

AS PROVAS ILÍCITAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Lucas Yukio Nakai PELLIM¹
Jefferson Fernandes NEGRI²

RESUMO: as origens e funções das provas dentro do processo e após o advento da constituição federal de 1988, foi introduzido no sistema jurídico brasileiro a vedação da utilização de provas ilícitas em qualquer tipo de processo, tema que gerou muita divergência e surgiu muita discussão sobre o tema.

Palavras-chave: Provas. Provas ilícitas. Provas ilegítimas. Provas clandestinas.

1 Introdução

O presente trabalho é uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial que se utilizou dos métodos dedutivos e indutivos para abordar a origem das provas bem como seus conceitos, e seu surgimento no ordenamento jurídico brasileiro bem como sua proibição.

Na primeira parte, discorreu-se sobre a prova, as suas origens históricas, desde o seu surgimento junto com a religião, onde o direito era a própria religião, no longo período da história da humanidade como será demonstrado, as provas eram produzidas de forma irracional e desumana, desacompanhas de critérios técnicos, onde existia uma confusão entre crime e pecado, após esse período irracional o surgimento da figura consolidada do estado que através da lei estabelece a prova, discorre-se sobre os conceitos de prova e sobre a divisão desse conceito, sobre o objeto da prova e quais são os fatos que devem ser provados, quais sejam os fatos relevantes e pertinentes, como desnecessário seria a produção de provas sobre fatos incontroversos e com presunção absoluta. Também se discorre sobre o ônus da prova, o seu significado e as consequências se não produzir a prova dos fatos alegados.

Na segunda parte discorre-se sobre as provas ilícitas e o seu ligamento com os direitos da dignidade da pessoa humana, como será analisado em momento

*Discente do 5º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. e-mail: lucas_pellim@hotmail.com

*Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente

oportuno. O seu ligamento com as constituições ocidentais que começaram a resguardar os direitos dos homens. O surgimento da vedação das provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro que foi introduzido pela constituição federal de 1988.

Discorre-se sobre o conceito de prova ilícita, as divergências doutrinárias sobre a nomenclatura, faz uma distinção detalhada entre prova ilícita e ilegítima. Também se distingue de forma detalhada as provas ilícitas das provas clandestinas, e a posição jurisprudencial sobre as provas clandestinas.

2 Origem Histórica

Durante longo período da história da humanidade quem ditava as regras de convivência bem como eventuais penalidades no caso de prática de atos considerados como proibidos era a religião. Por conta disso, crime e pecado se fundiam em um único ato, por isso acreditava-se que a punição em relação a determinados atos advinham de Deus, como uma resposta pelo “pecado” cometido.

Ainda nesse período, em consequência dessa crença, a produção de prova era realizada de forma irracional e desumana, sem qualquer critério técnico. Costumava-se invocar a intervenção divina em tais momentos.

2.1 Métodos Probatórios da Antiguidade

Os métodos probatórios existentes em tal época eram as ordálias, o juízo dos Deuses, o juramento e os duelos, todos marcados pela presença das entidades divinas, conforme dita Calamandrei (1960, p. 61):

O juízo de Deus, a prova do fogo e as ordálias eram expedientes para introduzir em juízo, como garantia de imparcialidade, forças superiores a todo calculo humano e a todo cuidado terrestre, como indiferença dos deuses ou a sorte cega.

2.1.1 Ordálias

As ordálias se tratavam de um meio de prova desumano, onde o réu era submetido a provas cruéis, e caso ele fosse mesmo inocente, haveria uma intervenção divina impedindo que ele se ferisse. Assim, se fosse inocente o fogo não o queimaria, muito menos o óleo quente, pois Deus não permitiria.

2.1.2 O juramento

No juramento, o réu prestava o compromisso de falar a verdade perante Deus, e caso viesse a mentir seria por Ele castigado.

2.1.3 Os Duelos

Os duelos consistiam em combates, onde dois homens se enfrentavam até a morte, sendo que o que sobrevivesse a tal duelo era o que dizia a verdade, pois eles acreditavam que Deus não permitiria que um inocente viesse a morrer.

