

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO  
DIREITO DE FAMÍLIA**

Denaíne de Assis Fontolan

Presidente Prudente/SP  
2005

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO  
DIREITO DE FAMÍLIA**

Denaíne de Assis Fontolan

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Sérgio Augusto Frederico.

Presidente Prudente/SP  
2005

# **ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO DE FAMÍLIA**

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

Sérgio Augusto Frederico  
Orientador

Gilberto Notário Ligerio  
Examinador

Fabiana Junqueira Tamaoki  
Examinadora

Presidente Prudente, 30 de novembro de 2005.

Procure descobrir o seu caminho na vida.  
Ninguém é responsável por nosso destino, a não ser  
nós mesmos.  
Nós é que temos que descobrir a estrada e segui-la  
com os próprios pés.  
Desperte para a vida, para a verdadeira vida.  
E, se deseja a felicidade, lembre-se: você é o único  
responsável por seu destino.  
Supere as dificuldades, vença os obstáculos e construa  
sua vida.

C. Torres Pastorino.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, o maior responsável por essa realização.

Aos meus pais, por tudo o que fizeram por mim, possibilitando que eu chegasse até aqui.

Ao meu orientador, Dr. Sérgio Augusto Frederico, pelo incentivo e pelo conhecimento transmitido, com sabedoria e paciência.

A minha banca examinadora que atendeu prontamente ao meu convite.

## RESUMO

O presente trabalho busca focar um problema bastante discutido pela doutrina e jurisprudência, quanto à admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos especialmente no direito de família, em que questões de relevantes interesses estão em jogo.

A partir da Constituição de 1988, o tema das provas ilícitas assumiu nova dimensão no sistema jurídico brasileiro. O que antes eram apenas construções doutrinárias e jurisprudenciais, passou a integrar o processo constitucional em regra expressa inserida na Lei Maior.

O presente tema causa muita divergência, pois, apesar de a proibição da prova ilícita ser norma constitucional, deve-se lembrar que nenhuma garantia constitucional é absoluta, tendo em vista o princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas.

Assim, o melhor entendimento é que a proibição do uso das provas ilícitas não deve ser interpretada literalmente, tendo como solução, a aplicação do princípio da proporcionalidade, ou seja, em casos excepcionais, não existindo outra forma de demonstrar os fatos, deve a prova ilícita ser admitida em favor da busca da verdade e da justa decisão do processo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prova ilícita. Princípio da proporcionalidade. Admissibilidade da prova. Inadmissibilidade da prova. Princípio da proibição da prova ilícita.

## ABSTRACT

The present work searches to focus a well discussed problem by the doctrine and jurisprudence, about the admissibility of obtained proves by illicit specially in family's right in wich question of relevant interests come into play.

Starting from the Constitution of 1988, the theme illicit proves assumed a new dimension in the brasilian system. What before were just constructions doctrinals and jurisprudences, passed to integrate the constitutional process in express rule inserted in the Biggest Law.

The present theme causes a lot of divergence, because despite the prohibition of the illicit proof be constitutional rule we must remember that no constitutional guarantee is absolute, having in sight the relativity principle or the convenience of the public liberties.

This way, the best understanding is that the prohibition of the use of the illicit proves mustn't be literally interpreted, having as a solution, the application of the proportionality principle, that is, in exceptional case, not existing another way to demonstrate the facts must the illicit proof be admitted for the search of truth and the fair decision of the process.

**KEYWORDS:** Illicit proves. Principle of the proportionality. Admissibility of the illicit proves. Inadmissibility of the illicit proves. Principle of the prohibition of the illicit proves.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	08
<b>1) PROVAS</b> .....	10
1.1) Evolução da prova .....	10
1.2) Conceito de prova .....	11
1.3) Direito constitucional à prova .....	13
1.4) A importância da prova .....	18
1.5) A busca da verdade no processo civil .....	22
<b>2) PROVAS ILÍCITAS</b> .....	27
2.1) Conceito histórico das provas ilícitas: .....	27
2.2) Conceito de prova ilícita .....	28
2.3) As provas ilícitas e a sua vedação na Constituição Federal de 1988 .....	31
2.4) Direito à intimidade .....	33
2.5) Divergências doutrinárias .....	39
2.5.1) Admissibilidade das provas ilícitas .....	40
2.5.2) Inadmissibilidade das provas ilícitas .....	42
2.5.3) Conceito do princípio da proporcionalidade .....	46
2.5.4) Aplicação do princípio da proporcionalidade na avaliação das provas ilícitas .....	47
2.6) Provas ilícitas por derivação .....	50
2.7) Da prova emprestada .....	53
<b>3) AS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO DE FAMÍLIA</b> .....	55
3.1) Considerações gerais .....	55
3.2) A utilização das provas ilícitas no direito de família e suas divergências .....	55
3.3) Distinção terminológica entre interceptação telefônica, gravação clandestina e escuta telefônica. ....	61
3.3.1) Análise crítica da lei de interceptação telefônica e a sua relação com o processo civil .....	62
3.3.2) Interceptação telefônica .....	65
3.3.3) Gravação clandestina .....	68
3.4) Filmagens e fotografias .....	71
3.5) Interceptação de carta. ....	73
3.6) O e-mail como meio de prova .....	75
<b>4) CONCLUSÃO</b> .....	80
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	82



## INTRODUÇÃO

O estudo desenvolvido neste trabalho trata de um tema que vem agitando os operadores do direito em todos os cantos: o uso das provas obtidas por meios ilícitos para formar a convicção do julgador. Não se trata de matéria pacífica, pois o campo de discussão é vasto, e as opiniões quase sempre são divergentes, inclusive na jurisprudência.

Apesar da abordagem genérica feita nos primeiros capítulos, o estudo é dirigido para a área cível, especificamente para o direito de família, no qual a tendência ao uso de provas ilícitas é mais freqüente.

Após a entrada em vigor da Constituição Federal, muito se tem discutido, em sede doutrinária e jurisprudencial sobre a utilização das provas ilícitas no processo.

A Magna Carta foi bastante rígida ao adotar de forma absoluta a inadmissibilidade da prova ilícita, contudo, a matéria não se esgotou com essa proibição.

Se de um lado há a vedação pela Constituição, de outro não há como ignorar as informações trazidas pelas partes através dessas provas, principalmente quando o indivíduo não detém outros meios morais e legais para provar os fatos.

E é exatamente desse problema que trata o tema central da presente monografia, buscando, como solução, a utilização do princípio da proporcionalidade a fim de amenizar os extremos da corrente da admissibilidade e da inadmissibilidade da prova ilicitamente obtida, uma vez que se admite que há a possibilidade, em algumas situações, de se privilegiar alguns interesses em detrimento de outros, tendo em vista a sua importância para a sociedade e para o indivíduo.

Ademais, o problema das provas ilícitas torna-se, por conseguinte, mais delicado quando se refere ao ramo do direito de família, em que repousam as relações familiares, a individualidade de cada membro, sua dignidade e intimidade.

Apresentam-se ainda, algumas questões que permanecem latentes e discutíveis no processo civil de prova emprestada do processo penal, que tenha sido obtida através de interceptação telefônica autorizada, e sobre a questão da prova ilícita por derivação, conhecida como “fruto da árvore envenenada”.

Assim, feitas estas considerações iniciais, mostra-se evidente a complexidade do tema, objeto deste trabalho. É um tema relativamente novo, que ganhou destaque com a necessidade cada vez maior de o indivíduo resguardar sua intimidade, principalmente frente ao desenvolvimento dos meios de comunicação. Por isto a importância do princípio da proibição da prova ilícita, que, no entanto, muitas vezes tem que se relacionar com outros princípios e direitos fundamentais de importância igual ou superior, em que caberá ao magistrado, diante do caso concreto, decidir ou pela aplicação pura e simples da proibição da prova ilícita, ou pela admissibilidade da mesma, ou pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

Para a realização do presente trabalho foram empregados os métodos dedutivos e dialéticos, sendo que a pesquisa consistiu no estudo da legislação ordinária e constitucional, doutrinária e jurisprudencial.

## 1) PROVAS

### 1.1)Evolução da prova

Na era dos povos primitivos a lei era a própria religião, e esta detinha um poder imperativo nas decisões dos litígios. O crime era confundido com o pecado, e entendiam que a pena seria uma resposta divina ao pecador.

Desde a Idade Média fazia-se uso das provas, contudo, estas eram aplicadas de forma irracional, sem qualquer critério técnico. Utilizavam-se métodos desumanos como meios de buscar a verdade, e invocavam a Divindade para a solução dos problemas.

Como dizia Salvioli apud Moacyr Amaral dos Santos (1952, p.24): “Se o homem é impotente para descobrir a verdade por meio do raciocínio, não podem faltar outros meios que a imponham de maneira que transcenda à própria razão (...)”.

Assim, originariamente, os métodos probatórios utilizados foram as *Ordálias* ou *Juízes de Deus* e, ao lado desses, funcionavam também o *juramento* e os *duelos*. Esses meios probatórios marcavam um período da evolução humana visto como religioso ou das provas divinas.

As ordálias, que tiveram influência do Direito Germânico, eram provas de caráter eminentemente religioso. Acreditava-se que Deus protegeria o réu caso o mesmo fosse inocente; assim, ele era submetido às provas absolutamente cruéis, mas nada lhe aconteceria se fosse inocente. Apenas para exemplificar, podem ser citadas como provas ordálicas: a prova pelo fogo, a prova pela água fervendo, a prova pela água fria, a prova da cruz e diversas outras.

Tais provas eram realizadas na presença de um magistrado, contudo este não detinha grandes poderes. Era apenas um mero assistente das provas, cabendo-lhe apenas resolver o litígio de acordo com o resultado delas.

O outro meio de prova, o juramento, também de caráter religioso, era a invocação da divindade como testemunha da verdade do fato que se estava alegando. E, caso fosse mentira, seria o sujeito castigado pela força divina.

Por fim, os duelos ou combates judiciários que consistiam na luta entre duas pessoas, cujo vencedor seria o que tinha razão, pois acreditavam que Deus não deixaria vencer o litigante que não estivesse certo.

Contudo, no início do século XIV, as provas ordálicas foram abolidas, sendo elas substituídas pelas provas testemunhais.

A prova literal também fez a sua história e começou a ser utilizada logo que a escrita foi criada, mas era pouco utilizada, porque, como ensina Amaral dos Santos (1952, p.40): “a arte da escrita prosperou vagarosamente, prerrogativa, que era, de poucos homens privilegiados”.

Assim, em razão de a prova literal estar ainda em um processo de conhecimento pelos povos antigos, houve a sua decadência, prevalecendo a prova testemunhal.

Somente pelo século XV, mais ou menos, é que a prova literal entrou em definitivo no sistema probatório, tornando-se cada vez mais indispensável.

A partir daí, abre-se ao mundo o direito probatório que perdura até os dias atuais, aperfeiçoando-se dia a dia e tornando-se cada vez mais indispensável para a solução dos litígios.

## **1.2) Conceito de prova**

A palavra “prova” provém do latim *probatio*, que significa verificação, exame, inspeção.

Sob o aspecto jurídico, o termo é utilizado como sinônimo de demonstração dos fatos alegados no processo, pois toda pretensão jurídica fundamenta-se em um fato ou fatos.

Então, proposta a ação, ao autor da demanda cabe a narração dos fatos, dos quais se extrairão as conseqüências jurídicas que resultam em pedido de

tutela jurisdicional. Ao réu, também, se dará oportunidade para manifestar-se acerca da pretensão do autor, e as afirmações feitas por ambas as partes podem corresponder ou não à verdade, cabendo, no entanto, ao juiz a apreciação dos fatos para solucionar a questão posta em juízo, o que se dá através das provas.

Assim, para Amaral dos Santos (2000, p.239) que esclarece com clareza a definição de prova, “esta destina-se a levar o juiz ao conhecimento da verdade dos fatos da causa” .

No entendimento de Luiz Francisco Torquato Avolio (1999, p.24) pode-se dizer que “a prova é o elemento integrador da convicção do juiz com os fatos da causa, daí sua relevância no campo processual”.

Entretanto, como ensina João Batista Lopes (1999, p.23), a prova dos fatos controversos não é apenas indispensável para a apuração da verdade, mas também para conferir segurança às decisões judiciais e credibilidade à atividade jurisdicional.

Ainda sobre a necessidade da prova, escreveu “romanticamente” Affonso Fraga apud Nivia Aparecida de Souza Azenha (2004, p.25 e 26):

O céu da verdade, obscurecido assim pelas nuvens sombrias da dúvida, jamais poderá iluminar em todos os seus recantos a zona processual, de modo a permitir ao juiz marchar com passo seguro para chegar a méta de uma solução justa. D'ahi a necessidade absoluta da prova para gerar e firmar a convicção do julgador, quer nas ações pessoais, quer nas raes, e tanto nos júzos privados, como nos públicos.

Assim, diante das definições declinadas, verifica-se que, após o exame dos fatos, o juiz precisa estar convencido da existência ou inexistência dos mesmos, porque a sua sentença deve corresponder à justiça. E para que o magistrado possa formar o seu convencimento e decidir o objeto do processo, faz-se fundamental a colheita das provas que sejam úteis para o processo.

É possível ainda estudar a prova em dois aspectos: objetivo e subjetivo. O primeiro trata da utilização de meios hábeis para demonstrar a ocorrência de um fato; e o segundo consiste na constituição da certeza e do convencimento que se formou no espírito do julgador com relação às provas produzidas no processo.

Têm-se, como objeto de prova, os fatos, e poderá haver necessidade de demonstrá-los, porque o juiz, para decidir, terá de buscar a verdade. Entretanto, com relação às questões de direito, não se exige demonstração, pois presume que o juiz conheça as leis (*iura novit cúria*). Neste sentido, adverte Pontes Miranda (1993) apud Cristiane Ximenes (2003, p.13) “direito não se alega; direito se invoca, e que só se provam fatos. As normas de direito tem o juiz de conhecê-las porque essa é a sua missão”.

Contudo, em consonância com o próprio artigo 332 do Código de Processo Civil, não serão todos os fatos postos na relação jurídica, objeto de prova. Segundo o doutrinador Ovídio A. Baptista da Silva (1998, p.342): “hão de ser objeto de prova apenas os fatos em que se funda a ação ou defesa, o que significa dizer que apenas os fatos relevantes para a decisão da controvérsia devem ser provados”.

Ressalte-se, ainda, o que vem disciplinado no artigo 334, do Código de Processo Civil, sobre os fatos que não dependem de provas para serem tidos como demonstrados. Assim, só serão objetos de prova aqueles fatos indispensáveis para o processo e não os impertinentes e inconseqüentes.

### **1.3) Direito constitucional à prova**

É assegurado expressamente pela Constituição Federal o direito a todas as pessoas de irem a juízo e apontarem violações ou ameaças a seus direitos. Com efeito, diz o artigo 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Entende-se por tal dispositivo que, sendo vedada a justiça por mão própria (autotutela privada), cabe ao Estado a responsabilidade de solucionar os litígios ocorridos em seu seio, conferindo, assim, a possibilidade de o indivíduo mover a máquina judiciária do Estado, retirando-o da situação de inércia.

No momento em que alguém ingressa com uma ação, nasce para ele o direito subjetivo a uma sentença favorável ou não, que equivale à apreciação do litígio pelo Estado. Portanto, muito embora o Poder Judiciário esteja aberto para

todos, evidentemente o mecanismo está direcionado para a satisfação daquele que efetivamente merece a tutela jurisdicional.

Todavia, de nada adiantaria que às partes fosse assegurado o direito de ir a juízo, se, da mesma forma, não houvesse a possibilidade de provar as alegações apresentadas e, assim, firmar o convencimento judicial.

Aos litigantes faz-se necessária a oportunidade de poder demonstrar, por todos os meios probatórios permitidos, os fatos que servem de fundamentos para a sua pretensão. Pelo contrário, o direito de ação previsto expressamente na Constituição Federal, seria mais um direito meramente formal, sem qualquer utilidade social.

O direito à prova, em uma visão constitucional, segundo Eduardo Cambi (2000, p.44) “é um direito público subjetivo, que tem a mesma natureza dos direitos de ação e de defesa assegurados pela Constituição”.

Para José Carlos Barbosa Moreira (1996, p.144):

O direito probatório implica, no plano conceptual, a ampla possibilidade de utilizar quaisquer meios probatórios disponíveis. A regra é a admissibilidade das provas, e as exceções precisam ser cumpridamente justificadas, por alguma razão relevante.

A todos é assegurado o direito de postular judicialmente, entretanto, este ingresso em juízo deve compreender a noção ampla do acesso à ordem jurídica justa. Esse direito ao processo justo engloba as principais garantias processuais como as da ação, da ampla defesa, da igualdade e do contraditório efetivo, do juiz natural etc. Assim, ninguém pode ser privado de sua vida, liberdade ou patrimônio sem que haja a realização de um processo em que estejam presentes todos os requisitos exigidos em lei. Trata-se da garantia do devido processo legal previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º LIV.

No entendimento de Cândido Rangel Dinamarco (2002, p.128), o devido processo legal é:

(...) uma garantia de justiça e consiste no direito ao processo, ou seja, direito ao serviço jurisdicional, corretamente prestado e às oportunidades

que o conjunto de normas processuais-constitucionais oferece para a defesa judicial dos direitos e interesses

Pode-se então afirmar que o *due process of law* é uma garantia processual, que, diante da sua amplitude, consagra as demais garantias de ação, da ampla defesa e do contraditório.

Vale dizer que há, efetivamente, o acesso à ordem jurídica justa quando, no curso do processo, estão presentes o direito de ação e de defesa.

Entretanto, não basta a Constituição Federal garantir o direito de provocar a atividade jurisdicional do Estado, isto é, o direito de ação. É necessário que se garanta também o direito à prova, pois, de nada adiantaria o acesso à justiça se as partes não pudessem provar os fatos alegados para firmar o convencimento do juiz.

Assim, conclui-se que o direito à ação não significa apenas postular em juízo para obter uma decisão judicial, mas também o direito à prova.

