

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO ‘EURÍPIDES DE MARÍLIA’ – UNIVEM
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO.

NATÁSSIA TAVARES DE LIMA

PROVAS ILÍCITAS

MARÍLIA
2010

NATÁSSIA TAVARES DE LIMA

PROVAS ILÍCITAS

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – Univem, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:

Prof. Ms. LUCIANO HENRIQUE DINIZ
RAMIRES

MARÍLIA
2010

L71p Lima, Natássia Tavares de.
Provas Ilícitas / Natássia Tavares de Lima; Orientador: Prof. Ms. Luciano Henrique Diniz Ramires. Marília, SP: 2010.
50 f.:

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2010.

1. Provas Ilícitas. 2. Direito Constitucional. 3. Interceptação Telefônica.

CDD 341.4641



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"
MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
Curso de Direito

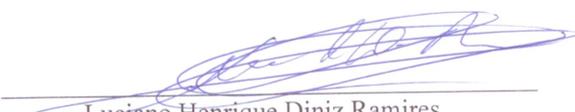
Natássia Tavares de Lima

RA: 36418-5

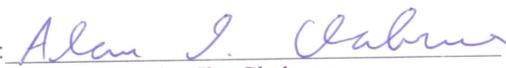
• PROVAS ILÍCITAS

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0

ORIENTADOR(A): 
Luciano Henrique Diniz Ramires

1º EXAMINADOR(A): 
Teófilo Marcelo de Azeiteiro Leão Junior

2º EXAMINADOR(A): 
Alan Ibn Chahrur

Marília, 10 de novembro de 2010.

*Dedico este trabalho em primeiro lugar a DEUS
nosso Pai que nos santifica e nos abençoa em
todas as nossas atividades.*

*Dedico ainda a meus pais, Maria do Carmo e
Devando que souberam me educar, tornando-me
a pessoa que sou hoje e sempre foram pacientes
comigo durante estes cinco anos.*

*Dedico à minha irmã Natália que sempre me
apoiou e me deu força para seguir em frente.*

*Enfim, compartilho esta vitória com cada um de
você, pessoas tão especiais na minha vida.*

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus pelo dom da vida e por ter me dado tudo que sempre precisei para conseguir terminar essa etapa tão importante para mim.

Agradeço as pessoas mais importantes na minha vida, que são minha mãe Maria do Carmo, meu pai Devando e minha irmã Natália, essas pessoas maravilhosas que Deus deu-me de presente, que sempre me apoiaram e me ajudaram nestes cinco anos para poder chegar até aqui.

Agradeço a todos meus Amigos, da faculdade, da Defensoria Pública e da vida, em especial a minha prima Valquíria de Cássia Tavares e as minhas amigas Bruna Eloise Oliveira e Paula Apolônio que tornaram o tempo da faculdade menos árduo, por meio de suas companhias e palavras amigas.

Em fim, agradeço ao meu orientador prof. Luciano Henrique Diniz Ramires, que foi um amigo e conselheiro, através de seu auxílio seguro e oportuno na orientação, aliados à experiência intelectual e profissional, que foram imprescindíveis para o desenvolvimento e conclusão deste trabalho, o meu muito obrigado.

*“Se eu pudesse deixar algum presente a você, deixaria
aceso o sentimento de amor à vida dos seres humanos.
A consciência de aprender tudo o que nos foi ensinado
pelo tempo afora.
Lembraria os erros que foram cometidos, como sinais para
que não mais se repetissem.
A capacidade de escolher novos rumos.
Deixaria para você, se pudesse, o respeito àquilo que é
indispensável: além do pão, o trabalho e a ação.
E, quando tudo mais faltasse, para você eu deixaria se
pudesse um segredo.
O de buscar no interior de si mesmo a resposta para
encontrar a saída.”*

Mahatma Ghandi

LIMA, Natássia Tavares de. **Provas Ilícitas**. 2010. 50 f. Trabalho de Curso Bacharel em Direito – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino, “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

