da Silva (Ibid., p.21), escreve que a ilicitude da prova está no meio pelo qual ela é obtida, citando o exemplo de uma confissão obtida através de tortura. José Roberto dos Santos Bedaque, em artigo publicado na obra "Garantias Constitucionais do Processo Civil" (RT, p. 186), escreve que "...provas obtidas mediante tortura ou utilização de drogas devem ser rejeitadas, visto que inidôneas quanto ao resultado". Para Echandia (Ibid., p. 85) a tortura é uma verdadeira monstruosidade, mencionando também, várias espécies de coação (física, psíquica e moral), que servem para alterar a vontade da pessoa, abalando a sua própria confiabilidade.

³⁰Luiz Francisco Torquato Avolio (Ibid., p. 170), cita o caso de vazamento de códigos de telefones celulares, e que foram utilizados para interceptar conversas, segundo também publicado no Jornal "O Estado de São Paulo", em novembro de 1995.

³¹Ibid., p.82

³²Ibid., p.63

A Constituição Federal, em seu artigo 5^o, inciso XII, também assegura o direito à inviolabilidade das correspondências e comunicações telegráficas, de dados e telefônicas³³; a esse respeito, lecionam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior³⁴ que "...[a norma] proíbe, por exemplo, a escuta clandestina de uma ligação telefônica ou a violação de uma carta".³⁵

Desta forma, os direitos à intimidade, e, a inviolabilidade das comunicações, fazem parte de um conjunto de dispositivos, que visam a dar garantias ao indivíduo, de que terceiros não terão acesso ao teor de seus assuntos particulares e a maneira como eles (assuntos) ocorrem.

Nos Estados Unidos³⁶, eventual desrespeito à Constituição, no tocante à produção de provas, pode levar à anulação de todo o processo, pois a preocupação em não se ferir a Constituição, é uma constante nos procedimentos probatórios e, conseqüentemente, no decorrer do processo; por sua vez, na Espanha, a maior parte da doutrina posiciona-se contrária à admissibilidade das provas ilegalmente obtidas³⁷.

A esse respeito, Guido Fernando Silva Soares³⁸ escreve que "a verdade produzida através de qualquer abuso, em violação das normas constitucionais, por mais convincente que seja, no que se refere à prova dos fatos, da autoria e da culpabilidade, não só é desconsiderada, como é causa de nulidade de tudo que existe nos autos".

Ovídio A. Baptista da Silva³⁹, ensina que "tanto na Alemanha quanto no direito norte-americano, a rejeição das provas obtidas por meios ilegítimos fundamenta-se diretamente em princípios constitucionais, particularmente nos que visam à tutela da intimidade, ou da livre manifestação e desenvolvimento da personalidade humana".

As provas ilícitas apresentam-se das mais variadas formas, como, por exemplo, através de interceptação telefônica, a gravação de uma conversa⁴⁰, feita através de

³³O inciso estabelece uma exceção à regra, no caso de comunicação telefônica, "por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal"; referida lei, que contém doze artigos, promulgada em 24 de julho de 1996 (Lei n.º 9.296/96), regulamentou a utilização das interceptações telefônicas no âmbito do direito penal, ficando o direito processual civil, ainda sem regulamentação legal nesse sentido, apesar de ser utilizada como parâmetro em determinados casos, conforme veremos adiante (item 3.3.4).

³⁴Ibid., p. 88

³⁵Sônia Rabello Doxsey (Resguardo a intimidade, prova do adultério e a nova Constituição Federal, Revista de Processo, vol. 57, p. 102), escreve que "os doutrinadores franceses repudiam a utilização da carta obtida mediante fraude ou de qualquer forma ilícita"; Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (Ibid., p. 88) escrevem que "a carta pertence ao remetente, sendo que esta propriedade estende-se até o momento em que chegar às mãos do destinatário. Aquele que a detiver, licitamente, pode utilizá-la como prova judicial. Porém, sua publicação depende da vontade de ambos os envolvidos: remetente e destinatário".