Para Cambi (2000, p.112) “o direito à prova é uma manifestação essencial da garantia constitucional da ação e da defesa, porque ‘agir e defender-se provando’ é uma condição necessária para a atuação dessas garantias”.

Logo, entende-se que o direito de ação caminha juntamente com o direito à prova, podendo-se afirmar que, proposta a ação, têm as partes o poder de agir, que se concretiza com a possibilidade de argumentação e utilização dos meios probatórios que possam influir na decisão judicial. Afinal, quanto mais as partes provarem a situação fática submetida a julgamento, mais chance terão de ganhar a causa, e mais fácil ficará para a formação do convencimento do juiz.

Ao autor, cabe o direito de agir; ao réu, o direito de defender-se. Logo, proposta a ação, em respeito ao princípio da isonomia, ambas as partes merecem proteção equivalente, pois só assim é que se conseguirá buscar uma decisão justa.

O direito à defesa assim como o direito de ação devem estar presentes em todos os processos, pois, se o autor tem o direito de querer obter uma sentença favorável, o réu também tem o direito de buscar uma decisão que lhe dê razão. Estamos falando do princípio da ampla defesa, que vem inserido no artigo 5º,



inciso LV da Constituição Federal, juntamente com o princípio do contraditório. Tal princípio consiste na possibilidade de utilização pelas partes de todos os meios e recursos legais previstos para a defesa de seus interesses e direitos postos em juízo.

Desse modo, concede-se, também ao réu, o direito de provar todos os fatos alegados por ele em juízo, e esse direito não se restringe à fase inicial do processo, mas se estende durante todo o seu desenvolvimento.

Por fim, o direito à prova fundamenta-se tanto na garantia constitucional da ação quanto na garantia constitucional da defesa, porque corresponde, do mesmo modo, a ambas as partes. Caso contrário, ofenderia a Constituição Federal que assegura aos acusados o contraditório e a ampla defesa, e não há como falar em defesa ampla sem a possibilidade de prova.

Do mesmo modo, não se pode falar em contraditório sem dar às partes tratamento igualitário para agirem no processo.

Diante da dinâmica processual, o contraditório deve estar presente durante todo os atos do procedimento. Assim, em um processo justo, há o contraditório, quando se garante às partes a paridade de armas, ou seja, concede-se a mesma oportunidade para os litigantes agirem em um processo, dando-lhes isonomia no exercício das faculdades processuais.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior (2002, p.24): “o princípio do contraditório reclama que se dê oportunidade à parte não só de falar sobre as alegações do outro litigante, como também de fazer a prova contrária”.

Assim, as partes têm o direito de buscar provas sobre fatos que contradizem os argumentos da parte adversa. Neste contexto, o direito probatório, além de assegurar o direito da ação e da defesa, garante também o contraditório.

No entendimento dos processualistas Comoglio, Ferri e Taruffo (1995) apud João Batista Lopes (1999, p.153), o direito à prova tem as seguintes implicações:

- a) o direito de deduzir todos os meios destinados a demonstrar as alegações;
- b) o direito à prova contrária, isto é, de servir-se de todos os meios para demonstrar o contrário do que foi alegado pelo adversário;

- c) o direito de produzir efetivamente as provas que forem deduzidas e admitidas;
- d) o direito à valoração adequada da prova pelo juiz.

Portanto, o direito à prova tem, como corolário, o direito à indicação, à especificação, à produção e à valoração das provas. Sendo que o último caso possui maior relevância, pois a valoração das provas está intimamente ligada ao dever de o juiz motivar as suas decisões judiciais, enquanto as demais implicações são meramente intuitivas.

Para que o processo possibilite o real acesso à ordem jurídica justa, é necessária a garantia da produção da prova, cujo titular é, em princípio, a parte, mas não exclusivamente ela, pois o juiz, conforme-lhe possibilita o artigo 130 do Código de Processo Civil, pode determinar as provas necessárias à formação de seu convencimento.

A doutrina tradicional não admitia que o juiz viesse a exercer qualquer função, no tocante à produção de provas, pois como sujeito imparcial da relação processual, não deveria assumir a tarefa da investigação dos fatos.

Contudo, com a evolução do direito processual, fez-se superar velhos limites opostos à iniciativa judicial em matéria de instrução probatória.

Como ressalta Theodoro Júnior (2001, p.372): “o juiz, no processo moderno, deixou de ser simples árbitro diante do duelo judiciário travado entre os litigantes e assumiu poderes de iniciativa para pesquisar a verdade real e bem instruir a causa”.

Neste sentido, há o precedente do Egrégio STJ:

Na fase atual da evolução do Direito de Família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objetivo direito indisponível (ações de estado) ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes (STJ, Resp 43.467, 4º T., j. 12.12.1995, rel. Min. Sálvio Teixeira).

Nas relações jurídicas, a imparcialidade do magistrado deve estar presente em todos os atos processuais. E o fato de permitir a atividade probatória pelo juiz, não cogita em hipótese alguma a quebra deste princípio.

Como adverte Joan Picó I Junoy (1995) apud Lopes (2000, p.75) “a determinação de provas de ofício não significa tomar partido em favor de uma das partes, uma vez que, antes do resultado da atividade probatória, não se sabe, ainda, a quem ela beneficiará ou prejudicará”.

Em conclusão, cabe ao juiz também exercer o direito probatório, já que é um sujeito interessado no resultado do processo; entretanto, não se deve superestimar o comando do artigo 130 do Código de Processo Civil para converter o magistrado em investigador de fatos ou juiz de instrução.

#### **1.4) A importância da prova**

A prova se faz necessária em toda relação processual porque é através dela que as partes influenciam o convencimento do juiz acerca da veracidade dos fatos.

Não é permitido ao Magistrado resolver um litígio através de seus conhecimentos privados, ou seja, resolver uma questão de fato que não esteja na relação; deve ele sempre atentar-se ao que realmente está sendo discutido entre as partes e sempre valer-se dos elementos probatórios que foram trazidos à sua apreciação, pois a força de sua decisão está nas provas que a sustentam, sendo vedado ao juiz buscar e servir-se de provas colhidas fora dos autos.

Neste contexto, pode se dizer que, por intermédio das provas, o juiz tenta buscar a verdade dos fatos, como um meio de proferir uma sentença justa.

Conforme Moreira (1989, p.122):

Leve-se em conta que, com poucas exceções, só por meio das provas tem o juiz acesso ao conhecimento dos fatos, e facilmente se concluirá que, ao menos em princípio, a probabilidade de atingir-se uma decisão justa cresce na razão direta do rendimento dos mecanismos probatórios. Quanto mais abundantes e mais seguros subsídios se puderem obter

das provas, tanto menor a margem de erro a que ficará sujeito o órgão judicial, na hora de sentenciar (...).

Assim, pode-se considerar a prova de extrema relevância para a solução do litígio, servindo ela como um instrumento para que o magistrado descubra a verdade sobre os fatos e aplique às partes a norma apropriada, uma vez que o direito nasce do fato, sendo, também, o meio do qual os litigantes se utilizam para convencer o juiz de que os fatos alegados por eles são verdadeiros, afim de obter uma decisão judicial favorável.

Entretanto, apesar da tamanha importância das provas, estas não são obrigatórias, isto é, não existe dever jurídico de provar, mas simplesmente o ônus de fazê-lo. Conforme determina o artigo 333 do Código de Processo Civil, caberá o ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, porque o direito é efeito da incidência de regra jurídica, que levou à relação jurídica entre o autor e o réu, ou entre o autor e qualquer pessoa, por ser real e não pessoal o seu direito.

Assim, exemplifica o autor Miranda (1997, p.272) :

Se o autor argui que o réu lhe causou danos, com a prática de ato ilícito, como a queima das plantações ou a morte de animais, ou ofensa física ao autor, há ato ilícito em senso estrito, e o ônus da prova cabe ao autor.

Por outro lado, sempre que a afirmação for do réu, a ele se impõe o ônus de prova, pois, aí, a prova lhe incumbe, quer se trate de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Com relação a esse dispositivo 333 do Código de Processo Civil que estabelece a regra sobre a distribuição do ônus da prova, vem divergindo a doutrina tradicional da moderna sob o seguinte aspecto:

Costuma a doutrina tradicional afirmar que as regras referentes ao ônus da prova implicam limite estabelecido pelo legislador aos poderes de iniciativa do juiz na produção da prova. De tal forma que o artigo 130 do Código de Processo Civil somente seria aplicado quando o juiz estivesse em estado de dúvida, impossibilitado de julgar segundo seu livre convencimento ou em conformidade com os dispositivos sobre o ônus da prova. Assim, os seguidores desta corrente

entendem que, infringindo tal regra, estaria o juiz desequilibrando o contraditório entre os litigantes.

Contudo, oposto é o entendimento da doutrina moderna que, sem dúvida, é a mais correta. Para esta corrente, o poder instrutório do juiz previsto no artigo 130 não se subordina às regras sobre o ônus da prova, visto que são problemas a serem resolvidos em momentos diversos.

Durante todo o processo, as partes deverão contribuir com o elemento probatório, entretanto, se esses for insuficiente, pode o juiz também desenvolver esforços para obtenção da prova e assim ter maior possibilidade de esclarecimentos dos fatos, deixando somente para o julgamento a aplicação das regras referentes à distribuição do ônus da prova. Antes disso, não tem o magistrado que se preocupar, podendo e devendo esgotar todos os meios possíveis, a fim de proferir julgamento que retrate a realidade fática e represente a atuação da norma à situação apresentada em juízo.

Como seguidor desta corrente, explica claramente José Roberto Bedaque (2001, p.120):

Se o resultado da atividade instrutória se mostrar suficiente para esclarecer o julgador sobre os fatos alegados pelas partes, irá ele decidir com base nas provas trazidas para os autos, sem se importar como elas ali chegaram. Quando, porém, o resultado for negativo, ainda que os integrantes da relação processual, inclusive o próprio magistrado, tenham esgotado os esforços para provar os fatos, incidirão as regras legais referentes ao ônus da prova.

No entanto, como já expusemos anteriormente, a produção probatória não se trata de uma obrigação, mas apenas de um ônus colocado à disposição das partes. De tal maneira que aquele que não produzir elementos probatórios que comprovem as suas alegações, apenas sofrerá uma sentença que lhe seja desfavorável, podendo o juiz compreender que a não produção das provas se dá pelo fato de que essas redundariam em prejuízo seu.

Sobre a inércia probatória ensina o ilustre professor Francesco Carnelutti (2000, p.557):

Se a parte chamada a prestar o testemunho não o fizer, não realiza um ato ilícito nem incorre na pena nem no ressarcimento de danos, mas sofre o risco de sua inatividade, no sentido de que o juiz considera o testemunho negado como o testemunho prestado em favor de seu adversário.

Ainda para o doutrinador Lopes (1999, p.74), a falta ou a insuficiência de prova levará a uma consequência natural da relação processual que se dá pela aplicação das regras sobre o ônus da prova. Assim, se autor não demonstrar os fatos alegados por ele, incorrerá, em improcedência do pedido e, caso não sejam confirmados os fatos articulados pelo réu, deixará o juiz de considerá-los ao julgar a lide.

Em harmonia com a segunda corrente supramencionada, os poderes do juiz vêm sendo paulatinamente aumentados no tocante à produção da prova, deixando ele de ser apenas um mero espectador da batalha judicial.

Exceto com relação aos casos de absoluta ausência de prova, é freqüente a invocação, pelo magistrado, do artigo 130 do Código de Processo Civil para completar ou esclarecer o material probatório dos autos.

Assim, a partir do último quartel do século XIX, o magistrado adquiriu poderes no processo, cabendo-lhe não só impulsionar o andamento da causa, mas também determinar provas, conhecer *ex officio* de circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes, reprimir-lhes eventuais condutas irregulares etc, a fim de alcançar a justiça da decisão judicial.

De acordo com o artigo 131 do Código de Processo Civil o sistema utilizado para a apreciação e a avaliação das provas existentes nos autos é o da persuasão racional do juiz, ou seja, o magistrado apreciará livremente a prova, tirando dela, sem limitação legal, o próprio convencimento. Trata da liberdade em analisar as provas, e dar a elas o valor que entender adequado.

Contudo, apesar dessa liberdade, cabe ao juiz indicar às partes os elementos da prova que formaram sua convicção. Além disso, comenta Amaral dos Santos (2000, p.78) que é imposta ao juiz a obrigação de motivar a sua decisão, isto é, de dar as razões em que o seu espírito assentou o convencimento.

Embora prevaleça em nosso direito processual o sistema da livre convicção, o esforço do magistrado em analisar os fatos trazidos na relação para poder proferir uma sentença justa, implica no anseio pela busca da verdade. Mas o que é a verdade? Esta pergunta vem desafiando grandes processualistas, causando ainda muita discussão, estudo que se enfrentará a seguir.

### **1.5) A busca da verdade no processo civil**

Está mais do que demonstrado que a prova é fundamental na relação processual, pois é com ela que alcançamos a verdade e a justiça.

O autor da demanda, ao mover a máquina judiciária, deve apontar os fatos que justificam o seu direito, concedendo a mesma oportunidade para o réu. Contudo, para se saber quem realmente está com a razão, é necessário que os fatos alegados sejam investigados, o que se dá através das provas, ou seja, é necessário saber com quem realmente está a verdade para, assim, poder entregar o direito.

Entretanto, a verdade desejada no processo civil é, ainda, causa de muita discussão entre os operadores do direito.

Como se sabe, é comum fazer uma distinção entre o processo civil e o processo penal, no que se refere à averiguação da verdade, pois, enquanto no âmbito do primeiro, se fala na busca da “verdade formal”, no do segundo, a preocupação é com a busca da “verdade material”.

A diferença entre ambas se dá pelo fato de que a verdade formal é aquela que resulta do processo, podendo ou não corresponder à efetiva realidade, já que admite presunções que podem conduzir a graves injustiças (Exemplo: artigos 319, 343 parágrafo 2º e 372 do Código de Processo Civil). Porém a verdade material (real) não admite a ficção, de tal modo que deve sempre buscar o que realmente aconteceu, ou seja, a verdade efetiva.

Sustentam os defensores tradicionalistas que o juiz, no processo civil, pode satisfazer-se com a verdade formal, uma vez que, neste, os interesses e bens em

jogo seriam bem menos relevantes, restando a busca da verdade real para o processo penal que cuida da liberdade do indivíduo e do *jus puniendi* do Estado.

Contudo, esta diferença entre a verdade formal e a verdade real vem sendo cada vez mais rechaçada pela doutrina moderna. Entende-se que não há como subsistir esta divisão, porque a verdade é uma só; não há meia verdade ou verdade aparente; só pode existir uma verdade, e esta deve ser perseguida pelo juiz.

De fato, o que poderá diferir são as técnicas e os métodos para o seu conhecimento, mas não a verdade buscada no processo civil ou penal; caso contrário, seria o mesmo que dizer que a decisão judicial proferida no cível não está calcada na verdade.

Como disse Moreira (1996, p.152): “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”.

Outrossim, não se pode mais utilizar o argumento de que, no processo penal, a reconstrução dos fatos é mais relevante do que no processo civil, por tratar este de questões patrimoniais, pois, como se sabe, o processo civil labora também com o direito público (administrativo, tributário, internacional e constitucional) e com interesses fundamentais da pessoa humana, como a família e a própria capacidade jurídica do indivíduo. Ademais, haverá momento no campo penal, em que apenas estará em jogo, o patrimônio, como no caso de uma infração punível com multa.

Sobre esta questão da busca da verdade, há interessante manifestação do Ministro Nilson Naves, no recurso especial 9.012-0, julgado em 24 de fevereiro de 1997, pelo STJ:

Entre os valores de proteção da intimidade das pessoas e de busca da verdade nos processos, qual o valor mais nobre? A meu ver, o que diz respeito à verdade. Foi-se o tempo em que o processo civil se contentava com a verdade formal. À semelhança do processo penal, o civil também há de se preocupar com a verdade material. Chega-se à verdade através da prova, cujo ônus incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito. Mas existe fato de difícil prova! A saber, da produção de prova. Impedir que alguém produza, digamos, por meio de



gravação de conversas telefônicas, seria, a meu sentir, o mal maior. Isto não quer dizer que o fim justifique os meios. No entanto, há caso em que se não se admitir tal prova, inútil será o processo(...)

Sou favorável à maior liberdade, tocante à realização da prova. O processo não é um instrumento que o estado põe à disposição dos litigantes? Não façam justiça pelas próprias mãos! Recorram ao estado-juiz. Então, não se justifica cercear a liberdade dos contendores, relativamente à prova.(...)

(...) por não se admitir seja uma fita degravada, se a conversa possa corresponder ao conteúdo do depoimento? Acho que se tem de admitir, em nome de valor mais nobre, o da apuração da verdade material.

Além do mais, como forma de demonstrar o equívoco desta distinção entre o processo penal e o cível, vale a pena repetir que o magistrado saiu da posição de mero espectador do duelo das partes e passou a ter um contato direto com os elementos probatórios. De tal forma que, o juiz não deve se contentar com a meia verdade; deve ele sempre realizar esforços para alcançar os verdadeiros fatos e assim fazer justiça, até porque o juiz é a autoridade que o Estado designa para a consecução desse fim.

Pode-se dizer, portanto, que, no processo civil, é função primeira das partes a produção das provas dos fatos que alegam, de modo que os juízes, em regra, atuam de forma complementar. Entretanto, essa iniciativa probatória pelas partes somente ocorre por questões de ordem prática não pela natureza do direito, pois verifica-se que ninguém conhece os fatos melhor do que os litigantes.

Sobre este interesse na busca da verdade real pelo juiz, complementa o autor Bedaque (2001, p.133):

A atuação do ordenamento jurídico interessa a toda a coletividade. Por esse motivo, admite-se a ampliação dos poderes do juiz no processo, para a investigação da verdade real, visto que a formal não mais satisfaz ao processualista atento aos fins sociais de sua ciência.