RESUMO

As provas no processo desempenham um papel importantíssimo, pois auxilia na formação do convencimento do juiz cumprindo também o papel de abonar perante a sociedade a decisão abraçada pelo magistrado. A finalidade da prova é pautar o convencimento do juiz, onde não se busca a certeza absoluta, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado. A atividade probatória e seus resultados desempenham nítida função de persuasão sobre a sociedade, indicando que as decisões judiciais, fundadas em provas, são verdadeiras e, por isso, justas, constituindo em um mecanismo de legitimação, por meio do qual a decisão deixa de parecer arbitrária para se tornar aceitável. Entretanto, para servir de sustentáculo a uma decisão judicial, a prova há de ser obtida por meios lícitos, que não contrariem a moral e os bons costumes e que estejam dentro dos limites éticos do homem. Objetivando analisar o instituto das provas ilícitas, seu conceito, requisitos, cabimento, fundamento, doutrinas e jurisprudências perante a legislação nacional, fizemos uma análise da literatura da área para demonstrarmos os pontos de vista de alguns doutrinadores no tocante a discussão da utilização ou não das referidas provas. Desta forma, analisamos as posições pelas quais tais provas deverão ser desconsideradas ou consideradas no processo de acordo com a legislação brasileira vigente. Os resultados obtidos demonstram que existem divergências doutrinárias em relação ao tema estudado, dividindo doutrinas que não estabelecem um posicionamento pacífico e claro em torno da utilização ou não das provas ilícitas.

Palavras-chave: Provas Ilícitas. Direito Constitucional. Interceptação Telefônica.

Lima, Natássia Tavares de. **Provas Ilícitas**. 2010. 50 f. Trabalho de Curso Bacharel em Direito – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino, “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

ABSTRACT

The evidence in the process have a crucial role, because it helps in the training of convincing the judge fulfilling the role of vouch before society decision espoused by magistrate. The purpose of the test is guided the convincing the judge, where it is seeking the absolute certainty, but the certainty on sufficient in the conviction of magistrate. Evidential activity and its results play clear function of persuasion on society, indicating that judicial decisions, founded on evidence, are true and, therefore, fair, constitute a mechanism for legitimization, by means of which the decision leaves opinion arbitrary to become acceptable. However, to serve as a upholder a judicial decision, the evidence is to be obtained by lawful means, which do not conflict with the moral and morality and which are within the ethical boundaries of man. Aimed at analyzing the institute of illicit evidence, the concept, requirements, place, the foundation, doctrines and jurisprudence before the national legislation, we have a literature review of the area to demonstrate the views of some doutrinadores as regards the debate on the use of such evidence. In this way, we analyzed the positions by which such proof shall be disregarded or considered in the process according to Brazilian legislation. The results obtained show that there are differences doctrinal in relation to subject studied, dividing doctrines which do not establish a positioning Pacific and clear about the use or not of illicit evidence.

Keywords: Illicit Evidence. Constitutional. Intercept Telephone.

Lima, Natássia Tavares de. **Provas Ilícitas**. 2010. 50 f. Trabalho de Curso Bacharel em Direito – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino, “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

RESUMEN

Las pruebas en el proceso tienen un papel crucial, porque contribuye a la formación de convencer al juez cumplir la función de atestiguar ante la sociedad decisión adoptada por juez. El propósito de la prueba es guiado la convencer al juez, donde está buscando la absoluta certeza, pero la certeza sobre suficiente en la convicción del magistrado. Actividad Probatoria y sus resultados desempeñar clara función de persuasión sobre la sociedad, indicando que las decisiones judiciales, fundada en pruebas, son verdad y, por lo tanto, justo, constituyen un mecanismo de legitimación, por medio de que la decisión deja dictamen arbitraria a ser aceptable. Sin embargo, para servir como guardiana una decisión judicial, las pruebas se obtiene por medios legales, que no están en conflicto con la moral y la moral y que están dentro de los límites éticos del hombre. Destinadas a analizar el instituto de ilícitos pruebas, el concepto, requisitos, lugar, la fundación, doctrinas y jurisprudencia antes de la legislación nacional, tenemos una revisión de literatura de la zona para demostrar las opiniones de algunos doutrinadores en lo que respecta el debate sobre el uso de tales pruebas. De esta forma, hemos analizado las posiciones por que esa prueba será ignorado o considerado en el proceso conforme a la legislación Brasileña. Los resultados obtenidos demuestran que hay diferencias doctrinales en relación a sujetos estudiados, dividiendo doctrinas que no establecer un posicionamiento pacífico y clara sobre el uso o no del tráfico ilícito pruebas.