Nesse período primordial, se percebe que pouco importava a verdade real dos fatos, a prova buscava tão somente a verdade formal, ou seja, se apoiava tão somente na forma como era produzida, passando pelo crivo de entidades divinas, a intervenção do sobrenatural.

3 Métodos Probatórios Legais

Com a evolução da sociedade e o surgimento da figura consolidada do Estado, se estabeleceram os meios probatórios legais. é que através de lei que se estabelece a prova, e o seus meios.

Surgiu assim o sistema da prova legal, onde somente se poderia produzir a prova em conformidade com a lei. Somente a lei determinaria os fatos a serem provados, restringindo a atuação do julgador, cabendo ao julgador somente aplicar um simples raciocínio lógico e jurídico.

Ao evoluir da liberdade do povo e a intervenção estatal nos regimes políticos, esse sistema da prova legal foi superado, dando origem ao sistema da prova livre, que se adequaria de melhor forma às novas concepções filosóficas. Porém, tal sistema probatório, apresentava alguns inconvenientes quanto aos meios de prova já que estes nem sempre eram lícitos. Assim, possuía certos inconvenientes, pois deveria ser respeitada a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, para evitar exacerbações probatórias, assim também como o momento da valoração da prova, para evitar que a liberdade seja erroneamente utilizada gerando uma tirania do judiciário.

Hoje o sistema mais adequado, parece ser o da liberdade probatória, delimitado pelas diretrizes legais, o Estado deve restringir e limitar a utilização de determinados meios de prova, ou quanto ao uso em certos fatos, pesando a liberdade e a intimidade.

4 Conceito de Prova

A origem da palavra prova, deriva do latim “*probatio*” que tem vários significados, dentre eles verificação, exame, demonstração e argumento.

Mas antes de aprofundarmos no conceito de prova, é interessante nos questionarmos com algumas indagações: Quem? O que? Para que? E quando se prova?

No deslinde de um processo, para se ter uma adequação real dos fatos argumentados, e sobre as questões a serem decididas, a prova é imprescindível para a formação da certeza e do convencimento do julgador, dada a complexidade e a importância que a ensejam.

A finalidade do direito processual e de um processo, consiste no fato de se reconhecer e estabelecer uma verdade jurídica, e tal fim é alcançado com as provas que são o meio de busca da verdade. O procedimento é o método de se

levar a verdade ao julgador, com o conjunto de regras na qual a ação se desenvolve, e a prova é o meio, que por sua vez depende mais da lógica de sua análise do que da própria lei.

Dentro do contexto jurídico, a prova tem várias compreensões, dentre elas, a prova é o centro do processo, o meio através do qual as partes convergirão ao julgador, onde se tenta convencê-lo da verdade dos fatos que já aconteceram.

Segundo Giuseppe Chiovenda (1998, p. 109): “Provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência, ou não, de fatos relevantes no processo”.

Complementando o raciocínio segue José Frederico Marques(1965, p. 330) afirmando que: “A prova é o elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz, e o meio que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações”.

A prova pode ser analisada sob dois aspectos importantes: subjetivo e objetivo. O aspecto subjetivo consiste na formação da certeza e do convencimento do julgador em relação às provas produzidas dentro do processo. Já o aspecto objetivo leva em consideração os meios hábeis para mostrar a ocorrência de um fato ao julgador.

5 Objeto e Ônus da Prova

O objeto da prova, ou seja, a sua finalidade é formar a convicção do julgador em relação aos fatos reais ocorridos que são relevantes à lide. Não se faz necessário a prova de fatos estranhos à lide ou àqueles que não são considerados controvertidos. O objeto da Prova e a sua finalidade é formar a convicção do julgador sobre elementos que sejam necessários para solucionar a lide estabelecida.

Não se faz necessário se provar fatos estranhos a lide, ou mesmo aqueles que não são objeto de prova, como questões notórias e evidentes.