A orientação do autor sobre este assunto está diretamente voltada para o entendimento atual da “publicização” do processo civil, ou seja, o magistrado intervirá na relação jurídica independentemente de estar tratando de direito disponível ou indisponível.

Para os tradicionalistas os poderes dos juízes, no tocante à produção de provas, serão maiores ou menores, dependendo da natureza do direito em

discussão no processo, de modo que, se estiver tratando de direito disponível, pouquíssimos serão os seus poderes instrutórios.

Contudo, a doutrina moderna abandonou definitivamente essa concepção, passando a vigorar a tendência publicista do processo; isto é, o interesse pela busca da verdade é um só, seja qual for a natureza das normas a serem atuadas.

Assim, a natureza da relação jurídica só terá relevância quanto aos atos que se pode praticar, ou seja, se se tratar de direito disponível, as partes podem por exemplo: se autocompor, renunciar, transigir. Entretanto, não podem influir no desenvolvimento do processo, principalmente no que se refere à busca da verdade, pois, em qualquer circunstância, investigar a verdade é essencial para o ato de julgar, seja qual for a natureza do direito em discussão.

É de bom alvitre, ainda, estimular a busca da verdade real no processo civil, como forma de desestimular a interposição de recursos já que, se os fatos foram devidamente provados, a sentença do juízo *a quo* estará calcada em uma certeza, de modo que fará o litigante inconformado refletir melhor antes de interpor qualquer recurso, pois dificilmente o Tribunal reformará a decisão de primeiro grau.

Não há dúvida, portanto, de que o processo deva buscar a verdade, porém vale ressaltar que esta deve ser perseguida dentro dos limites razoáveis, pois, conforme denota Cambi (2000, p.71):

A verdade perseguida a todo custo deixa de ser uma aspiração ética do ordenamento processual, passando a ser um dogma que entravaria a concretização da garantia constitucional de acesso à ordem jurídica justa.

Ademais, é quase impossível alcançar a verdade absoluta no processo, pois, para isso, seria necessário compreender o *todo*, que é a soma do todas as partes, e, mesmo se utilizando dos meios de investigação científica, não é possível eliminar todas as dúvidas que cercam o conhecimento. Sem dizer que as partes e testemunhas, ao serem interrogadas sobre o caso, sempre farão uma interpretação suficientemente pessoal, podendo distorcer, ainda que pouco, a realidade.

Diante disso, alguns doutrinadores, como Dinamarco (2001, p.94), entendem que a verdade e a certeza são dois conceitos absolutos e, por isso, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo, podendo, no máximo, conseguir um juízo de probabilidade, ou seja, um juízo intenso de verossimilhança, uma elevada probabilidade sobre como os fatos se passaram.

Entretanto, para Cambi (2000, p. 60), a probabilidade não se confunde com a verossimilhança, sendo aquela o equivalente a uma prova frágil. Menciona o autor, ainda, os ensinamentos de Piero Calamandrei (p.61) no tocante à diferenciação entre fatos possíveis, verossímeis e prováveis:

(...) aquele que afirma que um fato é verossímil estaria mais próximo de reconhecê-lo como verdadeiro do que quem se limite a afirmá-lo como possível. Ademais, quem diga que um fato é provável está ainda mais próximo de reconhecer a verdade do que aquele que se limite a afirmá-lo como verossímil, porque, para além da aparência, começa-se a admitir que existam argumentos para considerar que a aparência corresponde à realidade.

De fato, percebe-se que esta é a melhor tese, deixando a verossimilhança para aqueles casos de concessão de uma medida liminar e utilizando-se da probabilidade para as sentenças.

Portanto, conclui-se que, por ser a verdade absoluta uma utopia, entende-se que a busca do julgador no processo civil seja pela verdade real, porém como ressalta Cambi (2001, p.77):

Não devem ser buscadas as verdades últimas e supremas, mas a verdade humilde e diária, aquela sobre a qual se discute nos debates judiciais, e que os homens normais e honestos, segundo a comum prudência e segundo a boa fé, chamam e chamaram sempre de verdade.

Ademais, é importante frisar que a finalidade do processo não é somente a busca da verdade, mas algo maior, isto é, a justiça, para a qual a determinação da verdade é somente uma premissa, porém o magistrado somente julgará com justiça, se sua decisão estiver fundamentada na verdade.

## **2) PROVAS ILÍCITAS**

### **2.1) Conceito histórico das provas ilícitas:**

Com o surgimento do Cristianismo houve uma modificação da idéia de Estado. As Constituições passaram a tutelar as garantias constitucionais e também a restringir os modos de coleta de provas criminais.

Ao contrário do que ocorria na Antiguidade, a religião já não se confundia com a lei, não mais detinha poderes inerentes do Estado, e o homem passou a ser valorizado como “indivíduo”.

E foi somente com a previsão dessas garantias constitucionais que surgiu a classificação das provas lícitas e ilícitas.

A primeira Constituição Brasileira a tratar do assunto dos direitos do homem foi a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824. Embora ela não tenha mencionado expressamente a questão das provas ilícitas, assegurou em um de seus dispositivos, em meio aos direitos individuais, a inviolabilidade dos direitos civis e políticos, a segurança individual e a propriedade.

Posteriormente, em 1891, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, também previu, em seu artigo 72, a inviolabilidade dos direitos supramencionados e, no parágrafo 18 do mesmo artigo, garantiu a proteção do sigilo da correspondência. Tal preocupação com o tema esteve também igualmente presente nas Constituições de 1946 e na de 1967.

Mas foi somente com o advento da Constituição Federal de 1988 que passamos a ter expressamente um dispositivo que proíbe a prova obtida por meio ilícito, conforme preceitua o artigo 5º, inciso LVI.

Contudo, com a evolução dos tempos, outras legislações brasileiras começaram a tratar da restrição dos meios de prova de forma expressa. Com essa perspectiva legislativa nós temos dois momentos importantes no âmbito processual, previstos no Código de Processo Civil, datados de 1939 e 1973.

O Código de Processo Civil de 1939 tratava dos meios de prova em seu artigo 208 e somente admitia as provas previstas nas leis civis e comerciais. Já o

Código de Processo Civil de 1973, ainda em vigor, traz em seu dispositivo 332 uma idéia mais ampla, entendendo que, além daqueles meios de prova previstos na lei, os moralmente legítimos são hábeis para provar a verdade dos fatos.

Segundo a doutrinadora Patrícia Azevedo da Silveira (1999, p.190), os meios probatórios previstos pelo atual Código de Processo Civil, atende a um duplo aspecto:

a) a admissão de meios de provas não previstos na lei, mas que socialmente não afetem a moralidade média e b) conferiu ao juiz indiretamente um papel fundamental na admissão dos meios de prova, já que a expressão 'moralmente legítimos' implica um conceito aberto, cabendo ao juiz caso a caso definir a sua admissão, tendo em vista o caráter teleológico do dispositivo.

Entretanto, apesar das legislações supracitadas, não há dúvida de que o grande marco foi a promulgação da Constituição Federal de 1988. A vedação é expressa e tem conseqüências em todos os ramos do direito processual, quer na sua atuação judicial, quer na sua atuação investigatória.

## **2.2) Conceito de prova ilícita**

Como já mencionado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 afastou do processo brasileiro, seja ele judicial, seja administrativo, todas as provas cuja obtenção tenha como origem um meio ilícito.

E sobre esta questão (prova ilícita) há um campo de discussão extremamente polêmico, divergindo os autores sobre o tema, inclusive sobre a exata terminologia aplicável ao instituto.

Na doutrina há referência de várias denominações como: prova proibida, ilegal, ilegalmente obtida, ilícita, ilicitamente obtida, ilegitimamente admitida, proibições probatórias, enfim, distinções das mais diversas que acabam gerando complicações para o entendimento da matéria.

Assim, como forma de buscar uma melhor definição, adotamos a de Nuvolone (1966) apud Avolio (1999, p.43) que define as provas ilícitas como

espécies das “provas vedadas”, compreendendo tanto as provas ilícitas propriamente ditas, como as provas ilegítimas. Podemos verificar, desde logo, que a utilização da expressão “vedadas” já indica o seu entendimento por não utilização das provas ilícitas no processo, conforme prevê o artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal.

Desta forma, é possível distinguir as provas ilícitas das provas ilegítimas. As provas ilegítimas são aquelas que violam norma de caráter processual. Assim, o descumprimento dos artigos 206 e 207 do Código de Processo Penal, que tratam respectivamente da recusa de depor por parte de parentes e afins e da proibição de depor em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional, implicará em uma sanção que se encontra na própria lei processual.

Ao passo que as provas ilícitas são aquelas que violam normas ou princípios de caráter material e constitucional. Como adverte Avolio (1999, p.44):

(...) a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana; mas também, de direito penal, civil, administrativo, onde já se encontram definidos na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e accertamento da verdade, tais os de propriedade, inviolabilidade do domicílio, sigilo de correspondência e outros.

Assim, a violação do sigilo da correspondência ou ainda a utilização da tortura para a obtenção de uma prova, implicarão em sanções penais para o infrator.

Além disso, deve-se fazer a distinção quanto ao momento da transgressão, porque, na prova ilícita, a infringência ocorre no momento da colheita da prova, enquanto, na prova ilegítima, ocorre no momento de sua produção, de sua introdução no processo.

Ainda com relação à expressão provas ilícitas, o doutrinador Lopes a menciona em dois sentidos: “Em sentido lato, abrange não só as provas contrárias à Constituição, como também às leis ordinárias e aos bons costumes. E em sentido restrito, refere-se às provas que ofendam disposições legais e constitucionais (1999, p.85)”.

Ressalta ainda o doutrinador uma terceira vertente conforme os ensinamentos de Joan Pico I Junoy: “a que vincula as provas ilícitas à violação de normas constitucionais essenciais, ou seja, que dispõem sobre os direitos fundamentais” (1999, p.86).

Portanto, a prova ilícita é aquela obtida ou colhida mediante a violação de regras de direito material ou de natureza constitucional. Aliás, na maioria das vezes, as regras violadas são de caráter constitucional. Por exemplo, a colheita de provas mediante a violação do sigilo da correspondência ou por interceptação telefônica.

Além do mais, vale salientar que o nosso ordenamento jurídico não vem acompanhando o avanço tecnológico, de modo que, com isso, vêm surgindo diversos problemas que ainda não foram solucionados pelos profissionais do direito, como o estudo do direito da informática. E, como consequência, deixa a dúvida quanto a ser lícita ou não a utilização do e-mail como meio de prova.

De fato, o problema das provas ilícitas é de grande complexidade, em razão da singular relevância dos valores eventualmente em conflito. Pois, se de um lado é natural a vedação de que alguém tire proveito de uma ação antijurídica, de outro há o interesse público em buscar a verdade dos fatos, como forma de assegurar ao processo um resultado justo.

A nossa Constituição Federal de 1988 apenas optou por trazer, de forma radical, a proibição da utilização das provas ilícitas, a fim de evitar que a ânsia de coletar provas autorize novamente as degradações que aconteceram no passado. Ocorre que a realidade social de hoje é bastante diferente da dos tempos antigos e, conseqüentemente, os motivos que determinam a manutenção da garantia constitucional de inadmissibilidade de provas ilícitas no processo sofrem a influência da realidade contemporânea.

Diante do que foi exposto, observa-se que o assunto das provas ilícitas é de suma importância e de muita divergência, pois ainda não há um caminho certo a ser seguido pelos doutrinadores.

### **2.3) As provas ilícitas e a sua vedação na Constituição Federal de 1988**

São inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos. É o que garante o artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, entendendo-as como aquelas colhidas com violação das normas do direito material ou constitucional.

Sob essa perspectiva e em complemento a esse comando constitucional, alinham-se como ilícitas as provas conseguidas mediante torturas ou maus tratos (artigo 5º, inciso III), as provas colhidas com infringência à intimidade (artigo 5º, inciso X), as obtidas com violação do domicílio (artigo 5º, inciso XI) e violação das comunicações (artigo 5º, inciso XII).

Relacionam-se ainda com o inciso LVI, os seguintes dispositivos infraconstitucionais: artigos 155 e seguintes do Código de Processo Penal, artigos 332 e seguintes do Código de Processo Civil, Lei nº 9.269/96 que regulamenta o inciso XII, parte final do artigo 5º da Constituição Federal.

Observa-se, então, que a força do inciso em destaque reflete o propósito do constituinte de afastar o aproveitamento das provas ilícitas na busca da certeza processual.

Contudo, as causas que levaram a inserir tal dispositivo na Constituição se deram efetivamente, depois de um longo período de ditadura militar (1964-1985), quando os direitos fundamentais foram desrespeitados de forma arbitrária. Nessa fase, os modos de coleta de prova foram dos mais acintosos à dignidade humana, sobretudo porque não havia uma correlação lógica entre o crime e a correspondente punição estatal.

Assim, em razão desse passado histórico de desrespeito à pessoa humana, os direitos fundamentais tendem a ser interpretados de forma absoluta. Ocorre que, como ensina Maria Carnaúba (2000, p.46), as causas que fundamentavam esses direitos desapareceram com o tempo e, em seu lugar, nasceram outras diferentes que, do mesmo modo, justificam a necessidade de manutenção dos direitos fundamentais nos textos constitucionais. Entretanto, se mudaram os motivos que levaram a atribuir os direitos fundamentais no corpo



constitucional, especificamente a proibição de admissibilidade de provas ilícitas, estes não podem continuar sendo interpretados da mesma forma que no passado. Caso contrário, estarão sendo exercidos imotivadamente, apenas por força do hábito.

Assim, para a doutrinadora Carnaúba (2000, p.46):

A forma de corrigir desvios do passado não é supervalorizar o indivíduo isoladamente, o que pode ocasionar injustiças tão degradantes quanto as anteriores, mas sim tratar o homem adequadamente em sua realidade social, pois enxergá-lo aprioristicamente em sua individualidade é utopia (...) a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo não pode ser supervalorizada e precisa ser interpretada de modo a produzir benefícios, no corpo social, e nunca prejuízos.

Contudo, como se sabe, o instituto da prova ilícita não é assunto pacífico na doutrina e jurisprudência; enquanto para alguns a vedação da Constituição Federal não deve ser aplicada de forma absoluta, para outros é inadmissível a violação de uma liberdade pública para obtenção de qualquer prova.

A posição radical da Constituição Federal pela inadmissibilidade das provas ilícitas não causa discussão somente entre os profissionais do direito, mas também entre aqueles que estão do outro lado, como cidadãos. É o que se pode dizer do artigo publicado no Jornal O Estado de São Paulo, escrito por Clito Fornaciari Júnior, em que faz observação crítica sobre o artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, e sua influência sobre gravações telefônicas. Afirma que, sob o ponto de vista jurídico, as provas ilícitas não podem ter valor, mas, sob o prisma moral, não tem sentido essa preservação dos valores fundamentais pela Constituição Federal, pois, por exemplo, terão os julgadores coragem de fechar os olhos para os fatos criminosos comprovados por fitas comprometidas? Assim, conclui o autor:

Desde logo, no entanto, salta aos olhos a inconveniência do texto constitucional, exageradamente formal e rigoroso, não permitindo as guinadas de interpretação que poderiam ser feitas à luz da legislação ordinária e dentro do conceito jurídico vago, que era aquele dos 'meios moralmente legítimos' (1992, p.12).

Diante do exposto, observa-se que as críticas à inadmissibilidade da prova ilícita não são feitas somente pelos operadores do direito e nem poderiam, até porque os efeitos desta vedação constitucional atingem diretamente aquele cidadão que ingressou com a ação, mas que, por não ter conseguido provar a sua pretensão por meios legais ou morais, perdeu a causa.

Assim, seguindo fielmente o texto da Constituição Federal, a regra é a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que só excepcionalmente deverão ser admitidas em juízo, em respeito às liberdades públicas e ao princípio da dignidade humana na colheita de provas.

Sobre essa vedação das provas ilícitas, ensinam os doutrinadores ser ela consequência do princípio do devido processo legal previsto também na Constituição Federal, artigo 5º, inciso LIV.

Para Nelson Nery Júnior (1997) bastaria que a Constituição Federal previsse o princípio do devido processo legal, para que o *caput* e a maioria dos incisos do artigo 5º fossem absolutamente desprezados.

Enfim, o assunto ora discutido não é e nunca foi pacífico na doutrina e jurisprudência, de tal forma que inúmeras posições existem a seu respeito e, além do mais, no campo cível, a questão torna-se efetivamente mais complicada, porque, se de um lado não se admitem as provas ilícitas, de outro não há um outro meio de prova que permita salvaguardar um direito fundamental mais relevante.

## **2.4) Direito à intimidade**

Ao longo da história, o direito à intimidade vem recebendo diversas denominações nos países em que é adotado. O Direito norte-americano o denomina *right of privacy, private life*, entre outras denominações. No Direito espanhol é conceituado de *derecho a la esfera secreta de la propia personalidad personal* ou vida privada etc. O Direito pátrio, não se afastando muito das denominações estrangeiras, o denomina de direito à privacidade ou à intimidade, o direito de estar só, direito ao resguardo e diversas outras.

O vocábulo “intimidade” é derivado do latim *intimus* (o mais profundo, estreito, íntimo), que indica a necessidade das pessoas de guardarem somente para si certas coisas de suas vidas.

O direito à intimidade é o direito atribuído à pessoa de poder se resguardar e excluir, do conhecimento alheio, informações sobre determinadas idéias, fatos e dados a ela pertinente, ou seja, é o direito do indivíduo de viver de forma independente a sua vida, com um mínimo de ingerência alheia.

De acordo com a lição de Paulo José da Costa Júnior (1997, p.12):

Não raro, o homem sente a necessidade de permanecer só, sem ser molestado, a desfrutar da paz e do equilíbrio que só a solidão pode proporcionar. E assim, o indivíduo, afastado do ritmo febricitante da vida moderna, mantém-se isolado, subtraído da publicidade e do alarde, enclausurado em sua intimidade, resguardado da curiosidade dos olhares e dos ouvidos ávidos e indiscretos.