³⁶Rui Portanova (Ibid., p. 203) menciona o uso das chamadas provas científicas, em especial nos sistemas de common law, em países como os Estados Unidos, que utilizam a hipnose, narcoanálise e o detector de mentiras. Luiz Francisco Torquato Avolio cita alguns casos baseados em decisões do direito americano (Ibid., p. 53)

³⁷Conforme menciona Luiz Francisco Torquato Avolio (Ibid., p. 57)

³⁸Common Law - Introdução ao direito dos EUA. 1999. RT, p. 137

³⁹Ibid., p. 357

⁴⁰A respeito do assunto, ler artigo escrito por Régis Fernandes de Oliveira, intitulado "A prova colhida em fita magnética" (RT 643/25).

aparelhos cada dia mais sofisticados e imperceptíveis, ou a prova produzida através de documento furtado⁴¹, a devassa a uma agenda ou diário pessoal⁴², o suborno de uma testemunha⁴³, o acesso a informações armazenadas na memória de um computador, entre outras maneiras.

Em relação às gravações clandestinas, feitas em fitas cassete⁴⁴, sejam elas originárias de uma ligação telefônica, através do chamado grampo telefônico, ou de uma conversa feita pessoalmente, são elas consideradas incluídas no artigo 383 do Código de Processo Civil, pois este estabelece que "qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade".

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery⁴⁵ apontam um defeito na redação deste artigo, pois entendem que "a lei fala que qualquer reprodução mecânica é meio de prova. Não é bem assim. É meio de prova, desde que tenha sido obtida por meios lícitos".

Neste caso, não se cogita da eventual ilicitude da prova, mas apenas da sua ampla aceitação, isto é, a possibilidade de ser considerado como meio de prova, qualquer outra espécie de gravação ou registro, seja sonoro ou visual.

A esse respeito, Carnelutti⁴⁶ escreve que tanto os meios, quanto os objetos representados de maneira documental são vários, que não é possível propor uma enumeração dos mesmos.⁴⁷

Elas surgem em oposição aos direitos envolvendo a vida privada e a intimidade, sendo importante discorrermos acerca da sua aceitação no processo, tema que estudaremos a seguir.

5. DA ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

As provas ilícitas serão analisadas sob o aspecto de sua aceitação ou não no processo, juntamente com posições doutrinárias e jurisprudenciais referentes ao assunto.

⁴¹Conforme Ovídio A. Baptista da Silva (Ibid., p. 357), citando Mauro Capelleti; Echandia (Ibid., p. 85) e Vicente Greco Filho (Direito Processual Civil Brasileiro, 1997, 12^o ed. Saraiva, vol. 2, p. 184) também mencionam o furto de documento para ser levado ao processo.

⁴²Mencionado também por Nelson Nery Júnior (Ibid., p. 149), relatando casos da jurisprudência e doutrina alemãs.

⁴³Conforme mencionado por Echandia (Ibid., p. 86), e Vicente Greco Filho (Ibid.).

⁴⁴E em um futuro não muito distante gravações feitas em CD.

⁴⁵Código de Processo Civil Comentado, 1999. RT, p. 865

⁴⁶Ibid., p. 188

⁴⁷"Los medios, como los temas (objetos) de la representación documental, son asimismo tan varios (...) que no es posible intentar una enumeración de los mismos..."

Nelson Nery Júnior⁴⁸ escreve a respeito das posições antagônicas sobre o tema, ou seja, a total inadmissibilidade de utilização, no processo, da prova produzida ilicitamente⁴⁹ e, por outro lado, a sua admissibilidade sem quaisquer restrições⁵⁰; entre estas duas posições, existe uma intermediária, baseada na teoria da proporcionalidade, também denominada "lei da ponderação", e que tem sido a mais aceita nos tribunais pátrios, e que será, igualmente, estudada neste capítulo.