Palabras clave: Pruebas ilegales. Derecho Constitucional. Interceptar teléfono.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

ART: Artigo

P: Página

TJRS: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

CPC: Código de Processo Civil

AJG: Assistência Judiciária Gratuita

TJDF: Tribunal de Justiça do Distrito Federal

STF: Supremo Tribunal Federal

AP: Apelação

INC: Inciso

CPP: Código de Processo Penal

CF: Constituição Federal

HC: Habeas Corpus

CP: Código Penal

RT: Revista dos Tribunais

STJ: Supremo Tribunal de Justiça

TJRJ: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

AGI: Agravo de Instrumento

DIPO: Departamento de Inquérito Policial

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 11 |
| CAPÍTULO 1 - DAS PROVAS EM GERAL..... | 14 |
| 1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA..... | 14 |
| 1.2 CONCEITO..... | 15 |
| 1.3 CARACTERÍSTICAS..... | 18 |
| 1.3.1 OBJETO DA PROVA..... | 19 |
| 1.3.2 MEIOS DE PROVA..... | 20 |
| 1.3.3 ÔNUS DE PROVA..... | 21 |
| 1.3.3.1 JURISPRUDENCIA..... | 24 |
| CAPÍTULO 2 – DAS PROVAS ILÍCITAS..... | 26 |
| 2.1 CONCEITO..... | 26 |
| 2.2 NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988..... | 28 |
| 2.3 PROVA ILÍCITA E PROVA ILEGÍTIMA..... | 28 |
| 2.4 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO..... | 31 |
| 2.5 TEORIA DO FRUTO DA ÁRVORE ENVENENADA..... | 32 |
| 2.5.1 JURISPRUDÊNCIA..... | 33 |
| 2.6 TEORIA DA PROPORCIONALIDADE..... | 34 |
| 2.6.1 JURISPRUDÊNCIA..... | 36 |
| CAPÍTULO 3 – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA..... | 39 |
| 3.1 REQUISITOS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA..... | 43 |
| 3.2 PROCEDIMENTOS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA..... | 44 |
| 3.3 JURISPRUDÊNCIA..... | 45 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 47 |
| REFERÊNCIAS..... | 49 |

INTRODUÇÃO

A Constituição vigente assegura, no capítulo referente aos direitos fundamentais, proteção aos direitos individuais da pessoa bem como consagra aqueles que dizem respeito à coletividade. Deve haver entre esses direitos esculpidos no texto da lei maior, plena harmonia, a fim de que um não possa prevalecer diante do outro. Há de se ter presente uma proporção que impeça o exercício de hipóteses de direitos e garantias em detrimento das liberdades públicas, ou seja, o direito garantido de um indivíduo termina no momento que começa o direito do outro ou dos demais indivíduos sob ótica coletiva.

As provas no processo desempenham um papel importantíssimo, pois auxiliam na formação do convencimento do juiz e, ao mesmo tempo, cumprem também o papel de abonar perante a sociedade a decisão abraçada pelo magistrado. A finalidade da prova é o convencimento do juiz, e não se busca a certeza absoluta, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.

O texto Constitucional veda qualquer prova obtida de forma ilícita, isto é, de maneira contrária a previsão da lei e que afronte os direitos e garantias fundamentais do indivíduo e da sociedade como um todo. Só se admite a utilização de provas ilícitas, ou tida como tal em nosso direito, quando essa vier a esclarecer ou evidenciar algo em favor do coletivo ou da sociedade.