Ainda neste sentido, menciona o consagrado mestre italiano Adriano de Cupis apud Luciana Fregadolli (1998, p.38): “a intimidade pode definir-se como o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento de outros de tudo que a ela se refira”.

Portanto, intimidade é o direito de estar só. É o direito do indivíduo, querendo, de ser deixado em paz, afastar-se da multidão e da curiosidade alheia.

Enquadra-se o direito à intimidade dentro do rol dos direitos da personalidade, que são direitos fundamentais para possibilitar a cada cidadão uma vida digna.

Sob a denominação de direitos da personalidade compreendem-se os direitos subjetivos considerados essenciais à pessoa humana, e que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade. São direitos inatos ou originários, isto porque se adquire pelo simples nascimento.

Ademais, afirma a autora Fregadolli (1998, p.39) que os direitos da personalidade são os mesmos que determinam o direito à intimidade, pois são ambos pessoais; extrapatrimoniais, pois são insuscetíveis de avaliação pecuniária; absolutos, pois são oponíveis a todos; inalienáveis, pois não podem ser vendidos; e, por fim, imprescritíveis.

Diante da importância do direito à intimidade foi que a atual Constituição, promulgada em 5 de outubro de 1988, o tutelou expressamente, no seu artigo 5º, inciso X, com a seguinte redação: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito indenização à pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Como se verifica, a proteção constitucional é ampla e gera até certa dificuldade de precisão; mas o importante é que oferece guarida ao direito à intimidade e à vida privada.

Neste sentido, complementa a doutrinadora Fregadolli (1998, p.63), que a tutela constitucional da intimidade:

(...) consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como o de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.

Apesar da previsão expressa na Constituição Federal de 1988, pode-se dizer que as Constituições anteriores também previam o direito à intimidade, ainda que de forma implícita.

Esta previsão constitucional se iniciou como uma proteção genérica proporcionada por outros direitos da personalidade.

Pelas Constituições anteriores protegia-se a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, o que não deixa de garantir a “intimidade” de forma genérica, posto que, ao assegurar estes direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, está se referindo à inviolabilidade dos direitos da pessoa humana, incluindo, portanto, os direitos inatos da personalidade.

Assim, como já destacamos, apenas com a Constituição Federal de 1988 foi tutelado de maneira explícita o direito à intimidade, sendo previsto no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” e insuscetível de ser modificado ou retirado da Constituição, pois, foi levado à condição de cláusula pétrea, de acordo com o artigo 60, parágrafo 4º da presente Constituição.

Como podemos observar, a Magna Carta, ao prover a inviolabilidade desses direitos, faz menção tanto à intimidade como à vida privada.

Contudo, para alguns autores como Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Júnior (1991, p.197-219), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1997, p.35) e José Cretella Júnior (1997, p.257), a Constituição de 1988 é redundante ao titular o direito à intimidade e o direito à vida privada como distintos, afirmando que entre ambos, não há qualquer diferença. Entendem, ainda, que bastaria a referência à intimidade que esta compreenderia a vida privada.

Porém, defendendo a distinção entre a vida privada e intimidade está René Ariel Dotti (1980) apud Fregadolli (1998, p.42), Maria Gilmaíse de Oliveira Mendes (1999, p.69), Fernanda Soares Pinheiro (2004, p.153), Fregadolli (1998, p.43), entre outros, frisando inclusive que é preciso acentuar a necessidade de se observar que os conceitos desses dois direitos não são coincidentes.

Assim, como forma de elucidar essa distinção, podemos dizer que a vida privada é aquela que se desenvolve fora das vistas do público, perante, eventualmente, um pequeno grupo de íntimos. Já a intimidade, mais restritivamente, compreende a vida em ambientes de convívio no interior de um grupo fechado e reduzido como, por exemplo, a família.

Desta forma, afirma a autora Soares (2004, p.153) “ser o direito à intimidade a espécie, da qual a vida privada é o gênero. Seria a intimidade o núcleo central da vida privada”.

Vale mencionar ainda que o constituinte foi bastante rigoroso com a questão das provas obtidas por meios ilícitos, no sentido de proteger a privacidade, a imagem e a honra de cada cidadão, prevendo, inclusive, uma indenização plena pela violação desses direitos, tanto por dano material, como por dano moral.

Assim, uma vez violada a vida íntima de uma pessoa ou de um grupo de indivíduos, o autor da invasão alheia deverá pagar uma indenização pecuniária, e, conforme Silvio Rodrigues (2002, p.226), “será o juiz no exame do caso concreto, quem concederá ou não a indenização e a graduará de acordo com a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima”.

A Constituição é explícita quando assegura ao lesado este direito à indenização por dano material ou moral, e essa reparação é, sem dúvida, bastante importante, pois é uma forma de desestimular novas práticas lesivas, criando-se óbices jurídicos às condutas rejeitadas pelo Direito.

Podemos dizer que o direito à intimidade se expressa nas seguintes modalidades: sigilo das correspondências e das comunicações (onde encontramos o sigilo epistolar, os chamados grampeamentos de telefones e as escutas clandestinas), o direito à inviolabilidade do domicílio, o direito ao segredo profissional, ao sigilo bancário e aos dados pessoais.

São essas manifestações da intimidade que devem ser preservadas e estão, hoje, asseguradas entre os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Seria uma forma de impor uma limitação às atuações do poder estatal, bem como de qualquer outro cidadão.

Mas assegurar esse ninho de individualidade tornou-se cada vez mais prioritário e difícil diante dos recursos eletrônicos à disposição das pessoas.

Não há dúvida de que o avanço tecnológico trouxe diversas benfeitorias ao homem, mas, paralelamente a esses incontáveis benefícios, o avanço científico está colocando o indivíduo em total insegurança, sendo particularmente sérias as ameaças à vida privada.

Interessantes são os dizeres de Costa Júnior (1995, p.22) sobre essa evolução:

O processo de corrosão das fronteiras da intimidade, o devassamento da vida privada, tornou-se mais agudo e inquietante com o advento da era tecnológica. As conquistas desta era destinar-se-iam, em tese, a enriquecer a personalidade, ampliando-lhe a capacidade de domínio sobre a natureza, aprofundando o conhecimento, multiplicando e disseminando a riqueza, revelando e promovendo novos rumos de acesso ao conforto. Concretamente, todavia, o que se verifica é que o propósito dos inventores, cientistas, pesquisadores, sofre um desvirtuamento, quando se converte de idéia beneficente, em produto de consumo. A revolução tecnológica, sempre mais acentuadamente, ganha um dinamismo próprio, desprovido de diretrizes morais, conduzido por um 'cientificismo', ao qual são estranhas, e mesmo desprezíveis, quaisquer preocupações éticas, metafísicas, humanísticas. Torna-se cega e desordenada, subtraindo-se ao controle dos sábios, que a desencadeiam.

Com toda certeza, os direitos à intimidade e à vida privada são de extrema relevância, sendo até mesmo protegidos constitucionalmente; mas, apesar desta previsão pela Magna Carta, não devem ser entendidos como direitos de proteção absoluta.

São esses direitos absolutos no sentido de serem oponíveis a todos, inclusive ao Estado, mas não no sentido de prevalecer contra tudo ou não admitir contrariedade, ou seja, a sua proteção não é absoluta, uma vez que pode se defrontar com outros direitos fundamentais de igual ou maior carga valorativa, o que justificaria, dependendo da situação, o seu afastamento no caso concreto.

Neste sentido são os ensinamentos de Moreira (1980, p.4) que assim expressamente se manifesta:

Facilmente se compreende que o aludido interesse não raro entra em conflito com outros também merecedores de proteção (...). O fenômeno é, aliás, corriqueiro: com grande freqüência vê-se o ordenamento jurídico diante de conflitos desse gênero. Toca-lhe então confrontar e sopesar os valores em jogo para decidir, conforme as circunstâncias, qual deles há de ser, e em que medida, sacrificado em benefício do outro.

Trata-se da adoção da teoria da proporcionalidade, como meio de atenuar o radicalismo da vedação de provas ilícitas.

Questão interessante surgiu com a utilização de um novo aparelho de raio "X" usado em aeroportos. O aparelho tem a função de "enxergar" através das roupas e serve como meio de verificar se os passageiros estão ou não portando drogas ou qualquer outro objeto ilegal.

Diante dessa novidade, alguns juristas vêm entendendo que, sob o ponto de vista do direito à intimidade, se não houver consentimento da pessoa, seu uso implicará em violação à esfera íntima.

Contudo, relativamente a esse mesmo caso do aparelho de raio "X", sobre o tema da prova a doutrinadora Azenha (2004, p.192), questiona se poderia admitir o uso daquela imagem para comprovar o porte de droga ou de arma.

E, após a indagação, responde:

Se se trata de violação ao direito à intimidade, a prova seria ilícita. Entretanto, com base na teoria da proporcionalidade, pode-se pinçar a justificativa de se ver ali, confrontados, valores conflitantes, pois, de um lado, há a intimidade do criminoso, de outro lado, a comprovação da autoria do tráfico de drogas, contra o qual existe uma guerra que tem apoio do público, pelo tanto mal que tem feito ao próprio indivíduo, à família e à sociedade.

Assim, é indubitável a necessidade da proteção ao direito à intimidade, no entanto, vale ressaltar que esta proteção não é absoluta, de modo que, conforme o caso concreto, o direito à intimidade ou à vida privada poderá ser violado, se os valores que estiverem em conflito forem maiores do que eles.

## **2.5) Divergências doutrinárias**

O problema da prova ilícita e sua eventual eficácia dentro do processo ainda causa grande dissenso doutrinário e profunda divergência jurisprudencial, nos diversos sistemas processuais.

Como afirmado anteriormente, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, estabeleceu de forma expressa a proibição da utilização das provas obtidas ilicitamente pelas partes. No entanto, esta previsão constitucional não foi suficiente para calar as opiniões conflitantes, posto que, em determinadas situações concretas, a leitura e a aplicação simples e literária destas determinações se tornam difíceis e, muitas vezes temerárias.

A respeito das posições antagônicas sobre o tema, a professora Azenha (2004, p.104) questiona se, no defrontamento com uma prova relevante e fundamental que possa levar à confissão de um crime, se seria justo ou não admiti-la, em juízo, pelo fato de ter sido obtida por meios ilícitos.

No âmbito do processo penal, nota-se o dilema em apurar o crime, ou deixá-lo impune, porque a prova colhida não pode ser introduzida no processo, por ser ilícita.

Contudo, o problema também prevalece no âmbito do processo civil, pois poderá haver valores tão importantes quanto no processo penal, como ocorre no



direito de família, onde se discutem relações humanas muito além de questões patrimoniais.

Assim, na evolução existencial das provas ilícitas, é possível apontar três correntes totalmente distintas sobre a matéria. São elas: a corrente obstativa, que considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito em qualquer hipótese; a corrente 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. Trata-se do princípio da proporcionalidade.

### **2.5.1) Admissibilidade das provas ilícitas**

Para a corrente permissiva, a prova obtida ilicitamente deve ser sempre admitida no processo, pois, sua ilicitude não lhe retira o valor probatório. Não é porque uma prova deixa de ser obtida licitamente que deixará de demonstrar a verdade.

Os seguidores dessa corrente têm, como premissa, que somente poderão ser rejeitadas no processo as provas que violarem norma processual, ou seja, as ilegítimas, por serem, segundo eles, as únicas que dispõem de uma sanção de natureza processual.

Enquanto que se ocorrer uma violação à norma material (prova ilícita) irá acarretar uma sanção específica, mas não o afastamento da prova do processo, ou seja, pune-se o violador da norma de direito material, aplicando-lhe a sanção respectiva, mas não se retira a prova ilícita do processo. Assim, se o ato for ilegal, como invasão de domicílio ou violação do direito à privacidade, que seja o infrator punido civil e até criminalmente, por seu ato ilícito e delituoso, conforme o ordenamento aplicável.

Entendem os adeptos dessa tese que pouco importa a forma com que se obteve a prova; o importante é que seu conteúdo seja verdadeiro. Fundamentam-se inicialmente, no livre convencimento e na busca da verdade real.

Avolio (1999, p.46) ao tratar deste assunto, comenta que os autores dessa corrente eram:

Extremamente devotados à concepção da busca da verdade real, colocavam a reconstrução da realidade como princípio inspirador do processo, argumentando que prescindir de provas formalmente corretas pela tão-só existência de fraude em sua obtenção seria prescindir voluntariamente de elementos de convicção relevantes para o justo resultado do processo.

Neste sentido Azenha (2004, p.105), citando Frederico Cordero, utiliza uma expressão que conclui bem a tese aqui esposada: “*male captum, bene retentum*, o que foi mal colhido (no momento material), foi bem conservado (no momento processual)”.

Outro doutrinador que também partilha da admissão da prova obtida por meios ilícitos é Alcides de Mendonça Lima. Entende o autor que, quando não houver outro meio para a obtenção da prova, pode-se utilizar dos meios ilícitos, e confirma que a repulsa pelo juiz

(...) poderá determinar uma sentença injusta e imoral, negando razão ao que usou de meio de prova obtida ‘imoralmente’, dando razão ao que praticou o ato imoral e ilegal, mas cuja prova foi considerada ineficaz por ter sido conseguida fora da moral...É a negação do ideal da justiça! (1986, p.43).

Mais adiante, o mesmo autor ainda afirma que:

(...) o meio de prova somente não pode ter eficácia ou validade se atesta algo que não existiu, mas que aparenta que existiu pelos ardis, deturpações, alterações do original, como falsificar assinatura e letra (...), porque, aí sim, a atividade imoral modificou a verdade (...). Nesta hipótese, não é o meio atingido, mas o conteúdo, quanto à imprestabilidade de sentido moral (1986, p.44).

Também como seguidor desta corrente temos o Desembargador Yussef Said Cahali (2000, p.669), que, mesmo com a vedação expressa pela Constituição de 1988, mantém a mesma posição.

Entretanto, vale ressaltar que há doutrinadores que, apesar de admitirem em juízo a prova ilícita, assumem uma postura mais atenuada. É o caso do autor Hélio Tornaghi que entende que essas provas obtidas ilicitamente valeriam apenas como indícios.

No período da nossa Constituição Federal anterior, a jurisprudência brasileira era bastante adepta desta corrente, tendo ocorrido diversos julgamentos pelos Tribunais admitindo quase todas as provas obtidas por meios ilícitos. Há como exemplo, o voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Cordeiro Guerra (apud Oliveira, 1989, p.25), que admitiu a apreciação em juízo de uma confissão extrajudicial, obtida mediante coação, como fundamento de que deve se punir o autor do ilícito, mas a prova é válida, desde que confirmado o seu conteúdo através de outras provas.

Importante também foi o voto do Ministro Raphael de Barros Monteiro no acórdão promulgado em 1951, onde sustentou que:

A finalidade do juiz no processo é julgar, julgar com as provas que tem e não verificar a licitude ou legalidade da prova. O simples fato de terem sido captadas por meio criminoso não pode constituir motivo para que não se tome em consideração este meio de prova (MONTEIRO, apud Fregadolli, 1998, p.188).

Após o advento da Constituição Federal, poucos foram os adeptos desta corrente, passando a jurisprudência a não julgar mais neste sentido. Porém, vale lembrar que, apesar da vedação Constitucional, não há como ignorar aquelas informações trazidas pelas partes por meios ilícitos, ficando, portanto, a dúvida de ser justo ou não o ingresso destas provas no processo.

### **2.5.2) Inadmissibilidade das provas ilícitas**

Segundo a corrente obstativa, a prova ilícita jamais poderá ser aceita no processo, visto que ela viola direito, e a violação de um direito não pode ser aceita

na defesa de outro, pois o ordenamento legal deve proteger de igual modo todos os direitos, formando um conjunto harmônico e indissociável de normas.

Tem, por base, o princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado, de modo que, se for ilícita a prova, esta não poderá ser aceita no processo.

Procura-se, a todo custo, proteger o ordenamento jurídico, sem admissão de qualquer ameaça à sua integridade. Se o ordenamento garante o sigilo e a intimidade, isso é absoluto e não pode ser violado nem mesmo para a defesa de um inocente.

Nesta linha, complementa Adherbal de Barros (1977, p.288) que as provas ilícitas são inadmissíveis porque:

(...) a repressão à criminalidade exige uma postura ética por parte da autoridade policial. Esta não pode se valer dos mesmos meios empregados pelos delinqüentes que combate (...) a única solução cabível é a eliminação da prova criminosamente obtida.

Assim como Barros, a professora Ada Pellegrine Grinover (1976) e Fernando da Costa Tourinho (1987) já se manifestavam contrários à admissão da prova ilícita, antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo que, após essa promulgação, em razão da evolução dos diversos ordenamentos jurídicos e da vedação expressa da utilização dos meios ilícitos, o número de seguidores desta corrente passou a ser ainda maior.

Neste contexto, escreveu Vicente Greco Filho (1996, p.198):

A tendência moderna é no sentido de não se admitir a prova cuja obtenção tenha violado a norma de direito material, especialmente, se a norma violada está inserida como garantia constitucional (...). (...), se a parte, por meios ilícitos, não pode obter a prova de que precisa, perde a demanda, e esse mal é menor que implicitamente autorizá-la à violação da lei para colher o meio de prova.

A favor da inadmissibilidade destas provas ilícitas são apresentados pela doutrina três posicionamentos:

O primeiro tem como base justificadora que o Direito é um todo unitário e não pode ser composto por áreas separadas; assim, se a prova é ilícita, não há,

em qualquer hipótese, como admiti-la, seja em qualquer ramo, pois o que é ilícito para um, o é para o outro.

Em seqüência, o segundo posicionamento tem, como motivo justificador, o princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado, assegurando que o Estado, na repressão contra o crime, se conduza dentro da legalidade.

Como ensina Adalberto Aranha (1994, p.49):

Como o mundo jurídico reconhece em favor do Estado uma presunção de legalidade e moralidade de todos os atos praticados, não se pode admitir, por parte de seus agentes, o uso de meios condenáveis, ombreando-se aos marginais combatidos.