As questões que não pertencem à lide e que não têm qualquer relação com objeto da discussão são fatos que não possuem nenhuma pertinência ou relevância, assim devem ser excluídos do âmbito probatório.

Os fatos presumidos, em tese não necessitam ser objeto de prova, mais há de se analisar tais fatos sobre dois aspectos. Há fatos com presunção absoluta, os quais não admitem prova em contrário, e os fatos com presunção relativa, os quais admitem prova em contrário e dessa forma afastam a presunção absoluta. Portanto, somente não são objeto de prova os fatos aos quais se aplica a presunção absoluta.

Em relação ao ônus da prova incumbe à parte que realiza a alegação a produção da prova. Em nosso ordenamento jurídico só há exceção a essa regra no campo do direito processual do trabalho, onde o ônus da prova em relação ao empregado é invertido, onde sempre quem produzirá a prova em contrário será o empregador.

A palavra ônus tem origem no latim, o que significa fardo, carga, peso, imposição. O ônus da prova representa a necessidade de provar o alegado para se ver reconhecida a sua pretensão.

Sendo um ônus provar o alegado, não se constitui uma obrigação, assim a parte que alegar um fato, não está obrigada a provar tal alegação. Entretanto, se a parte não fizer provar o que foi alegado, restará prejudicada a apreciação de sua pretensão pelo julgador.

Assim, a prova se torna um ônus a quem alegar um fato, sendo que tal fato só poderá ser analisado de plano pelo julgador se houverem provas consistentes que demonstrem a veracidade de tal fato de extrema importância para a apreciação da pretensão.

Nesse Sentido Fernando da Costa Tourinho Filho (1992, p. 212):

As Partes não estão obrigadas a fazer prova do que alegam, mas submetidas ao ônus de demonstrar o que alegam. [...] Não há para as partes, obrigação de provar, mesmo porque nenhuma sanção lhes poderá ser imposta pelo seu não cumprimento.

6 PROVAS ILÍCITAS

6.1 Origens Históricas

Com a evolução do Cristianismo e sua mensagem de libertação, a Igreja Católica vem sedimentando a idéia da dignidade da pessoa humana, eis que o ser humano foi feito à imagem e semelhança de seu criador, deve se considerar importante frente a sociedade.

Ao passo que a noção de individualidade da pessoa humana passou a ganhar espaço nesse período histórico, surge também a idéia da fraternidade universal e da igualdade entre os homens. Essa nova ideologia possibilitou o inicial surgimento da proteção dos direitos do homem.

Com essa visão de dignidade, igualdade e fraternidade as Constituições dos Estados tornaram-se o instrumento hábil para positivar e resguardar a harmonia social.

Houve uma pressão social no sentido de serem inseridas garantias constitucionais quanto ao modo de coleta de provas, dando origem às provas colhidas de maneira lícita, ou seja, de acordo com a lei. Existe assim, um estreito ligamento entre a criação das Constituições Ocidentais e o surgimento dos direitos da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido esclarece Maria Cecília Pontes Carnaúba (2000, p. 15):

Até que se instalasse o chamado estado de direito foram necessários diversos passos na senda da evolução ocidental, sobretudo, mudança nas crenças religiosas, que se constituíram na base para alteração da estrutura jurídica das nações. Duas inovações foram fundamentais para a caracterização inicial do estado de direito: a modificação das constituições para fixar os poderes do estado e a necessidade de garantia dos direitos e deveres dos indivíduos. Esse tipo de estado então emergente, carecia garantir a pessoa humana diante da administração. Sem isso os cidadãos permaneceriam vulneráveis ao arbítrio dos governantes.

A Constituição brasileira de 1824 foi pioneira em positivar e subjetivar os direitos do homem, dando-lhe efetividade, tornando-os concretos. Dessa maneira, os estudos sobre provas ilícitas têm íntima ligação com o estado de direito.

É notório que nos últimos anos, o respeito a pessoa humana e sua dignidade vem crescendo. Há constantes debates, conferências, convenções, surgimento de diversos pactos, e até organismos internacionais para resguardar esses direitos.