Os defensores da livre utilização das provas ilícitas, segundo menciona Ovídio Baptista⁵¹, entendem que "... a solução contra a ilicitude praticada pela parte não deve ser a proibição de que ela faça uso da prova assim obtida, mas sua sujeição ao correspondente processo criminal para punição pela prática do ilícito cometido na obtenção da prova."⁵²

Luiz Rodrigues Wambier⁵³ menciona as três correntes existentes: a primeira, denominada obstativa que "...considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito, em qualquer hipótese⁵⁴..."; a segunda, denominada permissiva, que "...aceita a prova assim obtida, por entender que o ilícito se refere ao meio de obtenção da prova, não a seu conteúdo; e, por fim, a corrente intermediária que "...admite a prova ilícita, dependendo dos valores jurídicos e morais em jogo. Aplica-se o princípio da proporcionalidade."

Vicente Greco Filho⁵⁵ escreve que "a tendência moderna, contudo, é no sentido de não se admitir a prova cuja obtenção tenha violado princípio ou norma de direito material, especialmente se a norma violada está inserida como garantia constitucional..."; e, continua, dizendo que "se a parte, por meios lícitos⁵⁶, não pode obter a prova que precisa, perde a demanda, e esse mal é menor do que implicitamente autorizá-la à violação da lei para colher o meio de prova".⁵⁷

⁴⁸Ibid., págs. 146/147

⁴⁹Citando, neste caso, Ada Pellegrini Grinover e José Celso de Mello Filho, além de acórdãos do Supremo Tribunal Federal (RTJ 84/609, RTJ 110/798, RT 603/178).

⁵⁰Menciona, nesse sentido, Walter Zeiss que, analisando vários casos concretos, oriundos da jurisprudência alemã, conclui, sem restrições, pela validade e eficácia da prova obtida ilicitamente.

⁵¹Mencionando (Ibid., p. 358) a obra de Hermenegildo de Souza Rego, intitulada "Natureza das normas sobre prova".

⁵²Neste caso, a prova obtida ilicitamente poderia ser usada, mas a parte deverá responder, na esfera penal, a respeito de eventual crime praticado para a obtenção da prova, como por exemplo, violação de domicílio, previsto no artigo 150 do Código Penal.

⁵³Ibid., p. 482

⁵⁴Nesse sentido, acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná, mencionado por Aclibes Burgarelli (Ibid., p.89), publicado em 24.09.91, decidiu que: "Agravado de instrumento-Prova-Reprodução fonográfica clandestina-Impossibilidade, se a gravação magnética de conversa telefônica foi obtida clandestinamente, não poderá ser admitida como prova no processo judicial, dado que sua obtenção se deu ilicitamente, não se constituindo em meio legal e moralmente legítimo de prova. Aplicação do art. 5º, incisos X e XII da Constituição Federal e art. 332 do Código de Processo Civil".

⁵⁵Ibid., p. 184

⁵⁶O inciso II, do artigo 2º da Lei n.º 9.296/96, estabelece que não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; a respeito deste inciso falaremos adiante.

⁵⁷Menciona os estudos realizados por Ada Pellegrini Grinover (obra citada).

A esse respeito, Ovídio Baptista⁵⁸, citando Echandia⁵⁹, ensina que "o processo civil não é um campo de batalha no qual fosse permitido a cada contendor o emprego de todos os meios úteis e capazes de conduzir ao triunfo sobre o inimigo", e menciona, ainda, o "falso e universalmente recusado princípio de que o fim justifica todos os meios."⁶⁰

Podemos extrair destes ensinamentos, que existe uma preocupação com a obtenção ilícita de provas, em especial, as que atentem contra os princípios constitucionais⁶¹, conforme anteriormente analisado.

Mas, o que deve ficar entendido, de forma clara, é que as provas obtidas mediante meios violentos e coativos, como os meios mencionados no decorrer deste capítulo, não podem ser aceitas, em nenhuma hipótese, sob nenhum pretexto ou finalidade.