A atividade probatória e seus resultados desempenham nítida função de persuasão sobre a sociedade, indicando que as decisões judiciais, fundadas em provas, são verdadeiras e, por isso, justas, constituindo em um mecanismo de legitimação, por meio do qual a decisão deixa de parecer arbitrária para se tornar aceitável.

O texto de nossa lei maior não estabelece quando e como essas provas podem ou devem ser utilizadas deixando a tarefa a cargo da jurisprudência e da própria doutrina, a busca do equilíbrio e da harmonização dos princípios constitucionais.

Justificamos o presente estudo por notarmos que a questão das provas ilícitas tem suscitado muitos debates no meio jurídico. Alguns doutrinadores entendem que elas devem ser aceitas no processo civil de forma válida e eficaz, não obstante seja ilícita, outros que isto seria um absurdo. Saliendo também que no direito brasileiro as provas ilícitas estão em desacordo com a Constituição Federal de 1988 que segundo o artigo 5º, inciso LVI afirma que “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Desta forma, analisaremos, por meio do presente estudo, as maneiras pelas quais tais provas deverão ser desconsideradas e/ou consideradas no processo, de acordo com a legislação brasileira vigente.

Apontamos como problema as seguintes indagações: quais são as divergências e complicações do uso da prova ilícita no direito processual brasileiro com ênfase no direito processual civil à luz da legislação nacional? Como é regulamentada a utilização das provas ilícitas no Brasil? Como tais provas ilícitas estão sendo apreciadas pelos magistrados? Qual o status e as prováveis conseqüências da utilização das provas ilícitas no direito processual brasileiro? Como o direito processual civil poderá ser beneficiado com a utilização das provas ilícitas?

Na tentativa de responder essas questões este projeto de pesquisa tem como objetivo geral analisar o instituto das provas ilícitas, seu conceito, requisitos, cabimento, fundamento, doutrinas e jurisprudência perante a legislação nacional pertinente. Pretenderam-se como objetivos específicos:

1. Demonstrar a importância da prova ilícita no processo civil;
2. Verificar as posições dos doutrinadores a respeito da utilização da prova;
3. Averiguar a Constituição Federal de 1988 juntamente com o Código de Processo Civil;
4. Identificar as falhas da legislação brasileira no que se refere à utilização das provas ilícitas.

Na primeira etapa do trabalho construímos o referencial teórico onde realizamos um levantamento bibliográfico com o intuito de recolher informações acerca dos conceitos, definições e aspectos do tema abordado. O procedimento metodológico adotado para alcançar os objetivos foi à pesquisa qualitativa de caráter descritivo. Quanto aos procedimentos técnicos a pesquisa será classificada como bibliográfica e documental. A análise dos dados dar-se-á da seguinte forma: primeiro será apresentados, sinteticamente, as principais necessidades legais nacionais das provas ilícitas, depois será apresentado à legislação vigente, seguido da apresentação das falhas e possíveis problemas jurídicos.

Além deste capítulo introdutório a pesquisa apresenta a seguinte estrutura:

- *Capítulo 1 – Das provas em geral:* abordamos noções gerais da prova, sua evolução histórica, seu conceito e suas características segundo posicionamentos doutrinários.

- *Capítulo 2 – Das provas ilícitas*: fornece uma visão do que são as provas ilícitas na Constituição vigente, seu conceito, classificação, admissibilidade e a Teoria da Proporcionalidade.

Capítulo 3 – Interceptação telefônica: foi estudada sob ótica doutrinária e com amparo a Lei n. 9.296/96 a interceptação telefônica, conceito e classificação, requisitos de admissibilidade, procedimento e jurisprudência.

- *Capítulo 4 – Considerações Finais*: destina-se a expor a conclusão encontrada sobre o tema abordado com o término do trabalho.

CAPÍTULO 1 – DAS PROVAS EM GERAL

1.1 Evolução Histórica

Com o aparecimento das sociedades e convivência das pessoas, o Direito se tornou figura essencial para a vida em comum, sendo o meio essencial para resolver os litígios que inevitavelmente aparecem com a convivência em sociedade.