E, por fim, o terceiro posicionamento parte do princípio de que, uma vez admitida a prova ilícita, se estaria ofendendo a própria Constituição. Entendem que tal prova é inconstitucional, por violar valores fundamentais do indivíduo.

Assim, para esta corrente, em razão da vedação constitucional da utilização das provas ilícitas no processo, o juiz não está livre para sentenciar conforme essas provas, sendo um óbice ao seu livre convencimento motivado.

É interessante ressaltar que essa proibição constitucional não está presente apenas em nosso ordenamento jurídico, mas também em outros países.

Na Itália, o Código de Processo Penal Italiano de 1988, em seu artigo 191, prevê expressamente a não utilização da prova ilícita.

Na Alemanha, até 1954, a questão da prova ilícita fica limitada à apreciação e valoração pelo juiz, excluindo-se a possibilidade de fazê-la estender-se ao campo do direito civil. Entretanto, em 1954, algumas destas situações passam a ser corrigidas com o anúncio do seguinte princípio geral: “o direito do Homem à tutela de sua dignidade e ao livre desenvolvimento da própria personalidade deve ser respeitado por qualquer pessoa, mesmo pelos outros membros da sociedade”.

E, a partir dessa orientação segundo Avolio (1999, p.52), a questão se estende também para as causas civis e reconhece-se a possibilidade de extrair do texto constitucional regras proibitivas de provas, suprimindo a inércia do sistema legislativo ordinário.

Quanto aos Estados Unidos da América, a jurisprudência tem considerado ilícita a prova obtida por violação às Emendas Constitucionais IV-V-VI-XIV. Embora essas regras se limitem à ação governamental, a doutrina e a jurisprudência têm-se inclinado a vedar a admissão de provas obtidas ilicitamente, também por parte dos particulares, principalmente de detetive particular.

Na Espanha, prevalece de forma majoritária a inadmissibilidade das provas ilícitas, e não se faz qualquer distinção quanto ao momento de admissão ou incorporação da prova ao processo.

Na França, admite-se a inadmissibilidade das provas ilícitas por conta do estatuto processual que regula as nulidades. E também o artigo 172 do Código de Processo Francês estabelece, de maneira ampla, a nulidade nos casos de violação dos direitos da defesa.

No Brasil, como já mencionado, com o advento da Constituição Federal de 1988, a doutrina majoritária vem-se posicionando pela inadmissibilidade das provas ilícitas, embora alguns critiquem o radicalismo do dispositivo constitucional.

A jurisprudência não tem sido muito diferente, e, dentre alguns julgados, verifica-se que a inadmissibilidade se estende às provas obtidas mediante quebra de sigilo bancário ou interceptação telefônica sem autorização judicial, invasão da privacidade do cidadão, e busca domiciliar efetuada durante repouso noturno sem a devida autorização legal.

Neste sentido, temos a decisão do TJRJ pela inadmissibilidade da prova, em razão da interceptação telefônica clandestina:

Processual civil. Separação judicial. Imputação de adultério à mulher, estribada em interceptação telefônica clandestina com gravação de fita cassete. Prova recusada pelo juiz em face da ilegalidade da forma de obtenção da prova. Agravo de Instrumento (TJRJ, Agravo de Instrumento, nº13.359, Relator Desembargador Miguel Angeli Barros, julgado em 05/02/02).

Se a gravação de conversa telefônica em fita cassete foi obtida através de interceptação telefônica, está certo o despacho do Juiz que impede o seu uso como prova em processo judicial, porque a interceptação telefônica é ilícita e não é permitido o seu uso em juízo de prova obtida por meios ilícitos. (...).

O STF, também vem se posicionando pela inadmissibilidade das provas ilícitas, como podemos ver na Ação Penal 307-3 DF, em que foi relator o Ministro Ilmar Galvão, demonstrando bem a posição quanto às provas ilícitas:

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, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor 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 democrático. A justiça não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Heleno Fragoso, em trecho de sua obra *Jurisprudência criminal.*, transcrita pela defesa. A Constituição brasileira, no artigo 5º, inciso LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Portanto, podemos concluir que, para esta corrente, em razão da vedação constitucional, os fatos obtidos ilicitamente não podem ser vistos como provas, não tendo qualquer eficácia para o processo, pois preservam a moralidade dos atos praticados.

### **2.5.3) Conceito do princípio da proporcionalidade**

A idéia da proporcionalidade tem a sua origem na Antiguidade Clássica, quando os gregos viam o direito como algo revestido de utilidade objetivando o bem-estar, para os indivíduos viverem em harmonia com a comunidade.

No entanto, foi especialmente no campo do Direito Administrativo, que tal princípio ganhou expressão, sendo ele redescoberto ao tratar da possibilidade de limitação da liberdade, em virtude do então denominado “direito de polícia”. No plano constitucional, o princípio da proporcionalidade passou a ser aplicado no fim do século XX, e essa migração se deve à Alemanha pelos sucessivos pronunciamentos do Tribunal Constitucional alemão, que estabeleceu o conceito de proibição de excesso, envolvendo dois elementos básicos: a exigibilidade e a adequação.

Todavia, é com a decisão de 16 de março em 1971, sobre armazenagem de petróleo, que a Corte Constitucional alemã define bem o controle do princípio da proporcionalidade, assinalando que o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim desejado. O meio é considerado adequado quando, com o seu auxílio, se pode alcançar o resultado desejado, e é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz.

Ademais, é interessante ressaltar que o princípio da proporcionalidade construído dogmaticamente pelos alemães corresponde ao princípio da razoabilidade dos norte-americanos, desenvolvido sob o clima de maior liberdade dos juízes na criação do direito.

O princípio da proporcionalidade, em sua essência, é um reflexo do princípio do devido processo legal e tem, como propósito, a proibição do excesso, buscando a adequação entre o meio utilizado e o fim pretendido. Por isso, havendo confronto entre valores constitucionalmente relevantes, permite-se que se proceda a escolha entre um deles pelo intérprete da lei, como forma de buscar uma solução mais justa e equilibrada.

Assim, a aplicação do princípio da proporcionalidade deve se dar em caráter excepcional porque tal princípio reconhece a inconstitucionalidade da prova ilícita, todavia, autoriza ao julgador escolher um caminho mais justo, entre fulminar a prova ilícita ou aceitá-la, sacrificando algum valor inserido na Constituição.

#### **2.5.4) Aplicação do princípio da proporcionalidade na avaliação das provas ilícitas**

A corrente intermediária tem como objetivo evitar os extremismos das teorias obstativa e permissiva, ou seja, busca estabelecer um ponto de equilíbrio entre os interesses da sociedade em punir o criminoso e o de defender os direitos fundamentais do indivíduo, aplicando para tanto o princípio da proporcionalidade.

Nessa tendência, Bedaque (1991, p.59) nos apresenta:



O cerne da questão está em encontrar o equilíbrio entre os dois valores contrapostos: a tutela da norma violada com a obtenção da prova ilícita e a utilização dos meios necessários ao alcance do escopo da atividade jurisdicional. Daí existir outra tendência que, entre a absoluta rejeição das provas ilícitas e a sua total admissibilidade, procura o equilíbrio entre os valores contrastantes.

Defendem os seguidores dessa corrente que, sempre que ocorrer confronto de direitos, deverá ser levado em conta aquele de maior valor. Deve haver uma análise de proporcionalidade dos bens jurídicos postos em confronto. Exemplificando: caso haja a necessidade de se violar a privacidade de alguém no interesse de se provar a inocência de outro, a prova obtida através dessa violação deverá ser admitida, pois a liberdade de um inocente tem maior valor do que a privacidade de alguém.

Ademais, vale salientar que, do mesmo modo que a Constituição Federal protege o direito à intimidade e o direito ao sigilo das correspondências, ela garante também o direito à prova, de modo que se esses direitos, no caso concreto, vierem a se contrapor, caberá ao juiz, utilizando-se do senso de justiça e do poder de discricionariedade, sopesar valorativamente os direitos contrapostos e decidir pela proteção daquele que considerar de maior valor.

Corroborando tal entendimento, observa Fernando Capez (2002, p.40):

Se por um lado, a Constituição garante a proteção da intimidade e o sigilo das comunicações, por outro assegura também o direito do acusado ao devido processo legal e à ampla defesa. Se uma prova ilícita ou ilegítima for necessária para evitar uma condenação injusta, certamente deverá ser aceita, flexibilizando-se a proibição dos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal.

Contudo, esse poder atribuído ao juiz tem caráter excepcional, podendo ele se utilizar da prova ilícita somente quando for imprescindível para que o objetivo do processo seja alcançado. Outrossim, deve o magistrado sempre levar em consideração para a admissão da prova ilícita dois critérios muito importantes: a adequação e a exigibilidade.

Proposta a teoria da proporcionalidade, a admissibilidade ou não da prova ilícita se dará em um momento posterior, ou seja, obtida a prova ilicitamente, caberá ao julgador analisar qual é o valor de maior importância, se o violado pelo

crime ou se aquele atingido pela forma ilegal. De modo que, se entender ser mais estimado o interesse atingido pelo crime, a prova será admitida.

Em nosso ordenamento jurídico o princípio da proporcionalidade não foi estabelecido expressamente como um princípio constitucional, porém alguns autores, como Paulo Bonavides (2000), o consideram como um princípio vivo, elástico que, protegendo o cidadão dos excessos do Estado e defendendo os direitos e liberdades constitucionais, deve ser extraído da doutrina, da reflexão, dos fundamentos da Constituição, introduzindo-o no uso jurisprudencial.

Assim, a proporcionalidade é ínsita a todos os ordenamentos jurídicos e visa estabelecer um equilíbrio entre os valores fundamentais conflitantes como forma de garantir um resultado justo e não repugnante.

Mas, apesar disso, a doutrinadora Grinover (1982) entende que o princípio da proporcionalidade não poderá ser invocado quando se tratar de violação dos direitos fundamentais e de suas garantias.

Posicionamento diferente tem a autora Carnaúba (2000, p.99), que defende:

(...) a proporcionalidade é fundamento lógico de qualquer sistema jurídico. É a base em que se alicerçam todas as construções ideológicas. Negá-la é fazer antitética toda a estrutura legislativa (...). Portanto, a proporcionalidade se aplica sobretudo, ao direito constitucional.

Justificam ainda os defensores dessa corrente que, apesar da proibição da prova ilícita ser norma constitucional, há que se lembrar de que nenhum princípio constitucional é absoluto, uma vez que tem que conviver com outras regras e princípios também constitucionais. Assim, havendo confronto entre dois bens jurídicos, deverá o magistrado proteger aquele de maior carga valorativa.

Verifica-se neste contexto o acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, cuja decisão foi a seguinte:

Investigação de paternidade. Prova pericial. Exame consistente em impressões digitais de DNA. Incidência em caso de falecimento do investigado, sobre tecidos do próprio cadáver, coletados em vida ou *post mortem*, submetendo os próprios filhos menores do *de cuius* ao referido

exame. Admissibilidade. Conquista da ciência que não pode ser desacolhida no contexto do processo. Exame que não chega a comprometer o princípio da inviolabilidade corporal, que, aliás, evidencia outros direitos da personalidade, que é o da paternidade, do qual resultam ainda entre outros direitos, o direito ao patronímico paterno e direito aos alimentos. Inadmissibilidade de se permitir o seu impedimento, ante a amplitude de provas admitidas na lei processual. Recurso provido para se viabilizar a perícia pretendida. Voto vencido. (Agravo de Instrumento 8.137- 2º Câmara Civil do TJSC- julgado em 19/04/1994- Rel. Des. Napoleão Amarante. RT 720/220).

Vale ressaltar alguns trechos da ementa oficial:

(...) A defesa dos direitos da personalidade, se é objetivo da permanente preocupação do Estado, através de seus órgãos próprios, visualizados em suas três funções, não pode ser concebida como princípio absoluto. Deve ser flexibilizado o individualismo extremado, se o exercício da prática científica segura e confiável não atentar contra a saúde, a vida ou a debilidade de órgão, sentido ou função da pessoa natural, para dar lugar, excepcionalmente, aos avanços da ciência, quando estes, sem qualquer degradação moral ou física, puderem ser úteis ao homem também na área da Justiça. Não se pode mais, em certos casos, mormente na investigação de paternidade, quando existe o choque de dois interesses, ambos situados na esfera dos direitos da personalidade - direito à inviolabilidade do próprio corpo e direito à identificação paterna - propender-se no sentido da corrente que erige como dogma a não-obrigatoriedade da submissão do investigado a teste de Impressões Digitais de DNA. (...).

Portanto, pode-se afirmar que, o princípio da proporcionalidade é, na atualidade o corolário da constitucionalidade e cânone do Estado Democrático de Direito, e tendo como função buscar a solução de conflitos que envolvam principalmente a questão da proibição da prova ilícita, amenizando os extremos da teoria da admissibilidade e da inadmissibilidade da prova ilicitamente obtida, uma vez que admite que há a possibilidade em algumas situações de se privilegiar alguns interesses em detrimento de outro, tendo em vista a sua importância para a sociedade e para o indivíduo.

## **2.6) Provas ilícitas por derivação**

Questão que também vem causando muita discussão na doutrina e na jurisprudência é com relação às provas ilícitas por derivação. Refere-se às

hipóteses em que a prova foi obtida de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito.

Como se vê, a prova ilícita por derivação, é lícita em si mesma, 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, ou o caso da interceptação telefônica clandestina, por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato que, em depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado.

Esta modalidade de prova foi primeiramente levantada nos Estados Unidos, pela Suprema Corte Americana, quando, então, foi criada a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree doctrine*), em que todas as provas que advenham de uma prova ilicitamente obtida devem ser excluídas do processo porque se encontram maculadas pela ilicitude daquela.

Na Alemanha, o assunto também provoca controvérsias; contudo, a tendência doutrinária e jurisprudencial é de se admitir a prova lícita obtida através da ilícita, sob o fundamento de que deve prevalecer a necessidade de se buscar a verdade dos fatos que poderia ser frustrada por uma manobra da parte interessada, ou seja, o indivíduo de forma maliciosa pratica uma irregularidade com o objetivo de excluir elementos importantes de prova.

Trazendo esse problema para a esfera brasileira, também temos posições divergentes:

Para o autor Mirabete (1992, p.83):

Como a lei ordinária não prevê expressamente a cominação de inadmissibilidade ou nulidade das provas ilícitas por derivação, prevalece a eficácia do dispositivo constitucional que veda apenas a admissibilidade da prova colhida ilicitamente, e não a que dela deriva.

Antônio Magalhães Gomes Filho (1997, p.83), no entanto, defende o contrário:

Não é possível admitir a prova por derivação no processo, porquanto se encontra contaminada pela ilicitude inicial, não somente por um critério de causalidade, mas principalmente em razão da finalidade com que são estabelecidas as proibições das provas ilícitas. Afirma o autor que de nada adiantariam as regras de inadmissibilidade das provas ilicitamente obtidas se, de forma derivada, informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento jurídico, pudessem servir ao convencimento do juiz.

Porém, mesmo os adeptos da teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, entendem que se faz necessário não tomar uma posição absoluta. Explicam que, excepcionalmente, serão admitidas as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre uma e outra é tênue ou, ainda, quando as provas derivadas poderiam de qualquer modo ser descobertas de outra maneira. Estas são aquelas situações em que a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das demais provas derivadas, ou aquelas situações de provas que derivam de fonte própria.

Na jurisprudência, tal questão também gerou polêmica em uma decisão do STF, quando do julgamento de um *Habeas Corpus* em que o Ministro Sepúlveda Pertence, ao tratar da teoria dos frutos da árvore envenenada expõe:

(...) vedar que se possa trazer ao processo a própria 'degravação' das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas que, sem tais afirmações não colheria, evidentemente, é estimular e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas (*Habeas Corpus* nº 69912-0, julgado em 16/12/1993).

Em sentido contrário foi a posição apresentada pela 1ª Turma do STF quando do julgamento do *Habeas Corpus*, que teve como relator Sydney Sanches. Eis a ementa:

Interceptação de comunicações telefônicas. Prova ilícita. Não-contaminação das provas lícitamente obtidas. Sentença condenatória. Fundamentação. Nulidade. (*Habeas Corpus*, 74.152-5, DJ 08/10/1999).

1. Havendo-se apoiado a sentença condenatória, confirmada pelo acórdão impugnado, em provas lícitamente obtidas, ou seja, não contaminadas pela prova ilícita, consistente na interceptação telefônica, não é caso de se anular a condenação. (...).

## 2.7) Da prova emprestada

Outra questão interessante é saber da possibilidade de utilização da prova emprestada no âmbito do processo civil brasileiro, diante da ausência de previsão legal expressa.

A prova emprestada, conforme bem explica Grinover et al. (2001, p.125) “é aquela que é produzida num processo, sendo depois transportada documentalmente para outro, visando a gerar efeitos nestes”.

A discussão sobre o assunto surge da seguinte indagação: Poderia a prova lícitamente obtida para a investigação criminal ou instrução processual, como no caso da interceptação telefônica, ser emprestada ao processo civil? Porque, como bem se sabe, a lei de interceptação telefônica não atinge as instruções civis, portanto, não se admite no processo civil que o juiz autorize uma interceptação telefônica.

Sobre essa indagação o professor Nery Júnior (1997, p.156) responde afirmativamente, admitindo a prova emprestada como regra, do processo penal para o civil, em razão da unidade da jurisdição e da teoria geral da prova, expondo:

Entendemos ser admissível a produção de prova obtida lícitamente (porque autorizada pela CF) para a investigação criminal ou instrução processual penal, como prova emprestada no processo civil. A natureza da causa civil é irrelevante para a admissão da prova. Desde que a escuta tenha sido determinada para servir de prova direta na esfera criminal, pode esta prova ser emprestada ao processo civil.

Ainda nesta linha é a doutrina de Grinover, Scarance e Gomes Filho (2001, p.196).

As opiniões dividem-se, mas, de nossa parte, pensamos ser possível o transporte da prova. O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, lícitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a

alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável.