A posição doutrinária intermediária, colocada entre a livre aceitação e a negação total da admissibilidade das provas ilícitas, está calcada na teoria da proporcionalidade, que é mencionada por inúmeros autores⁶² como a melhor solução⁶³ para a questão das provas ilícitas.

Importante acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu decisão a esse respeito, que teve a seguinte ementa: "Prova-Gravação magnética-possibilidade da sua produção, pois pode ser útil e apta para a elucidação de fatos controvertidos-Juiz que deve ponderar, no entanto, os limites da abrangência probatória, caso se esclareça a ilicitude na sua obtenção"⁶⁴.

Por sua vez, João Batista Lopes⁶⁵ menciona acórdão, também do Tribunal de Justiça de São Paulo, onde ficou decidido que "...conversa regular entre duas pessoas que se aceitam como comunicador e receptor, em livre expressão de pensamento, admite gravação por uma das partes...".

Nesse sentido, Nelson Nery Júnior⁶⁶ leciona que "a conversa telefônica gravada por um dos protagonistas sem o conhecimento do outro é válida pois não foi ob-

⁵⁸Ibid., p. 356

⁵⁹Echandia entende ser necessário ampliar o conceito de prova ilícita, a fim de proteger a moral, a lealdade e a imparcialidade da administração da justiça (Ibid., p. 93).

⁶⁰Princípio mencionado também por Rui Portanova (Ibid., p. 202) e, que não pode ser admitido no direito.

⁶¹Osório Silva Barbosa Sobrinho (Constituição Federal vista pelo STF, 1999, Juarez de Oliveira) menciona inúmeros acórdãos referentes aos incisos XII e XVI, artigo 5º, da Constituição Federal, relativos a processos penais, mas, favoráveis a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, em sua maioria, gravações telefônicas. Acilbes Burgarelli (Ibid., p.86), menciona acórdão do 2º Tribunal de Alçada Civil, de 03 de abril de 1990, que concluiu que gravação magnética, feita clandestinamente, de ligação telefônica, é inadmissível no processo, por ferir os artigos 5º, XII e XVI, e 14, II, da Constituição Federal (RT 125/387).

⁶²Nelson Nery Júnior, Luiz Guilherme Marinoni e Luiz Francisco Toquato Avolio, em suas obras, escrevem a respeito de tão importante teoria, inspirada no direito Alemão.

⁶³Rui Portanova (Ibid., p. 204), entende que "a peculiaridade de cada caso dirá quando se está diante de prova ilícita e qual o limite de admissibilidade de seus efeitos".

⁶⁴AgIn 114.452-4/3- 6º Câm.-j.27.05.1999-rel.Des. Munhoz Soares, in RT 767/242

⁶⁵Ibid., p. 87

⁶⁶Ibid., p. 151

tida ilicitamente⁶⁷"; baseando suas afirmações em diversos acórdãos⁶⁸, inclusive, em acórdão do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, de 20 de maio de 1987, cujo relator foi o então Desembargador João Batista Lopes⁶⁹.

A esse respeito, Aclibes Burgarelli⁷⁰ faz interessante estudo ao ensinar que "a prova adremente preparada, na modalidade mais conhecida da denominada "escuta telefônica", é considerada ilícita porque retira das partes regulares do ato de comunicação, o direito ao sigilo pessoal e, assim sendo, constitui verdadeiro meio ilegal de obtenção de prova."; e continua afirmando que "...a prova gravada, quer com aviso dado à parte adversa, a respeito da gravação, quer sem o aviso, mas de acordo com a seqüência lógica da conversação, é forma considerada lícita...".⁷¹

Assim, concluímos que, nestes casos a interpretação dada pelos Tribunais, culminou por estabelecer parâmetros à gravação de conversa telefônica, admitindo a sua licitude e a conseqüente utilização no processo, caso tenha sido gravada, mesmo sem prévio aviso, por um dos protagonistas da conversa, principalmente porque este abriu mão da sua parcela no direito ao sigilo das comunicações telefônicas, que, conforme estudamos, é amparado constitucionalmente.