No Brasil, o grande marco histórico, que consagrou a vedação do uso das provas ilícitas, foi com o advento da Constituição de 1988, onde em seu artigo 5º, inciso LVI, proíbe o uso de provas obtidas por meio ilícitos.

Outros dispositivos já tratavam sobre o tema, porém de forma mais ampla, não como uma proibição, o nosso Código de Processo Civil de 1973 que ainda está em vigor, em seu artigo 332 já previa que além daqueles meios de provas previstos em lei, os moralmente legítimos são hábeis para provar a verdade dos fatos.

6.2 Conceito de Prova Ilícita

O termo “ilícito” possui uma abrangência muito grande, um sentido amplíssimo, pode ser tudo o que a lei proíbe, ou não permite que se faça ou o que é praticado contra a justiça, os bons costumes, o direito, ordem pública e moral social. Dessa maneira vamos analisar melhor o conceito de prova ilícita.

Fundamentalmente para se configurar a ilicitude da prova, é necessário que o meio através do qual esta foi obtida seja legalmente inadmissível. Todos os meios que violam a privacidade e intimidade do cidadão, sem a sua autorização, ou sem autorização judicial, são considerados formas ilícitas de obtenção da prova.

Há muita divergência doutrinária sobre a nomenclatura das provas ilícitas como: prova ilegal, prova proibida, prova ilicitamente obtida, prova ilegitimamente obtida, proibições probatórias. Mas vamos nos atentar as provas que são vedadas pela Constituição de 1988.

Em estudo a nossa Constituição Federal de 1988, conclui-se que as provas ilícitas são colocadas como as provas vedadas, o que compreendem as provas ilícitas e as provas ilegítimas.

São consideradas provas ilícitas aquelas que no momento da sua colheita, ferem normas de direito material, a prova ilícita pressupõe uma violação no momento de sua colheita, de forma anterior ou concomitante ao processo, mas sempre de forma externa ao processo, especialmente de norma constitucional, por se tratar da problemática da prova ilícita que se prende sempre as questões de

liberdade e garantias fundamentais, dignidade da pessoa humana e liberdades pública.

Vamos distinguir de forma clara as provas ilícitas das prova ilegítimas, as provas ilegítimas são aquelas que cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual, a sua ilegalidade ocorre no momento da sua produção dentro do processo. São exemplos os depoimentos em relação a fatos que envolvam sigilo profissional, ou a recusa de depor por parte de parentes e afins.

Nesse Sentido esclarece Luiz Fernando Torquato Avolio, (1999, p. 44):

A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo as normas de direito processual. Assim veremos que alguns dispositivos da lei processual penal contêm regras de exclusão de determinadas provas, como, por exemplo, a proibição de depor em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional.[..] Diversamente por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material, sobretudo de direito constitucional, porque como vimos, a problemática da prova ilícita se prende sempre as questões das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes á intimidade, á liberdade, á dignidade humana.

Conclui-se então, que prova ilícita é aquela que transgredir norma de direito material, ocorrendo essa transgressão no momento da sua colheita, sempre de forma externa ao processo, e a prova ilegítima, em sua vez, diz respeito a transgressão de norma processual, ocorrendo em momento processual posterior a sua colheita, sempre dentro do processo.

7 Proibição do Uso das Provas Ilícitas no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Antes da Constituição Federal de 1988, a nossa doutrina apresentava duas correntes doutrinárias sobre a admissibilidade da prova ilícita, em especial a teoria da admissibilidade no direito de família.

Doutrinadores como Yussef Cahali e Washington de Barros Monteiro sustentavam que era irrelevante o meio pelo qual a prova foi obtida, devendo o juiz analisar e aproveitar seu conteúdo e encaminhar ao Juízo criminal eventuais indícios de existência de ilícito penal. José Rubens Machado também sustentava que no

conflito entre o direito de intimidade e os meios ilícitos de prova, não se admite uma proteção absolutas as liberdades públicas e entre elas, a intimidade, que devem ceder quando entrarem em confronto com a ordem pública e as liberdades alheias.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, surgiu a expressa proibição do uso das provas ilícitas no direito brasileiro, em seu artigo 5º inciso LVI, da CF/88 diz: “são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. E dessa forma não fez ressalva a que tipo de processo, assim se aplica em todos os tipos de processo, civil, penal, trabalhista, administrativo.