O ilustre desembargador Moreira e Amaral Santos (2000, p.340) também ponderam sobre a possibilidade de se reconhecer eficácia à prova emprestada do processo penal, perante o juiz civil. Ressalta, inclusive, Moreira (1996, p.151) que é “injustificável a distinção feita no artigo 5º, inciso XII, *fine*, entre o processo civil e o penal”.

Porém alertam esses doutrinadores que se faz necessário que a pessoa, a quem se pretende opor a prova, haja participado do feito em que ela se produziu. E se, não for este o caso, deverá a parte contrária ratificar a prova no cível, o que se dará através do contraditório. Isto porque se aplicam à prova emprestada os princípios constitucionais que regem a prova em geral.

Todavia o assunto ora tratado não é pacífico na doutrina. Posicionando-se de forma distinta, encontra-se o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro (1997) que, ao manifestar-se sobre a Lei 9.296/96, dispõe que o artigo 5º, inciso XII da Lei Maior é de interpretação restritiva, não podendo a interceptação ser consentida a não ser nos casos nela mencionados.

Igualmente se manifesta Luiz Flávio Gomes in Repertório IOB de Jurisprudência (1997, p.74-76) citado por Azenha (2004, p.1680) que adverte que “a prova colhida por interceptação telefônica no âmbito penal não pode ser ‘emprestada’ (ou utilizada) para qualquer outro processo vinculado a outros ramos do direito”.

Como podemos observar, a prova emprestada, assim como a proibição da prova ilícita, acarretam algumas divergências. Mas, independente desta discussão, é importante frisar que o juiz do novo processo tem total liberdade para avaliar a prova emprestada e tirar suas próprias conclusões, que podem até mesmo ser distintas daquelas do julgador anterior.

### **3) AS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO DE FAMÍLIA**

#### **3.1) Considerações gerais**

O progresso da ciência trouxe, sem dúvida, diversos benefícios ao homem, contudo, paralelamente a esses benefícios há também problemas. Com o avanço dos meios eletrônicos, tornou-se cada vez mais fácil registrar a conversa das pessoas, interceptar *e-mails*, cartas ou, ainda, fazer fotografias e filmagens utilizando-se das câmeras escondidas. Com isso, várias discussões surgiram no tocante à violação da privacidade das pessoas que se contrapõem à utilização destas provas no processo.

Porém essa problemática torna-se, conseqüentemente, mais delicada quando se refere ao direito de família, no qual repousam as relações familiares, a individualidade de cada membro, sua dignidade e intimidade.

Diversas situações levam, às vezes, os cônjuges a procurarem sucessivos meios de provas para reforçarem seus argumentos. Então, surge a figura do detetive particular, da escuta telefônica, dos flagrantes forjados, das situações provocadas. Até que ponto essas provas obtidas unilateralmente têm idoneidade suficiente para serem aceitas no juízo da família? É, a partir desta indagação, que surgem diversas discussões sobre o assunto, sendo que, para alguns doutrinadores, é inadmissível a utilização da prova ilícita, enquanto outros entendem que, principalmente nos casos que versam sobre disputa de guarda de menores, seria admissível, por envolver questão de alta carga de valores.

#### **3.2) A utilização das provas ilícitas no direito de família e suas divergências**

A Lei 9.296/96 não tem aplicabilidade no processo civil, prevalecendo, a princípio, a proibição da admissibilidade de qualquer prova ilícita, inclusive as



obtidas via interceptação telefônica e gravação clandestina, que, em nenhuma hipótese, poderão ser autorizadas pelo magistrado.

E é exatamente, quanto a essas provas, obtidas mediante a violação do direito à intimidade, que surgem os maiores problemas e discussões, pois, em relação àquelas que tenham sido obtidas com violência à pessoa, coações, entre outras aberrações, não há qualquer direito que justifique a aceitabilidade destas provas, sob pena de se estar ferindo o ordenamento jurídico como um todo, pela violação do princípio da dignidade humana.

Esse assunto torna-se ainda mais discutível no campo do direito de família em que repousam as relações familiares e a individualidade de cada membro da família.

É muito comum, por exemplo, o uso por um dos cônjuges da interceptação telefônica para tentar provar conduta desonrosa do outro cônjuge, em pedido de separação judicial, ou então em casos que envolvam disputa de guarda de filhos.

Sobre este tema, há diversas decisões antagônicas que bem servem para aquilatar a complexidade da questão.

O doutrinador Cahali (2002, p.655) entende ser admissível a utilização das provas ilícitas, expondo que:

(...) é perfeitamente admissível a migração de princípios inerentes ao processo penal para o âmbito do processo civil, quando se considera que a separação judicial com causa culposa representa em substância uma sanção ou penalidade imposta ao cônjuge infrator dos deveres matrimoniais.

Em uma posição intermediária ficam os processualistas Moreira e Moniz de Aragão, argumentando que é admissível a prova ilícita desde que não haja outro meio de prova que evidencie a infidelidade do outro cônjuge.

José Rubens Machado de Campos (2000) também é favorável a esse sistema misto, entendendo que, embora a proibição deva existir, em certas hipóteses, deve admitir-se a interceptação, sendo que o juiz poderá avaliar a prova e as liberdades alheias. Assim, aliado a essa corrente intermediária, sustenta que:

No tocante ao direito de família, deve haver uma reflexão sobre o conflito existente entre a proteção da família, os interesses ofendidos e os meios de provas obtidos pelos meios mecânicos, que podem gerar ofensa ao direito à intimidade. Atualmente não se admite uma proteção absoluta às Liberdades Públicas, que não podem ser exercidas de maneira prejudicial à ordem pública e às liberdades alheias (apud AZENHA 2004, p.109).

Como já frisado antes, o assunto não é pacífico, e cada vez mais se demonstra a divergência existente em torno desta matéria.

Dessa forma, há doutrinadores posicionando-se no sentido de não admitir a violação à intimidade para obtenção da prova do adultério com o fim de separação, mas somente em casos de guarda de filhos.

Assim entendem os doutrinadores Wambier, Almeida e Talamini (2001, p.483): “a conversa telefônica clandestina não serve de prova na separação judicial, mas sim, se a questão é sobre guarda de filhos”.

E ainda Milton Fernandes (1977, p.216) afirma: “mesmo a necessidade de evidência do adultério não justificaria a escuta telefônica. Há outros meios probatórios menos incompatibilizados com a intimidade de cada um” (apud PINHEIRO, 2004, p.181).

Não há como negar que, no âmbito civil, a questão das provas ilícitas, efetivamente, torna-se mais complicada. Se, de um lado, não se admitem as provas ilícitas, de outro, não há outro meio de prova que permita salvaguardar um direito fundamental mais relevante. Portanto, entendemos que o caminho mais certo a se seguir é o de admitir a aplicação do princípio da proporcionalidade. De modo que, havendo conflito entre dois direitos fundamentais, deve prevalecer aquele de maior relevância.

Assim a utilização da prova ilícita no direito de família deve ser admitida desde que aplicada conjuntamente com o princípio da proporcionalidade, fazendo um sopesamento dos interesses e valores em jogo. Porém, se aplicarmos o princípio da proibição da prova ilícita de forma extrema, poderão ocorrer injustiças e, muitas vezes, danos irreparáveis.

Veja-se, por exemplo, uma mulher que, sem outros meios de prova, consegue gravar várias conversas telefônicas do ex-marido com um terceiro,

onde aquele afirma que maltrata fisicamente o filho que está sob a sua guarda. Poderia ela utilizar essa gravação para pedir a troca da guarda do filho?

Se analisarmos sob o ponto de vista constitucional, não haveria a possibilidade de admissão, em um processo, de prova obtida através da violação do sigilo das comunicações telefônicas, porque, como se sabe, a interceptação só pode ser obtida para fins de investigação criminal ou instrução de processo penal, e não para fins civis, como a mudança de guarda. Porém se utilizarmos o princípio da proporcionalidade e fizermos um sopesamento dos interesses envolvidos, de um lado encontraremos o direito à intimidade do pai e de outro, a integridade física do filho que está sendo violada. Qual o valor mais relevante? O que seria mais correto? Admitir a prova e determinar a troca de guarda, ou, simplesmente negar a validade da prova e julgar improcedente o pedido da mãe e continuar submetendo a criança aos maus tratos do pai? Sem dúvida alguma, o interesse da criança deve prevalecer, e a devida tutela jurídica só seria atingida se admitida a prova que foi obtida através de meio ilícito.

Outra situação importante, julgada pelo STJ foi o caso da mulher casada que tinha duas filhas e um amante médico. Quando o esposo viajava, para facilitar seu relacionamento espúrio, ela ministrava “Lexotan” às meninas. O marido, suspeitando desses acontecimentos, gravou a conversa telefônica entre sua mulher e o amante.

Verifica-se que, embora a gravação tenha sido feita por motivo relevante, prevaleceu a garantia do direito constitucional à intimidade. A 6ª Turma do STJ, ao julgar este recurso em mandado de segurança nº 5.352, que teve como relator o Ministro Adhemar Maciel, entendeu que a escuta telefônica, representada por gravação feita pelo marido traído, violava a intimidade individual.

Entende-se que essa não foi a melhor decisão a ser tomada pelos ilustres julgadores. Baseando-se no princípio da proporcionalidade e fazendo uma análise dos valores que estão em conflito, não há dúvida de que a saúde e a integridade física das crianças prevalece sobre o direito à intimidade da mãe. É justificável a interferência na esfera dos direitos individuais para preservar a saúde de outrem.

Ainda sobre este recurso, o Ministro Vicente Cernicchiaro, em voto vencido, negou provimento para o desentranhamento da fita cassete e demais

documentos. Contudo, a sua justificativa se deu por entender que a intimidade se referia a uma pessoa ou a uma pluralidade de agentes.

Eis alguns trechos do acórdão:

(...) Acredito, no tocante à fidelidade conjugal, o comportamento de um dos cônjuges é de interesse do outro cônjuge.

No caso concreto, a conduta da esposa não poderia ser interceptada por estranho, salvo pelo marido que tem interesse também no seu comportamento. No caso, não é estranho.

(...) Em face destas considerações, levando em conta que a gravação foi feita pelo marido e, por isso, não feriu o direito à intimidade. A mulher tem obrigação do dever de fidelidade conjugal. O fato interessava também a ele (...).

Acredita-se que o princípio da proporcionalidade é a melhor solução para os casos não abarcados pela lei, sendo que cabe ao aplicador do direito, na situação concreta que lhe for apresentada, analisar os valores que estão em jogo e, se o que estiver em oposição ao direito ao sigilo das comunicações telefônicas for de maior relevância, não aplicar o princípio da proibição da prova ilícita.

Contudo, vale lembrar que a aplicação deste princípio é apenas um modo de se obter e salvaguardar o equilíbrio entre os direitos fundamentais conflitantes. De modo que a sua utilização deve ser consciente, moderada e restrita, não devendo se utilizar dela como um meio indireto de admissão das provas ilícitas.

Corroborando também este mesmo entendimento, encontra-se o posicionamento do STJ que aplicou o princípio da proporcionalidade de forma implícita, admitindo a gravação clandestina em uma ação de investigação de paternidade.

Entre os valores de proteção à intimidade das pessoas e de busca da verdade nos processos, qual valor mais nobre? A meu ver, o que diz respeito à verdade. Foi-se o tempo em que o processo civil se contentava com a verdade formal. À semelhança do processo penal, o civil também há de se preocupar com a verdade material. Chega-se à verdade através da prova, cujo ônus incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito. Mas existe fato de difícil prova! (...). Impedir que alguém produza, digamos, por meio de conversas telefônicas, seria, ao meu sentir, o mal maior. Isto não quer dizer que os fins justifiquem os meios. No entanto, há caso em que se não se admitir tal prova, inútil será o processo (...) (STJ, Recurso Especial, Relator Ministro Cláudio

Santos, julgado em 24/02/1997 – trecho do voto do Ministro Nelson Naves).

A título de complementação no julgado supracitado, o Ministro Nelson Naves defende que a verdade material deve se sobressair ao direito à intimidade. Entretanto, o fundamento poderia ser outro, porque, acima da verdade material, encontra-se o direito da criança de saber quem é seu pai, quando este se nega ao exame de DNA, pelo próprio princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio do *favor filii*, e, sem dúvida, este é um interesse que se sobressai ao do sigilo das comunicações telefônicas.

Assim, apesar do princípio da proporcionalidade não estar estabelecido expressamente como um princípio constitucional, entendemos que o melhor caminho para alcançar a justiça é aplicá-lo.

Porém, é importante ressaltar que a adoção da corrente intermediária da teoria da proporcionalidade, no que diz respeito à admissibilidade das provas ilícitas no processo civil, não caracteriza uma aprovação à violação do direito à privacidade. O que ocorre é apenas o seu afastamento, no caso concreto, em função de um direito axiologicamente mais relevante, também protegido constitucionalmente, haja vista que nenhuma norma constitucional é absoluta, pois tem de conviver com outras normas também constitucionais.

Essa possibilidade da utilização das provas ilícitas no direito de família será mais restrita no que concerne à separação judicial, do que no que se refere, à disputa da guarda de filhos ou à investigação de paternidade. Em razão dos valores envolvidos, o grau de admissibilidade da prova ilícita nestes casos, será maior do que em relação àqueles casos que tratam de infidelidade entre os cônjuges.

Isto porque, com a evolução dos tempos, os valores morais referentes ao dever de fidelidade foram alterados, e apesar de constituir grave infração ao dever do matrimônio, não possui o mesmo valor que tinha a décadas atrás.

Portanto, quando se tratar de infidelidade conjugal a utilização da prova ilícita será mais restrita.

Também deve ser observado que não se defenda que aquele que violou a intimidade alheia fique impune, pois, se seu ato se caracterizou como uma modalidade criminosa ou um ilícito civil, deverá ser o sujeito penalizado por esse fato.

### **3.3) Distinção terminológica entre interceptação telefônica, gravação clandestina e escuta telefônica.**

Faz-se necessário estudar brevemente os conceitos dos meios de obtenção de prova através da interceptação telefônica e da gravação clandestina, porque, na prática, é dado um tratamento diferenciado quando se está diante de um ou de outro caso, e também para saber em que situações a Lei de Interceptações se aplica.

Do gênero captação eletrônica tem-se como espécies principais: a interceptação telefônica, a gravação clandestina e a escuta telefônica.

A interceptação, em sentido amplo, significa interromper no seu curso, deter, ser obstáculo. Contudo, na lei, a expressão tem outro sentido, qual seja o de captar a comunicação telefônica, tomar conhecimento, ter contato com o conteúdo dessa comunicação.

Para caracterizar a interceptação telefônica, é necessário que a captação da conversa seja feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores. Com certeza, esta é a forma mais grave de captação eletrônica e de violação do direito à intimidade, e a única autorizada pela lei 9.296/96.

Sobre esta espécie, ensina Avolio (1999, p.99):

O que importa, e também resulta essencial à noção de interceptação, além do fato de a operação ter sido realizada por alguém estranho à conversa, é que este terceiro estivesse investido do intuito de tomar conhecimento de circunstâncias, que, de outra forma, lhe permaneceriam desconhecidas.

A segunda espécie é a escuta telefônica. Refere-se à captação de conversa telefônica por um terceiro, mas com o consentimento e conhecimento de um dos partícipes da conversa.

Assim, nesta espécie como na anterior, é necessária a presença de três protagonistas.

Já a gravação clandestina consiste no registro da conversa telefônica por um de seus participantes, com o desconhecimento do outro.

Conforme esclarece Raboneze (1998, p.46), a gravação clandestina consiste “no ato de registro de conversação própria por um de seus interlocutores, sub-repticiamente, feita por intermédio de aparelho eletrônico ou telefônico”.

Ainda a título de complementação, podemos distinguir a interceptação telefônica propriamente dita da gravação ambiental. Esta seria a situação em que a captação eletrônica de comunicações não se dá através de grampeamento de telefone, mas, através de gravação de conversa entre presentes.

Assim, nas palavras de Avolio (1999, p.104), a gravação ambiental seria: “A captação sub-reptícia da conversa entre presentes, efetuada por terceiro, dentro do ambiente onde se situam os interlocutores, com o desconhecimento destes”.

### **3.3.1) Análise crítica da lei de interceptação telefônica e a sua relação com o processo civil**

Procurando solucionar parte do problema, em 1996, foi promulgada a Lei 9.296, com o objetivo de regular a parte final do inciso XII, do artigo 5,<sup>o</sup> da Constituição Federal. Estabelece essa lei as hipóteses em que será admitida a interceptação telefônica por ordem judicial, bem como a forma do requerimento e da decisão.

Apesar de trazer notável avanço, a referida lei não se destaca pela perfeição e não ajudou a solucionar todos os problemas relacionados às provas

obtidas através das interceptações telefônicas, escutas telefônicas e gravações clandestinas.

Primeiro, porque a lei 9.296/96 só tem aplicabilidade no âmbito do processo penal, ficando os magistrados que atuam nas demais áreas, principalmente os do processo civil, impossibilitados de autorizarem judicialmente as interceptações, mesmo se entenderem como necessárias, até porque a Constituição expressamente se referiu apenas à instrução ou investigação criminal.

Diante desta restrição pela lei de interceptação telefônica, surgem inúmeras discussões sobre a sua aplicabilidade ou não no âmbito civil, porque, embora no processo penal os valores em jogo muitas vezes estejam ligados a um dos bens maiores do homem, não se pode deixar de encontrar no processo civil valores e interesses indisponíveis que estão longe de simples questões patrimoniais.

Sobre este problema, retornando-se à própria redação constitucional, Grinover (1997, p.22) levanta a seguinte questão:

Qual a razão de excluir da quebra a prova necessária ao processo não-penal, dada a natureza dos direitos materiais controvertidos no denominado 'processo civil', o qual, no ordenamento brasileiro, está longe de restringir-se à tutela de meros interesses patrimoniais?