6. A LEI DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E O PROCESSO CIVIL

A Lei de Interceptações⁷² telefônicas regulamentou a parte final do inciso XII, do artigo 5º da Constituição Federal, trazendo dispositivos que merecem ser estudados, que podem relacionar-se com situações do processo civil.

O artigo 1º⁷³, estabelece que a interceptação telefônica deverá ser para prova em investigação criminal, ou seja, na fase do inquérito policial, e em instrução processual penal.

A questão que se discute é a seguinte: interceptação obtida mediante permissão legal, a fim de ser utilizada em processo ou investigação criminal, poderia ser uti-

⁶⁷Nesse sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo citado por João Batista Lopes (Ibid., p. 87), decidiu que "inexiste fundamento para se classificar de imoral a gravação, quando concedida pela parte, sem interferência de terceiro, nem o emprego de qualquer meio ilícito".

⁶⁸RTJ 122/47, 110/798, 84/609; RT 674/109, 635/208, 603/178

⁶⁹RT 620/151

⁷⁰Ibid., p. 92. Nelson Nery Jr., comentando a Lei de interceptações telefônicas (CPC Comentado, p. 2220), conceitua a interceptação telefônica como sendo a "captação de conversa telefônica, sem o conhecimento nem o consentimento dos partícipes" e a escuta telefônica como "a captação de conversa telefônica feita por terceiro, mas com o conhecimento e consentimento dos partícipes da conversa".

⁷¹O autor menciona alguns acórdãos nesse sentido, um do Tribunal de Alçada de Minas Gerais julgado em 1º de dezembro de 1994, e outro, do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, julgado em 03 de junho de 1997 (Ibid., págs. 93/94).

⁷²Etimologicamente, a palavra "interceptação" significa "deter na passagem", segundo citado por Luiz Francisco Torquato Avolio (Ibid., p. 176).

⁷³Art. 1º. A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça."

lizada, como prova emprestada, em outro processo, seja ele civil, trabalhista ou administrativo?

Imaginemos, por exemplo, que em uma interceptação devidamente autorizada pelo juiz, a fim de se elucidar um seqüestro, acaba por comprovar que determinada pessoa está cometendo infidelidade conjugal, ou admite ter causado um determinado dano a terceiro. Esta prova, direta e originalmente obtida no âmbito do processo penal, mas, indiretamente, relativas ao processo civil, poderão ser aproveitadas no processo correlato?

Analisando a norma constitucional de onde emanou mencionada lei, ou seja, o inciso XII⁷⁴, do artigo 5^o, da Constituição Federal, concluímos que a autorização para violar o sigilo das comunicações telefônicas foi prevista apenas nos casos de investigação criminal e instrução processual penal.

Mas a questão que é colocada para análise diz respeito à utilização como prova emprestada⁷⁵, ou seja, de maneira indireta, o que não é a situação estabelecida pela Constituição e prevista na mencionada lei.

A fim de esclarecer melhor a questão, Moacyr Amaral Santos⁷⁶ escreve que "trata-se de processos, o criminal e o civil, que, subjetivamente não divergem quanto aos seus fins: ramos da mesma árvore, visam à atuação do direito, ambos tendo em vista o interesse público"; e, conclui mencionando que "...em regra, a prova produzida no processo crime e transplantada para o civil, não perde o seu valor originário, podendo exercer a maior influência na formação da convicção do juiz".

Mas, voltamos a indagar a respeito da possibilidade ou não de se utilizar, em outros processos, o resultado da interceptação telefônica, obtida legalmente no âmbito penal. O pergunta que se faz é a seguinte: tal prova, pode ou não ser aplicada em outro processo, a título de prova emprestada⁷⁷?