Na antiguidade a justiça era feita com as próprias mãos, através da autotutela, onde o mais forte privilegiava-se em cima do mais fraco. A partir do momento em que o Estado trouxe para si o dever de dizer o direito, proibindo a justiça com as próprias mãos ele estipulou meios de resolver os litígios e solucionar os conflitos que surgiram em decorrência de se conviver em sociedade.

Os métodos utilizados pelo Estado através do Direito foram os denominados de provas, que se adequavam com as mudanças sociais e processuais ao passar dos anos, na medida em que a sociedade evoluía e carecia de transformações para um melhor convívio pessoal.

Os institutos probatórios utilizados na antiguidade foram os religiosos e os das provas humanas.

No método religioso o mais conhecido eram as ordálias, que representavam os juízos de Deus, sendo uma prova religiosa, onde sua finalidade era mostrar o culpado através da vontade de Deus, os povos antigos acreditavam que Deus se envolvia nos conflitos sociais, indicando o culpado e os castigos que deveriam ser empregados.

Através das ordálias, a prova fugia do controle do juiz, onde somente controlava a obediência do ritual, não julgando nada, consistiam em provas, que para os dias atuais seriam cruéis e desumanas, submeter às pessoas a determinados testes, onde acreditavam que Deus mostraria sinais evidentes de que elas seriam realmente as culpadas no caso mitigado.

As práticas mais conhecidas eram a prova do fogo, prova da água, prova das serpentes, prova do pão e queijo, entre outras. Outros dois métodos muito utilizados na antiguidade eram os juramentos e duelos ou combates judiciais. Conforme preleciona Ramires (2002, p.32) “O juramento [...] era influenciado pela religião e consistia na invocação de uma divindade suprema como testemunha da verdade alegada pelo interessado e, caso este cometesse perjúrio, seria castigado pelos deuses”.

Os duelos e combates judiciais eram utilizados em quase todos os países da antiguidade e da Idade Média e consistiam em lutas entre duas pessoas, que se utilizavam de escudos, bastões entre outras armas, e possuíam “a idéia de que Deus não iria deixar a derrota se abater sobre o contendor que não tivesse razão” (RAMIRES, 2002, p. 32).

No sistema das ordálias Garcia (2009, p. 68) afirma que “[...] o juramento era muito utilizado; como era comum o juramento falso, surgiu a instituição dos conspurcadores, em que outras pessoas juravam em abono do prestado pelo acusado ou por quem devia jurar”.

Nesta fase as torturas eram utilizadas para descobrir a verdade, não possuindo nomenclatura melhor, as quais não eram eficazes para elucidar a verdade dos fatos, vez que possuíam meramente características de uma tortura pura e simples, na qual nem mesmo o juiz podia se manifestar, sendo que o mesmo ao final proferia sua decisão com fundamento nas "provas" obtidas pelos referidos métodos, foram caindo em desuso com as provas humanas, que apareceu em um segundo momento.

O segundo momento citado no parágrafo acima é o das provas humanas, a qual começou tomar o espaço das religiosas, pois não possuía o caráter extremo da religiosidade utilizando-se mais a razão que foi se “aperfeiçoando” com o passar dos séculos até os dias atuais.

O direito probatório como demonstrado acima passou por uma grande evolução até chegar onde se encontra, nessa época o juiz era apenas um mero espectador sem nenhuma liberdade para verificar as provas, diferente dos dias atuais em que o mesmo possui total liberdade e dever, tendo plenos poderes para verificar e opinar sobre as provas produzidas no processo e com base nelas dizer quem é o “vencedor da lide”.

As transformações surgem em decorrência das modificações da sociedade que necessita de melhores meios e condições para uma convivência harmônica e ideal entre as diferentes culturas e educações das populações de todo o mundo.