Afirma a autora que houve um equívoco na redação do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988, que se deu em função da Comissão de Redação da Assembléia Nacional Constituinte, uma vez que o texto aprovado pelo plenário da Assembléia era diverso do que foi publicado e que hoje vigora.

Na redação original não se permitia, apenas, a autorização judicial para interceptações telefônicas no caso de instrução ou investigação criminal; falava-se simplesmente em "instrução processual".

Grinover chega mesmo a afirmar que a Comissão de Redação, ao publicar texto diverso do aprovado, exorbitou de seus poderes; sendo que a redação restritiva do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal/88 é formalmente inconstitucional por vício de competência e afronta o processo legislativo.



Em continuidade, podemos ainda apontar como falho o fato de a referida lei somente ter abarcado as hipóteses de interceptação telefônica, não se referindo, em nenhum momento, às gravações clandestinas, que podemos afirmar serem menos gravosas, e nem às escutas telefônicas.

Com relação a essa falha, há quem defenda que, quando o legislador se referiu às interceptações telefônicas de qualquer natureza (artigo 1º da Lei 9.296/96), pretendia, também, abarcar as hipóteses de escuta, porque esta se caracteriza pela presença de um terceiro, que grava a conversa dos interlocutores. São dessa opinião: Grinover (1997, p.24), Damásio (1997, p.460), Azenha (2004, p.202), Raboneze (1998, p.69).

Em contrapartida, há quem entenda que não há como se considerar que a lei de interceptação telefônica equiparou a escuta telefônica com a interceptação, não sendo esses termos utilizados como sinônimos. Neste sentido, encontramos Greco Filho (1996, p.4).

Outra falha que podemos apontar na Lei 9.296/96 e que tem relação com o processo civil é que ela é omissa no que diz respeito às denominadas provas emprestadas, instituto que já estudamos anteriormente.

Sobre esse assunto, a questão que se discute na doutrina é: a interceptação telefônica obtida mediante permissão legal, a fim de ser utilizada como prova emprestada, em outro processo, seja ele, civil, trabalhista ou administrativo, é possível?

As respostas a esta questão possuem divergências pelo fato de que esta situação não está estabelecida nem na Constituição Federal e nem na lei 9.296/96. Como já citado anteriormente, há doutrinadores se posicionando tanto pela admissibilidade quanto pela inadmissibilidade da prova emprestada na área civil.

Nota-se, pelo exposto até o momento, que a solução apresentada pela lei foi parcial e, quanto às demais hipóteses existentes de captação eletrônica por telefones, como as interceptações e gravações clandestinas produzidas no processo civil ou as gravações clandestinas no processo penal, não há solução legislativa, pois, num caso concreto, dependendo de qual corrente se adote

quanto à admissibilidade das provas obtidas ilicitamente, obter-se-ão resultados diferentes.

### **3.3.2) Interceptação telefônica**

Um dos assuntos mais corriqueiros no meio jurídico sobre a obtenção ilícita da prova diz respeito à interceptação telefônica. É difícil tratar de prova ilícita sem mencionar e analisar essa modalidade de interceptação.

A interceptação telefônica também conhecida pela denominação de “grampo” trata da intervenção de uma terceira pessoa, que grava a comunicação telefônica sem o conhecimento dos dois interlocutores<sup>1</sup>. Ela vem autorizada na Constituição Brasileira de 1988, no artigo 5º, inciso XII, desde que, acompanhada por uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Desta forma, seguindo a literalidade da lei, a interceptação telefônica só tem aplicabilidade no âmbito do processo penal, ou seja, somente o juiz criminal possui competência para deferir o pedido de interceptação, sendo tal providência proibida pelo juiz da área civil.

Contudo, esta restrição imposta pela Constituição Federal causa bastante divergência entre os doutrinadores e a jurisprudência. Enquanto para alguns a interceptação telefônica deve ser admitida também no processo civil, para outros ela somente pode ser utilizada para fins penais.

Assim entende o autor Flávio Gomes (1997, p.75):

Não é possível interceptação para fins civis, comerciais, industriais, administrativos, políticos ou tributários etc. Nem sequer para investigação que envolva direitos difusos (coletivos). Não cabe interceptação em ação civil pública, ação de enriquecimento ilícito etc.

---

<sup>1</sup> A escuta telefônica, embora tenha o consentimento de um dos interlocutores, não desnatura a característica de interceptação telefônica, se realizada por terceiro, de modo que ela terá a mesma aplicação desta.

Em sentido contrário, se posicionam os autores Grinover, Scarance e Magalhães Gomes (2001, p.180):

Não se pode apoiar a opção da Constituição, limitando a possibilidade de interceptação lícitas ao processo penal. Também no processo não-penal pode haver relações controvertidas de direito material que envolvam valores relevantes.

Quanto à jurisprudência o assunto também causa divergências.

Pela inadmissibilidade da interceptação telefônica no processo civil, encontra-se a decisão do TJRJ:

Processo Civil. Separação Judicial. Imputação de adultério à mulher estribada em interceptação telefônica clandestina com gravação de fita cassete. Prova recusada pelo juiz em face da ilegalidade da forma de obtenção da prova (Agravo de Instrumento nº 13.359, Relator Desembargador Miguel Angelo Barros, julgado em 05/02/2002).

Se a gravação de conversa telefônica em fita cassete foi obtida através de interceptação telefônica, está certo o despacho do Juiz que impede o seu uso como prova em processo judicial, porque a interceptação telefônica é ilícita e não é permitido o seu uso em juízo de prova obtida por meios ilícitos. (...).

No sentido de admitir, verifica-se o julgamento de um Agravo de Instrumento pelo Desembargador Barbosa Moreira, em que dá destaque à legitimidade de prova colhida mediante interceptação telefônica e gravação de conversas telefônicas, em caso de adultério, pondo em relevo a denominada teoria da proporcionalidade.

Adultério. Prova. Interceptação e gravação de conversas telefônicas.

Prova obtida por meio de interceptação e gravação de conversas telefônicas do cônjuge suspeito de adultério: não é ilegal, quer à luz do Código Penal, quer do Código Brasileiro de Telecomunicações, e pode ser moralmente legítima, se as circunstâncias do caso justifiquem a adoção, pelo outro cônjuge, de medidas especiais de vigilância e fiscalização. (Agravo de Instrumento 7.111- 5º Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro).

Como já ressaltado, o juiz da área civil não possui competência para autorizar o procedimento de interceptação, porque tal atribuição compete exclusivamente ao juiz criminal. Contudo, apesar dessa restrição, poderia a interceptação telefônica devidamente autorizada para investigação criminal ser emprestada ao processo civil?

Assim como a restrição da interceptação telefônica pela Constituição Federal, a prova emprestada também causa divergências. Porém, parte da doutrina tem admitido a produção da prova obtida licitamente (porque autorizada pela Constituição Federal) para a investigação criminal ou instrução processual penal, como prova emprestada no processo civil. A natureza da causa civil é irrelevante para a admissão da prova. Desde que a escuta tenha sido determinada para servir de prova direta na esfera criminal, pode essa prova ser emprestada ao processo civil. Ademais, como já houve a quebra do sigilo, não há que se falar mais em preservação da intimidade do interlocutor da comunicação telefônica.

Entretanto, existem doutrinadores que discordam desse ensinamento e defendem que a interceptação telefônica é restrita à investigação criminal e à instrução processual, de modo que não se pode ampliar o seu alcance, a fim de permitir que o resultado da interceptação seja aproveitado como prova emprestada no processo civil, sob pena de violar o princípio da legalidade.

Sem dúvida, a interceptação telefônica é a mais reprovável de todas as modalidades de captação de conversa eletrônica, sendo ela, bem menos aceita pelos doutrinadores do que a gravação clandestina. Porém, apesar desta reprovabilidade, entende-se que a interceptação deve ser utilizada juntamente com o princípio da proporcionalidade, ou seja, não havendo, por exemplo, outro meio para se provar a conduta desonrosa do pai que maltrata seus filhos, pode a mãe utilizar-se da interceptação telefônica para demonstrar a agressão, e conseqüentemente requerer a mudança da guarda.

O mesmo ocorre com a prova emprestada. Por exemplo: da interceptação telefônica que é feita para a investigação de um crime, descobre-se que a mulher traía o seu marido. Nada impede que o cônjuge inocente venha a utilizar-se desta prova na área cível como prova da infidelidade conjugal, uma vez que a intimidade já foi violada.

Vale acrescentar ainda que, depois de apresentada essas provas ilícitas pela parte nos autos, é sabido que, pelas regras de experiência, tais elementos probatórios, ainda que eventualmente sejam desentranhados dos autos, inevitavelmente deixará resíduo na convicção do julgador.

Assim, mais uma vez, divide-se a doutrina brasileira em duas correntes, conforme exposto. O certo é que a admissibilidade da interceptação telefônica no processo civil dependerá do entendimento do magistrado, que se filiará a uma das defensáveis posições doutrinárias.

### **3.3.3) Gravação clandestina**

A captação de conversa telefônica através da gravação clandestina, não foi mencionada nem pela Constituição, nem pela lei 9.296/96, o que naturalmente acarretou um vácuo no sistema.

Contudo, no âmbito do processo civil, a jurisprudência e a doutrina brasileira têm-se inclinado, em meio à divergência sobre a sua licitude, a admitir como válida a gravação clandestina. Tem ela, assim, uma maior receptividade do que a interceptação não autorizada. A tendência é de sua admissibilidade, não a considerando ofensiva ao sigilo da intimidade e, conseqüentemente, não a considerando ilícita, quando a proteção ao valor que está em conflito com o direito ao sigilo das comunicações telefônicas se mostrar mais relevante, justificando-se a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Entendem os adeptos à gravação clandestina que gravar a própria conversa não é ilícito, pois não existe qualquer vedação neste sentido. No entanto, a divulgação indevida desta interlocução poderá ser ilícita, configurando-se a conduta ao tipo do artigo 153 do Código Penal.

Em conformidade com o exposto, eis como têm-se posicionado alguns doutrinadores, dentre eles, Avolio (1999, p.156):

(...) A clandestinidade não se confunde com a ilicitude. Qualquer pessoa tem o direito de gravar a sua própria conversa, haja ou não conhecimento da parte de seu interlocutor. O que a lei penal veda,

tornando ilícita a prova decorrente, é a divulgação da conversa sigilosa, sem justa causa. A 'justa causa' é exatamente a chave para se perquirir a licitude da gravação clandestina (...).

Corroborando, também, este mesmo entendimento, encontramos Grinover et al. (2001p. 199) que ensinam que a gravação da conversa em si não é ilícita, porém a sua divulgação poderá caracterizar uma afronta à intimidade, qual seja, a violação de segredo.

Defendem ainda esses autores que:

Após a atuação em apenso e antes da inutilização dos trechos da conversa irrelevante à apuração dos fatos, o segredo de justiça ainda é válido, visando preservar a intimidade de terceiros; mas, uma vez tendo sido realizada a gravação e transcrição da conversa, retirando os trechos impertinentes, não há nenhum sentido em se manter o sigilo (2001, p.193).

Apesar da grande receptividade da gravação clandestina na doutrina, ainda há autores que entendem ser inadmissível esse meio de prova por ser incompatível com o sistema processual. Neste posicionamento encontra-se o autor José Frederico Marques (1999, p.80).

Nelson Hungria entende que:

(...) a liberdade, na apreciação dos meios de prova, por maior que seja, não é total: o limite é aquele que garanta a exclusão dos meios de prova que atentem contra o pudor público, ou se revelem subversivos da ordem pública (Prova Criminal, in J.M de Carvalho Santos, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro 52/255, HUNGRIA apud AVOLIO, 1999, p.82).

Na jurisprudência, o assunto também causa divergências, contudo podemos observar que, como na doutrina, há a tendência pela aceitação da gravação clandestina com a aplicação do princípio da proporcionalidade, ainda que não expressamente.

Vejamos algumas ementas dos diversos Tribunais nacionais no sentido de admitir a gravação clandestina.

Prova. Gravação de conversa telefônica feita pela autora da ação de investigação de paternidade como testemunha do processo. Requerimento de juntada da fita após a audiência da testemunha, que foi deferido pelo juiz. Tal não representa procedimento em ofensa ao disposto no artigo 332 do CPC, pois aqui o meio de produção da prova não é ilegal, nem moralmente ilegítimo. Ilegal é a interceptação, ou a escuta de conversa telefônica alheia. Objetivo do processo, em termos de apuração da verdade material. (STJ, Recurso Especial 9.012-0/RJ, 3º Turma, Relator Ministro Nilson Naves, julgado em 24/02/1994).

Não se cuidando de interceptação de conversa telefônica ou de outro meio ilegal ou moralmente ilícito, mas simplesmente de reprodução de conversa mantida pelas partes e gravada por uma delas, há de ser esta gravação admitida como prova em juízo, a teor do artigo 383 do CPC, independentemente da admissibilidade da referida prova do conhecimento de sua formação pela outra parte. (TACicSP, Relator Juiz Batista Lopes, julgado em 20/05/1987).

Prova ilícita. Interceptação, escuta e gravação, telefônicas e ambientais. Princípio da proporcionalidade. Encobrimento da própria torpeza. Verdade processualizada. Doutrina e jurisprudência. (...).

O princípio da proporcionalidade, que se extrai dos artigos 1º a 5º da Constituição Federal, se aplica quando duas garantias se contrapõem. A Lei 9.296/96 veda, sem autorização judicial, a interceptação e a escuta telefônica, mas não a gravação, ou seja, quando um dos interlocutores grava a própria conversa. A aplicação há de ser uniforme ao processo civil, em face da comunicação entre os dois ramos processuais, mormente dos efeitos de uma sentença penal condenatória no juízo cível e da prova emprestada (TJRS, Relator Desembargador Nereu José Giacomolli, julgado em 11/03/2003).

#### Em sentido contrário:

Agravo de instrumento. Prova consistente em gravação em fita magnética, de conversação telefônica, feita por uma das partes, sem conhecimento da outra, art. 332 do CPC. Recurso provido para indeferir a produção desta prova. A gravação magnética pode ser admitida como meio idôneo de prova desde que não obtida clandestinamente. Clandestina é a gravação de conversação telefônica, feita por uma das partes sem conhecimento da outra. (TJPR, Relator Des. Wilson Reback).

Prova civil. Gravação magnética, feita clandestinamente pelo marido, de ligações telefônicas da mulher. Inadmissibilidade de sua utilização em processo judicial, por não ser meio legal nem moralmente legítimo (artigo 332 do Código de processo Civil), (STF, Relator Ministro Xavier Albuquerque).

Nota-se, com o exposto até o momento, que tanto na jurisprudência quanto na doutrina não há uma unanimidade sobre o assunto, mas uma propensão pela admissibilidade da gravação clandestina, por entender que esta modalidade de captação eletrônica é menos moralmente reprovável do que a interceptação, já que não existe qualquer vedação para que o sujeito grave suas próprias conversas.

Portanto, a gravação clandestina deve ser admitida como prova da infidelidade conjugal, investigação de paternidade ou maus tratos ao menor, uma vez que não há quebra de privacidade de quem quer que seja, pois se trata de gravação da própria conversação, pouco importando que a pessoa com que se fala desconheça a existência do sistema eletrônico.

### **3.4) Filmagens e fotografias**

A filmagem e a fotografia não autorizadas é uma prática muito utilizada em questões de família, principalmente com o advento de detetives particulares.

O aparato tecnológico disponível hoje é vasto e eficiente para perscrutar a privacidade de qualquer pessoa. As teleobjetivas, as câmaras fotográficas, gravadores adaptáveis a qualquer situação, telex, fax, telefone celular etc, são algumas das expressões dessa nova era da comunicação em que vivemos atualmente.

No Brasil, embora seja crime, são encontrados, nos classificados, anúncios de detetives que oferecem de forma oculta, serviços de interceptação: fotos, filmagens, venda de aparelhos para gravação telefônica, gravações sigilosas, gravador para telefones, etc.

A foto e a filmagem são meios de prova admitidos no processo civil, desde que observadas algumas condições. O artigo 383, *caput*, do Código de Processo Civil, prevê que qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica...faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida admitir a sua conformidade.



Pode-se dizer que a pessoa contra quem se produziu a prova fotográfica ou a filmagem possui dois caminhos: alegar sua irresignação ou admitir a sua conformidade.

De tal forma que, se houver a impugnação dessas provas apresentadas em juízo, não há que se falar, neste momento, ainda, em perda da sua eficácia, incidindo o parágrafo único do artigo 383 do Código do Processo Civil, preconizando que “impugnada a autenticidade da reprodução mecânica, o juiz ordenará a realização de exame pericial”. Referido exame servirá para descobrir se a fotografia realmente é autêntica, se não passou por um processo de montagem.

Assim podemos especificar que a fotografia e a filmagem serão, em regra, reputadas ilícitas de duas maneiras: a primeira ocorrerá se o fotografado ou a pessoa filmada não tiver autorizado e suscitar violação do direito de intimidade, desde que não tenham sido feitas em local público, porque se foi, não há que se falar em obtenção fraudulenta e nem ilícita, podendo ser utilizada como prova no processo ; a segunda acontecerá se, não obstante a autorização do sujeito, este impugnar a autenticidade da fotografia e da filmagem e, após a realização do exame pericial a que se refere o artigo 383, parágrafo único do Código de Processo Civil, ficar demonstrado que a foto ou a filmagem não são autênticas.

Com relação à segunda hipótese, não há dúvida quanto à inadmissibilidade de sua utilização, pois, neste caso, a fotografia e a filmagem estarão provando algo que não existiu, mas que, aparentam que existiu pelas transformações e alterações do original; sendo assim, o seu conteúdo imprestável.

Contudo, a divergência ocorre no tocante à primeira hipótese, ou seja, quando a fotografia e a filmagem são feitas com violação do direito à intimidade. Como já relatado em nosso trabalho, há corrente tanto pela admissibilidade quanto pela inadmissibilidade da utilização dessas provas no processo.

Aplica-se aqui também a teoria da proporcionalidade, ou seja, admite-se a prova ilícita desde que seja para provar um direito que se sobreponha ao da intimidade.