A respeito do assunto, Luiz Flávio Gomes⁷⁸ entende não ser possível a utilização, como prova emprestada no processo civil, de uma prova colhida nestas circunstâncias, pois "o legislador constitucional ao delimitar a finalidade da interceptação telefônica (criminal), já estava ponderando valores, sopesando interesses. Nisso reside também o princípio da proporcionalidade. Segundo a imagem do legislador, justifica-se sacrificar o direito à intimidade para uma investigação ou processo criminal, não civil. Isso tem por base os valores envolvidos num e noutro processo."⁷⁹

⁷⁴Este inciso também foi objeto de estudos no capítulo 2.

⁷⁵Moacyr Amaral Santos (Ibid., p. 307) citando Bentham, conceitua prova emprestada como sendo a prova que já foi feita juridicamente, mas em outra causa, da qual se extrai para aplicá-la à causa em questão.

⁷⁶Ibid., págs. 322/324

⁷⁷Ovidio Baptista escreve que "em geral, a doutrina apenas admite a utilização da prova emprestada, outorgando-lhe o mesmo valor original, quando ela seja produzida, perante as mesmas partes, com as mesmas garantias de contraditório, atribuindo-se à prova formada em processo de que apenas uma das partes haja participado o valor de simples presunção".

⁷⁸Finalidade da interceptação telefônica e a questão da "prova emprestada", Rep. IOB Jurisprudência, n.º 4/97, p. 74

⁷⁹O autor comenta ainda que não é qualquer crime que admite a interceptação (apenas nos crimes punidos com

Por outro lado, Nelson Nery Júnior entende que a utilização da prova, neste caso, é permitida em razão do permissivo contido no inciso LVI⁸⁰, do artigo 5º, da Constituição Federal, ao escrever que "produzida no processo penal, a prova obtida mediante interceptação telefônica lícita (autorizada pela CF e pela LIT) pode servir como prova emprestada no processo civil (...). O que a CF, art. 5º LVI veda é a eficácia da prova obtida ilicitamente. Como a prova no processo penal terá sido obtida lícitamente, sua transposição para o processo civil, por intermédio do instituto da prova emprestada, não ofende o dispositivo constitucional que proíbe a prova obtida ilicitamente"⁸¹.

Diante dos dois entendimentos doutrinários analisados, entendemos que a prova resultante de interceptação telefônica, na esfera do direito penal, pode ser utilizada em outros processos⁸² (penais ou civis), a título de prova emprestada⁸³, e como tal deve ser recepcionada e analisada no processo ao qual se destina.

Assim, a atitude do juízo cível, diante da apresentação de uma prova, originariamente produzida no âmbito do direito penal, é a de promover uma completa análise das circunstâncias ou fatos que foram revelados pela interceptação, concluindo pela sua valoração diante de todo o contexto probatório que possui em mãos, o que representará ou não elemento de importância para a prolação da sentença.

Outro dispositivo que será objeto de estudo é o inciso II, do artigo 2º⁸⁴, trata de regra que pode ser aplicada, por analogia, no âmbito do processo civil.

Referido inciso diz respeito à necessidade de se aceitar a prova ilícita somente em último caso, ou seja, apenas em situações extremas⁸⁵, quando o fato a ser provado não puder ser levado aos autos por outros meios (legais), no âmbito do direito penal.

Nesse sentido, Nelson Nery Júnior⁸⁶ escreve que

"a interceptação somente deve ser autorizada se for necessária, pois, se a prova puder ser colhida por outra forma, preserva-se a intimidade (CF 5º, XII) e não se quebra a inviolabilidade. Trata-se, aqui, da aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade."

reclusão), e menciona artigo do Ministro Luiz V. Cernicchiaro, publicado no Jornal Correio Brasiliense, em 09.09.1996, onde ele escreve que "...é uma prova imprestável para qualquer outro inquérito ou processo"; ou seja, não pode ser utilizada nem mesmo em inquérito ou processo diverso do original.

⁸⁰LVI - São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

⁸¹Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, p. 2220.

⁸²Nelson Nery Júnior (Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, p. 156) entende que "a natureza da causa civil é irrelevante para a admissão da prova".