Uma observação muito importante a ser analisada, é o fato de que o nosso país passou por um grande período de ditadura militar, onde os direitos fundamentais não eram respeitados, ocorriam torturas, graves violações à intimidade, e o estado julgava-se no direito de interferir na esfera individual de cada cidadão.

Após o fim do período de ditadura, com um alívio veio a Constituição Federal de 1988, a nossa carta magna, com um dos maiores rol de direitos individuais do mundo, e ditando a proibição expressa do uso de provas ilícitas.

De forma alguma estou querendo defender plenamente o uso das provas ilícitas, o notório que não podemos admitir por exemplo o uso de provas obtidas através de tortura, como também admitir a livre quebra absoluta da intimidade, acredito que quando há liberdade demasiada também ocorre abusos. Mas também acredito que houve muita emoção na elaboração da atual constituição, pois após um grande período de ditadura, quando foi elaborada a constituição, se pensava em criar grandes garantias, e dessa forma também houve muita liberdade, o que conseqüentemente acaba por gerar abusos.

Temos como exemplo claro e nítido desse excesso de direitos e liberdades, a situação política atual, que com o devido respeito é uma situação deplorável, após o período de ditadura onde a classe política era perseguida, muitos viveram inclusive no exílio, a constituição trouxe varias garantias a classe política, como exemplo que não há mais cassação dos direitos políticos, há sim suspensão, que visa protegê-los para que possam administrar com liberdade, mais como todos nós sabemos não é assim que tais garantias estão sendo utilizadas, a classe política está praticamente blindada, e esta aproveitando as garantias constitucionais para sair impune, dos escândalos de corrupção, para se tornarem verdadeiros organizações criminosas, não é novidade que os processos contra políticos acabem

em nada, a situação chegou a tal ponto que política está se tornando piada, os votos de protesto de uma população cansada de escândalos políticos, são votos de piada, votos de protesto que acabam elegendo qualquer um. O exemplo da política é apenas uma forma de demonstrar que proibições ou direitos em excesso, geram abusos e também injustiça, é clara a emoção utilizada na motivação da criação de certos institutos dentro da constituição, mas também está muito claro e nítido que não vem funcionando e que precisa ser revisto.

Como bem observado por Barbosa Moreira(1996, p. 120):

[...] explica-se tal opção, em grande parte , por circunstâncias históricas. A constituição foi elaborada logo após notável mudança política. Extinguiram-se , recentemente , o regime autoritário que dominava o país e sob o qual eram muitos freqüentes as violações de direitos fundamentais, sem exclusão dos proclamados na própria carta da republica então em vigor, como a inviolabilidade de domicilio e da correspondência. Ninguém podia considerar-se imune a diligências policiais arbitrárias ou a grampeamentos de aparelhos telefônicos. Quis-se prevenir a recaída nesse gênero de violências. É mister reconhecer que, naquele momento histórico, não teria sido fácil conter a reação contra o passado próximo nos lindes de uma prudente moderação. Se puxarmos um pêndulo com demasiada energia em certo sentido e assim o mantermos por largo tempo, quando seja liberado ele, fatalmente, se moverá com força equivalente em sentido oposto.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º e 227, trouxe a noção de criação de uma sociedade justa, a erradicação da pobreza, a promoção do bem estar de todos, o dever de proteção integral da criança e do adolescente. Acontece que quando se fala na inadmissibilidade das provas ilícitas , em alguns casos se sacrifica muitos desses princípios. A questão é, que em determinados casos, somente se chega a verdade real, em casos de crimes e em caso de maus tratos e negligência com crianças, somente com a quebra da intimidade e privacidade alheia.