Porém, vale lembrar que a utilização deste princípio deve ser feita moderadamente, uma vez que, em alguns momentos, verifica-se que os

interesses que levam a essas violações, nada têm de digno e não resultam em valores que possam se sobrepor à privacidade do ser humano.

### **3.5) Interceptação de carta**

Sem dúvida é entre os cônjuges que mais se verifica o fato material da bisbilhotice recíproca nas cartas e papéis.

Quando a carta é dirigida por um dos cônjuges ao outro, nenhuma dúvida há quanto à juntada destas aos autos, como meio de prova. Cada um deles poderá utilizá-las para a instrução do processo, pois o caráter confidencial da correspondência não existe senão em relação a terceiros, e não entre os correspondentes.

O problema surge quando ocorre a possibilidade de utilização, como meio de prova, da carta dirigida a terceiros, pois isso poderá implicar a quebra do caráter confidencial e da inviolabilidade da correspondência.

Como é sabido, a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XII, dispõe que é inviolável o sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, sendo que, neste último caso, como já visto, abre-se uma exceção. Admite-se a interceptação telefônica, desde que presentes os requisitos exigidos.

Por conta desta previsão legal, alguns juristas entendem ser absoluta a garantia do sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas e de dados, ao passo que seriam relativas as garantias das comunicações telefônicas.

Essa é a opinião de Grinover et al. (2001, p.179), que observam o seguinte:

Muda agora a situação, dado que a disposição constitucional, ao mesmo tempo em que garante a inviolabilidade da correspondência, dos dados e das comunicações telegráficas e telefônicas, abre uma única exceção, relativa a estas últimas. Isso quer dizer, no nosso entender, que em relação às demais formas indicadas pela Constituição (correspondência, dados e comunicações telegráficas) a inviolabilidade do sigilo se torna absoluta.

Da mesma forma, assinala a 2ª Câmara do TJRS:

Violação de correspondência. Desentranhamento (ação de exoneração de alimentos). Não vale prova feita com correspondência imoralmente obtida por interceptação e violação indevida. Fora assim, o processo seria estímulo ao ilícito, o que justamente abomina, (RTJRS 8/277, Relator Milton dos Santos Martins).

Por conseguinte, outra parte da doutrina, de forma diversa, sustenta não existirem garantias individuais de forma absoluta, advogando a tese de que os direitos e garantias individuais existem para assegurar ao homem espaço para o integral desenvolvimento de sua personalidade, sem interferência do Estado, e não para acobertar crimes e comportamentos nocivos à coletividade e a outros cidadãos.

Entendem esses operadores do direito que, mesmo não havendo qualquer exceção pela Constituição quanto à possibilidade de violação à correspondência, esta garantia não é absoluta, de tal modo que, dependendo das circunstâncias, poderá a violação ser utilizada como meio de prova, assim como a interceptação telefônica.

Neste contexto é a colocação do professor Alexandre de Moraes (2000, p.78):

(...) ocorre, porém, que, apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

Temos ainda a posição do doutrinador Cahali (2002, p.651), que entende ser admissível a violação do sigilo epistolar como meio de prova no processo de separação judicial:

A carta como documento, ainda que pertencente ao destinatário, continua representando meio hábil de prova, moralmente legítimo; não se afeta, como meio apto à formação do convencimento no processo de separação judicial, o fato de ter sido obtida através de interceptação ou

violação de correspondência, matéria que extravasa o âmbito do processo civil.

Moreira, em artigo que foi fundamental para o recrudescimento desta corrente, afirma não existir nenhum motivo plausível para que se admita a quebra do sigilo telefônico e que não se admita a quebra dos sigilos da correspondência e das comunicações telegráficas:

Não é fácil perceber a razão de política legislativa capaz de justificar a disciplina heterogênea da matéria no tocante, por um lado, às comunicações telefônicas e, por outro, aos demais tipos de comunicação. Soa extravagante que se possa outorgar ao órgão judicial o poder de autorizar uma interceptação telefônica, e a mesma providência seja, ao contrário, inadmissível no que respeita a uma carta ou a um telegrama (1996, p.151).

Acreditamos ser esta posição a mais correta, utilizando-se dos mesmos fundamentos da interceptação telefônica, ou seja, a aplicação do princípio da proporcionalidade. Desta forma, compreende-se que as cartas poderão ser utilizadas como meio de prova, ainda que sua utilização não tenha sido autorizada pelos correspondentes, desde que as circunstâncias do fato justifiquem esta violação e desde que se apliquem ao sujeito que violou a intimidade alheia as penas do artigo 151 do Código Penal.

### **3.6) O e-mail como meio de prova**

Não há como ignorar a evolução tecnológica que, cada vez mais, tende a se desenvolver. E este crescimento não pode afastar-se do direito.

Atualmente, estamos vivendo a era da informática, em que freqüentemente as pessoas vêm utilizando esse meio de comunicação, “a internet”, para o pagamento de contas, entretenimento, pesquisa e diversos outros procedimentos.

Assim, não há como negar que o mundo vem passando por uma irreversível mudança, sendo a *internet* um dos meios de comunicação e transmissão de informações mais usados no mundo globalizado.

Todavia, essa revolução, inevitavelmente, vem trazendo situações inovadoras que não estão sendo solucionadas, pois os profissionais do direito pouco se debruçaram no estudo do direito da informática, não estando eles devidamente instrumentados para acompanhar as transformações oriundas do uso da *internet* e do correio eletrônico.

Em conseqüência dessa revolução, um dos problemas que vêm causando grandes repercussões é com relação à utilização de *e-mails* como prova no direito brasileiro.

O *e-mail* é um dos serviços da *internet*; defini-lo, entretanto, não é tarefa fácil, mas pode-se caracterizá-lo, aprioristicamente, como sendo uma mensagem eletrônica.

Trata-se, tecnicamente, o *e-mail*, de um amontoado de *bits*, que não podemos pegar.

Assim o define o notável jurista Silva Neto (1998, p.1):

Um *bit* é algo que, como a água, não tem cheiro, não tem gosto e não tem cor, mas possui atributos que podem ocupar o maior espaço no planeta, mais que a água, inclusive. Um bit não tem tamanho ou peso e é capaz de viajar à velocidade da luz.

A polêmica sobre este assunto surge, pelo fato de tal mensagem eletrônica não ficar registrada em papel e não conter assinaturas, e aí como provar sua existência? E agrava ainda mais por tratar-se de um meio de comunicação bastante inseguro, pois pode ser facilmente interceptado por terceiros, que de posse dessas informações poderão indevidamente usá-las.

Por conta desta fragilidade, podemos dizer que a *internet* é um campo fértil para adulteração de documentos, o que torna inevitáveis as discussões sobre a possibilidade ou não da utilização do *e-mail* como meio de prova.

Ademais, o novo Código Civil não trouxe nenhuma mudança substancial em relação ao Código Civil de 1916, quanto aos meios de prova que podem ser usados no mundo jurídico; conseqüentemente, deixa uma lacuna no que se relaciona ao meio eletrônico e à validade das provas obtidas através dele, para a legitimação de contratos realizados pela *internet*.

Assim, diante da falta de normatização sobre este assunto, surgem diversas posições com relação à admissibilidade do *e-mail* como prova, posicionando-se a doutrina, basicamente, em torno de duas correntes: da admissibilidade indireta e incondicionada e da admissibilidade direta e condicionada.

Pela primeira corrente, sustenta-se que o *e-mail* por si só não prova sua existência e sua integridade original. Há a necessidade de realização de uma perícia técnica que o ateste.

Desta forma entende Silva Neto (1998, p.04): “Para se provar a efetiva existência de um *e-mail* e de sua integridade original, necessário se faz uma perícia no local onde ele se originou, qual seja, no computador remetente”.

E continua dizendo:

Logo é *conditio sine qua non* que seja proposta uma medida cautelar de busca e apreensão do computador daquele que, suposta, virtual ou presumivelmente, enviou o *e-mail* para que se constate se nele se encontram os bits nos quais se apóia a ação e que, por sua vez, serão objeto de perícia (1998, p.05).

Pela segunda corrente, o *e-mail* pode ser usado diretamente como prova (embora também como apoio a outros meios de provas conhecidos), desde que algumas condições sejam atendidas. Por essa corrente, tal qual a anterior, a admissibilidade do *e-mail* como prova não é absoluta.

Para a doutrinadora Ângela Bittencourt Brasil (2001) apud Esdras Avelino Leitão Júnior (2002, p.24):

Em função (...) da viagem pelo espaço cibernético, em que a mensagem passa por muitos pontos, ela se torna vulnerável de adulteração sem deixar rastros, o que torna ao mesmo tempo uma prova frágil para o processo, não perdendo, no entanto, o seu caráter indiciário.

Contudo, para o doutrinador Raphael Antônio Panichi (2003, p.270) é possível a utilização das provas obtidas no ambiente eletrônico:

(...) apesar de não existir nenhuma citação sobre os meios de provas no ambiente eletrônico, não existe nada que desabilite o uso dessas, para validar os contratos eletrônicos em eventual litígio; por ser uma prova lícita, moralmente legítima, respeitando os requisitos necessários, podendo assim usar os artigos 212, 219, 222 e 225 do Código Civil vigente e os artigos 332, 363, 374, 375 e 383 da nossa Lei Processual Civil, para corroborar o uso delas.

Após essa sucinta análise sobre a possibilidade da utilização do *e-mail* como prova, surge outro questionamento a respeito da sua natureza jurídica e, conseqüentemente, sobre a possibilidade de abrigar ou não o *e-mail* sob a proteção do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal e, com mais precisão, de submetê-lo ao alcance da Lei nº 9.296/96.

Seria essa comunicação pela *internet*, um documento, uma troca de correspondência, uma forma de comunicação de dados, uma correspondência pública ou uma comunicação telefônica?

Para Panichi (2003, p.268), “por analogia pode-se colocar o correio eletrônico, *e-mail*, como documento particular, por ser feito através de atividade privada e ser usado como prova”.

Em contrapartida, Flávio Gomes (1997, p.167), em análise do parágrafo único do artigo da lei 9.296/96 ensina que este meio de comunicação “no fundo não passa de uma comunicação telefônica, pois resulta da combinação da telefonia com a informática”.

Assim, posicionando-se neste sentido, sendo o *e-mail* passível de interceptação e tendo, no momento da sua transmissão e recepção, a mesma natureza de uma chamada telefônica, pode servir de prova, em geral, tanto na área cível quanto nas demais, como penal, administrativa, etc., sendo que o meio legal para essa interceptação será com a autorização judicial.

É importante ressaltar, ainda, a decisão dada pela 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, processo nº 13.00413/01, em que se verificou ser válida a prova exibida em juízo pelo empregador, consistente no rastreamento do *e-mail* corporativo e de seu provedor de acesso à *internet*, visando apurar de quem era a responsabilidade pela divulgação de fotos pornográficas, a partir de seus equipamentos e sistemas de informática. O Relator do processo, João Orestes Dalazen, considerou legal o rastreamento do *e-mail*, por entender que o *e-mail*

corporativo tem natureza jurídica equivalente a uma ferramenta de trabalho e, portanto, o seu uso é estritamente profissional.

Ora, se é justificável a interceptação de *e-mail* por motivos trabalhistas, com muito mais razão será nas questões familiares, em que por diversas vezes irá envolver valores de extrema importância, como por exemplo, a interceptação de *e-mail* para provar os maus tratos ao filho menor ou para demonstrar a paternidade da criança, quando o sujeito no *e-mail* confessa ser o pai.

Assim, invocando o princípio da proporcionalidade, é possível a utilização do *e-mail* como meio de prova, mesmo quando haja ofensa ao direito individual; porém deve sempre atentar-se pela autenticidade do correio eletrônico, utilizando-se para tanto, de todas as cautelas devidas, face à possibilidade de fraude ou adulteração.



#### 4) CONCLUSÃO

Com base nas considerações até aqui relatadas, verifica-se que a prova é instrumento essencial para que as partes influam no convencimento do juiz, e meio através do qual o magistrado poderá averiguar os fatos alegados, tendo em vista os poderes instrutórios que lhe são atribuídos no atual processo brasileiro, de forma a construir a sua convicção e, finalmente, prolatar a sua decisão, que deverá ser fundamentada, a fim de que se possa aquilatar o acerto ou não, da apreciação feita. Esse é o sistema vigente no processo, denominado de persuasão racional.

Contudo, o direito à prova, que é garantido às partes, sofreu uma restrição com a Constituição Federal de 1988, em que se prevê no artigo 5º, inciso LVI, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo, instituindo, assim, o princípio da proibição da prova ilícita.

No entanto, esse princípio, como todos os outros princípios e direitos assegurados constitucionalmente, não pode ser interpretado de maneira absoluta, exatamente porque tem que conviver com outros princípios e direitos, também importantes, fazendo com que surjam algumas questões intrincadas, como as examinadas neste trabalho.

Ademais, verifica-se que esta vedação pela Magna Carta se deu em razão do longo período de ditadura militar, quando os direitos fundamentais eram constantemente desrespeitados.

Assim, como forma de atenuar essa vedação absoluta das provas ilícitas o melhor caminho será a adoção da teoria da proporcionalidade. Em caso concreto, havendo como único meio de prova uma interceptação telefônica não autorizada, ou uma gravação clandestina, essas poderão ser utilizadas para comprovar a inocência do sujeito (em processo penal) ou para demonstrar a violência por parte de um pai em relação a seu filho (em processo civil, questão de guarda de filhos), isto porque estão em conflito a liberdade do sujeito ou a indignidade e integridade física de uma criança, que, nestes casos, são mais relevantes do que o direito à intimidade.

Frisa-se, apenas, que a admissibilidade da prova ilícita no direito de família deve ser utilizada de forma mais restrita na separação judicial do que nas questões de guarda de filhos, investigação de paternidade ou no processo penal, em razão dos valores envolvidos.

Analisando o posicionamento de vários Tribunais nacionais, observou-se que há uma tendência, apesar de na maioria dos casos isto não ser admitido expressamente, pela adoção da corrente intermediária, que estabelece a inadmissibilidade da prova ilícita, mas admite em algumas hipóteses, a aceitação desse tipo de prova, quando para a defesa de direitos axiologicamente mais importantes.

É importante ressaltar, ainda, que o fato de o princípio da proibição da prova ilícita ser afastado nessas situações especiais, não acarreta a sua exclusão do ordenamento jurídico ou a declaração de sua inconstitucionalidade; ele apenas deixará de ser aplicado para aquela situação específica, continuando a ter eficácia dentro do sistema.

Do mesmo modo, deve ser observado que não se defende que aquele que violou a intimidade alheia fique impune, pois, se seu ato se caracterizou como uma modalidade criminosa ou um ilícito civil, deverá ser o sujeito penalizado por este fato.

Por derradeiro, concluímos que não há como negar a necessidade de uma regulamentação da matéria, principalmente no processo civil. Mas, enquanto isto não acontece, defendemos que a teoria da proporcionalidade, devidamente aplicada por meio da presença de seus requisitos de adequação, necessidade e ponderação, se apresenta como a solução mais adequada para a problemática aqui exposta.

## BIBLIOGRAFIA

- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- AZENHA, Nivia Aparecida de S. **Prova ilícita no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2004.
- BARROS, Adherbal de. A investigação criminosa da prova. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 504, p. 288, 1997.
- BEDAQUE, José Roberto. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 9. e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lamen Júris, 2004, v. 1.
- CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional a prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 8. e. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Campinas: Book Seller, 2002.
- CARNAÚBA, Maria Cecília P. **Prova ilícita**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrine; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, v. 1.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Agressões à intimidade: o episódio Lady Di**. Malheiros, 1997.
- DALAZEN, João Oreste. E-mail corporativo pode causar demissão, por justa causa. **Clube do Hardware**, São Paulo, jun. 2005. Fonte: Folha de São Paulo. Acesso em 30 set. 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERNANDES, Scarance Antônio; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FREGADOLLI, Luciana. **O direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. Gravação deixa juiz em dificuldade. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 1992, p.12.

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

GOMES, Luis Flávio; CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica: Lei n. 9.296, de 24-07-1996**. São Paulo: Revista do Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 207, p. 21, 1997.

JESUS, Damásio E. de. Interceptação de comunicações telefônicas: Notas à lei 9.296, de 24-07-1996. **Revista dos Tribunais**, n. 735, p. 458, jan. 1997.

LEITÃO JÚNIOR, Esdras Avelino. O e-mail como prova no direito. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3026>>. Acesso em 26 de ago. 2005.

LIMA, Alcides Mendonça. A eficácia de prova ilícita no Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista do Processo**, São Paulo, n. 43, p. 138, jul/set. 1986.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Campinas: Millennium, 1998.

MENDES, Maria Gilmaíse de O. **Direito à intimidade e interceptações telefônicas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1992.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constituição e as provas ilicitamente obtida. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 84, p. 144, out/dez. 1996.

\_\_\_\_\_. O juiz e a prova. **Revista do Processo**, São Paulo, n. 35, p.178, abr/jun. 1984.

\_\_\_\_\_. Processo civil e direito à preservação da intimidade. **Temas de Direito Processual Civil**. 2. série. São Paulo: Saraiva, 1980.

\_\_\_\_\_. Alguns problemas atuais da prova civil. **Revista do Processo**, n. 53, p120, jan/mar. 1989.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PANICHI, Raphael Antônio G. Meios de prova nos contratos eletrônicos, realizados por meio da internet. **Revista de Direito Privado**, n. 16, p. 260, out/dez. 2003.

PINHEIRO, Fernanda Letícia S. **Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 2.

SEREJO, Lourival. **As provas ilícitas no direito de família**. São Paulo: Thomson, 2004.

SILVA NETO, Amaro Moraes. O e-mail como prova no direito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1785>>. Acesso em 25 ago. 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 1.

RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. Porto Alegre: Síntese Ltda, 1998.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4.

THEODÓRO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1.

XIMENES, Cristiane Dotta. **Admissibilidade das provas ilícitas na separação judicial**. 2003. 59 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2003.