⁸³A prova emprestada, assim como as demais espécies de provas, não vinculam o juiz, que pelo critério da persuasão racional, pode atribuir às mesmas o valor que bem entender, devendo fundamentar suas conclusões.

⁸⁴Art. 2º. Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis".

⁸⁵Luiz Flávio Gomes, escrevendo a respeito do assunto, entende que "a interceptação é medida excepcional, pois a regra é o sigilo das comunicações(...) não pode ser vulgarizada nem disseminada."

⁸⁶Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante em vigor, p.2221

O princípio da proporcionalidade e a utilização da prova ilícita como único meio no processo é abordado por José Roberto dos Santos Bedaque^{8*} que entende que "...o juiz, ponderando a respeito dos valores envolvidos no processo e verificando ser a aceitação da prova ilícita o único meio para formação de seu convencimento, poderá mantê-la nos autos ou determinar sua produção."

Assim, a lei, apoiada no princípio da proporcionalidade, estabeleceu importante requisito, ou seja, a utilização da interceptação apenas quando for o único meio de prova possível, para que seja autorizada a interceptação telefônica na esfera penal.

Observadas as devidas proporções, esse parâmetro pode ser utilizado no âmbito do processo civil, pois não é possível aceitar uma prova produzida de maneira a violar princípios constitucionais, mas que poderia ter sido evitada, realizando a prova dos fatos alegados por outros meios disponíveis, menos gravosos.

7. CONCLUSÕES

A questão envolvendo as provas ilícitas no processo civil é alvo de inúmeras discussões, tanto no âmbito doutrinário quanto no âmbito jurisprudencial, que geram entendimentos diversos, os quais procuramos trazer a estudo neste capítulo.

Mas, a melhor posição a ser adotada acerca do assunto não são as mais extremas e radicais, mas sim, a posição intermediária que não afasta as provas ilícitas do processo mas as admite somente em certos casos, sopesando os valores envolvidos, as dificuldades na obtenção da prova, sem se esquecer, contudo, do respeito à dignidade das pessoas, conforme estabelecido na Constituição Federal, segundo os mais basilares princípios do direito.

*Garantias Constitucionais do Processo

8. BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Nunes Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*. Rio de Janeiro: RT, 2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantias constitucionais do processo civil*. Rio de Janeiro: RT, 1999.
- BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. Oliveira Mendes, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Depalma. 1982.
- DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Curso básico de Direito Processual Civil*. Nelpa, 1999.
- ECHANDIA, Hernando Devis. *Pruebas ilícitas*. Revista de Processo, volume 32.
- FILHO, Francisco das Chagas Lima. *Provas ilícitas*. Repertório IOB de Jurisprudência, n.º 14/1998.
- FILHO, Vicente Grecco. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- GOMES, Luiz Flávio. *Finalidade da interceptação telefônica e a questão da prova emprestada*. Repertório IOB de Jurisprudência, n.º 4/1997.
- JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. Rio de Janeiro: RT, 1999.
- _____. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. RT, 1997.
- LENZ, Luís Alberto Thompson Flores. *Os meios moralmente legítimos de prova*. Revista dos Tribunais, volume 621.
- LIMA, Alcides Mendonça. *A eficácia do meio de prova ilícito no Código de Processo Civil Brasileiro*. Revista Forense, volume 297.
- LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. Rio de Janeiro: RT, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MELENDO, Santiago Sentis. *Natureza da prova*. Revista Forense, volume 246.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Livraria do Advogado, 1999.
- SILVA, Cesar Antonio da. *Ônus e qualidade da prova*. AIDE, 1991.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. Rio de Janeiro: RT, 2000.
- SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. *Introdução ao estudo da prova*. Revista Forense, volume 247.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law*. RT, 1999.
- TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz. *Constituição de 1988 e processo*. Saraiva, 1989.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; et al. *Curso avançado de processo civil*. Rio de Janeiro: RT, 2000.