Necessita-se de uma adequação social da norma constitucional, para acompanhar a modificação social que acontece com o decurso do tempo. Não pode ser finalidade da constituição que as garantias por ela trazidas, transforme-se em garantia de impunidade. A garantia de inviolabilidade não pode ser transformado em garantia de impunidade.

Dessa forma a garantia de inviolabilidade da privacidade e intimidade, está sendo atribuído a ela, um valor maior do que o dever do estado em proteger as crianças e adolescentes, esta se sobrepondo ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

8 Distinção entre Interceptações e Escutas Ilícitas das Gravações e Escutas Clandestinas

As interceptações telefônicas são aquelas gravações realizadas nas conversas via telefone, é realizado o grampo telefônico, onde se grava a conversa alheia entre duas ou mais pessoas, sem o conhecimento de nenhuma delas, ocorre que se não tiver autorização judicial conforme dita a lei 9296/96, essas gravações são denominadas de provas ilícitas, e a jurisprudência tem grande repúdio a elas, sendo que se não foi autorizado judicialmente essa será uma prova manifestamente ilícita da qual deverá ser retirada do processo, pois segundo entendimento fere a liberdade e a intimidade das partes sem a devida autorização, e se a autoridade policial realizar tal gravação sem a devida autorização judicial, responderá por crime previsto na referida lei, porém é considerado crime próprio e que somente pode ser praticado por funcionário público, sendo que se for realizada tal gravação por um particular esse não responderá por crime algum.

As escutas ambientais, são aquelas gravações realizadas em determinados ambientes, não é feito por telefone, é uma escuta ambiental onde se grava a conversa em um determinado local, pode ser um exemplo um gabinete de um prefeito onde haverá uma reunião para combinar um crime de corrupção e a policia ciente deste fato monta uma escuta ambiental para documentar tal conversa e ser utilizada como prova, a gravação pode ser de uma ou mais pessoas envolvidas na conversa, porém sem o conhecimento de nenhuma delas, ocorre que se essa gravação “escuta ambiental” não tiver sido autorizada judicialmente, para nada servirá, é prova considerada manifestante ilícita, pois fere a liberdade e intimidade das pessoas envolvidas nas conversas, e deverá ser retirada do processo.

As denominadas provas clandestinas, podem ser duas, as gravações telefônicas e as gravações ambientais, as gravações telefônicas são aquelas que

uma das partes o “interlocutor” realiza a gravação de conversa com a outra parte, sem a sua ciência, e futuramente vem a utilizar de tal gravação para se fazer prova em algum tipo de processo.

As gravações ambientais clandestinas, são aquelas que é realizada em um determinado local, onde exista a conversa de uma ou mais pessoas e uma delas o “interlocutor” realiza a gravação da conversa, sem a ciência das demais pessoas envolvidas na conversa, e vem a utilizar futuramente essas gravações como prova dentro de um processo.

Tais gravações tidas como clandestinas, são amplamente utilizadas no nosso sistema jurídico, e gozam de grande simpatia da jurisprudência, é inclusive matéria pacífica dentro do Supremo Tribunal Federal e também do Superior Tribunal de Justiça.

O principal fundamento da utilização desse tipo de prova, consiste no fato de que não é feito uma interceptação ou uma invasão de uma conversa alheia, o que se esta documentando é algo do qual as partes estão conversando e uma delas realiza a gravação e documentação de tal conversa, dessa maneira o entendimento é de que não esta ferindo a intimidade das partes envolvidas, pois se foi realizado por uma das partes, não foi algo realizado por pessoa estranha a conversa, ora se alguém fala algo pra você e você grava, você não esta ferindo a intimidade da pessoa, pois se ela falou para você ela já disse, o que é totalmente diferente de você realizar uma gravação de conversa entre duas pessoas em um determinado local da qual não participou da conversa, ou seja de conversa alheia.

O fato de se documentar a conversa para utilizar futuramente em caso de negativa é considerado ato lícito, é inclusive considerado um exercício de defesa, não configurando como meio de prova ilícita.

Segundo fundamentação do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE no agravo 232.123 STF:

[...]Prova criminal: gravação telefônica por um dos interlocutores de oferta de vantagem indevida em troca de ato de ofício seu, legitimidade. Não constitui prova ilícita a gravação por um dos interlocutores de conversa telefônica na qual lhe é feita a proposta de suborno, configurando corrupção ativa: a hipótese nem configura interceptação de comunicação telefônica, nem implica violação da intimidade ou dever jurídico de sigilo.

Segundo fundamentação do Ministro CEZAR PELUSO – recurso extraordinário 402.717 STF:

Conversa Telefônica, gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade, fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou.[...] Como gravação meramente clandestina, que não se confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva de conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito a favor de quem a gravou.

9 CONCLUSÃO

Conforme o já acima exposto foi possível analisar desde as origens das provas até a situação atual das provas ilícitas no ordenamento brasileiro. É importante destacar a presença da religião no âmbito do direito, desde as origens do direito onde se confundia com o próprio direito, onde a punição advém de deus como uma resposta ao pecado cometido.

Foi possível destacar o conceito de prova, bem como a sua finalidade em reconhecer e se estabelecer uma verdade jurídica, demonstrando que as provas são um meio de busca da verdade, e um mecanismo de levar a verdade ao julgador.

As provas são o meio pelo qual se leva a verdade ao julgador, devendo somente ser provado fatos que possuem relevância na discussão da causa, bem como aqueles que são controversos, não necessitando de prova aqueles fatos com presunção absoluta e incontroversos.

Na temática das provas ilícitas, mais uma vez se faz presente a figura da religião e da igreja. Com a evolução do cristianismo surgiu a concepção da dignidade da pessoa humana e com a nova ideologia de estado, surgiram as constituições para resguardar os direitos individuais.

Com o passar do tempo os direitos individuais ganharam destaque, e com o advento da constituição federal de 1988 foi consagrado a vedação do uso de provas ilícitas no sistema jurídico brasileiro. Após um grande período de ditadura militar, onde se desrespeitava os direitos fundamentais, veio a constituição e vedou o uso de provas ilícitas, dessa forma torna se evidente a influência pós ditadura.

Dentro do conflito de direitos fundamentais existentes no tema das provas ilícitas, com essa vedação absoluta, está se atribuindo um valor absoluto a certos direitos fundamentais a tal ponto que pode se constituir uma inversão de valores prejudicial a própria forma de ordem societária. Quanto é importante a intimidade de um agente público corrupto que desfalca os cofres públicos, ao ponto de ser mais importante do que a vida das pessoas que morrem em corredores de hospitais por falta de estrutura do estado decorrente desses desfalques? Quanto é importante a intimidade de um parente que abusa ou maltrata uma criança, ao ponto de ser mais importante que o direito a vida, a integridade física, ao crescimento saudável dessa criança?

Está se criando situações onde favoreça situações de grande lesividade a relevantes interesses juridicamente protegidos e garantindo impunidade a seus autores, de forma que chega até a se comprometer a própria estrutura do estado de direito, em decorrência dessa grande inversão de valores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

FREGADOLLI, Luciana, **Direito a Intimidade e a Prova Ilícita**, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1998.

TOURINHI FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, 13^o edição, São Paulo. Saraiva, 1992, v3.

AVOLIO, Luiz Fernando Torquato. **Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas**. São Paulo. RT. 1999.

MOREIRA, José Carlos de Barbosa. **A constituição e as provas ilicitamente obtidas**. Rio de Janeiro. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1996.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**. Campinas. Servanda, 1960.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas. Editora Bookseller, 1998.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1965.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. Prova criminal. Recurso extraordinário nº 402.717. Segunda turma. Recorrente Ministério Público Federal. Recorrido Davi Makarousky. Relator Ministro Cezar Peluzo. RT volume 98, nº884, página 507-515, fevereiro 2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo de instrumento. Prova criminal. Agravo de instrumento nº 232.123. Primeira turma. Recorrente José Andreatta. Recorrido Ministério Público Estadual. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília 09 de fevereiro de 1999. Diário de Justiça 09/04/1999.