1.2 Conceito

A prova é um meio utilizado no processo que constitui um dos mais importantes para auxiliar a formação da convicção do julgador. É a tentativa para se chegar à verdade dos fatos alegados em juízo, referindo-se exclusivamente aos fatos e não ao direito, ou seja, o magistrado tem o conhecimento do direito e as provas só vem para agregar esclarecimentos e

como já dito firmar a convicção do julgador, para dar seu veredicto e dar veracidade aos fatos que as partes alegam em juízo. Nesse item buscamos identificar através da literatura específica, os conceitos de provas utilizados por alguns autores significativos da área a fim de evidenciarmos a importância e esclarecermos o significado desse tema no processo e na referida pesquisa.

Segundo Greco Filho (2003, p. 181) o conceito de prova remete a “todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém”.

Sua finalidade segundo o autor é convencer a pessoa a quem se destina, ou seja, o juiz:

No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado. (GRECO FILHO, 2003, p.182).

As provas são avaliadas pelo juiz que possui liberdade para apreciar e firmar seu convencimento, dando a cada espécie probatória o atributo de certeza, que achar ideal e necessário para uma melhor confirmação dos fatos alegados na lide.

É essencial que as provas estejam devidamente fundamentadas e sejam detentoras de caráter verídico, sob pena de não serem reconhecidas e se tornarem nulas, no caso das provas ilícitas que são proibidas pela Carta Magna tema de estudo do próximo capítulo.

No Direito, a prova é utilizada pelos sujeitos da ação para provar o que alegam na lide, mostrando a veracidade dos fatos.

O Código de Processo Civil em seu capítulo VI, Das Provas, mais especificamente, no artigo 332, trás a definição legal de prova quando afirma que “[...] Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.” (BRASIL, 2010, p.412).

Como afirmamos acima a prova é, portanto, um método utilizado pelas partes para influenciar diretamente na convicção do juiz sobre os fatos afirmados e com isso ele dizer com quem a verdade está e quem é o “vencedor da lide”.

Conforme explicam Comoglio, Ferri e Tarufo (1998 apud GARCIA, 2009, p.28) o termo prova “engloba todos os meios de conhecimento que sejam empregados no processo com o objetivo de ser proferida uma decisão acerca da veracidade ou falsidade das afirmações relativas aos fatos relevantes da controvérsia”.

Para Dinamarco (2000 apud GARCIA, 2009, p. 28) prova é definida como sendo um conjunto de atividades para verificar e demonstrar a verdade diante dos fatos que são relevantes para o julgamento.

Segundo Varella, et. al. (1977 apud GARCIA, 2009, p. 29) “[...] dizem-se provas os meios de que o tribunal se serve para apurar a realidade dos factos controvertidos que, de acordo com o direito aplicável, interessam ao exame da decisão da causa”.

Para Santos (1971, p.12) “a prova é bem o meio pelo qual a inteligência chega á descoberta da verdade. É um meio utilizado para persuadir o espírito de uma verdade. A verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade.” Para o autor não se trata da sempre procurada “verdade absoluta” que segundo o mesmo nunca é alcançada.

Para o autor:

Se a verdade somente pode ser procurada e se apresentar através dos sentidos e da inteligência, compreende-se logo, precários como são aqueles, insuficiente como é esta, a relatividade que deve presidir á conformidade da noção ideológica com a realidade. Exatamente por isso, a verdade varia no tempo e no espaço. A verdade – terra plana, de ontem – transformou-se na verdade – terra redonda, de hoje; a verdade – a pena é uma vingança – se traduz na verdade – a pena é um método de regeneração, para os povos civilizados. (SANTOS, 1971, p. 12).

De acordo com a afirmação de Marinoni e Arenhart (2008) prova não é assunto exclusivo do campo do direito, ele adverte que a palavra “prova” pode assumir diferentes conotações não apenas no processo civil, mas também em outras ciências:

Assim é que pode significar inicialmente os instrumentos de que se serve o magistrado para o conhecimento dos fatos submetidos à sua análise, sendo possível assim falar em prova documental, prova pericial etc. Também pode essa palavra representar o procedimento através do qual aqueles instrumentos de cognição se formam e são recepcionados pelo juízo; este é o espaço em que se alude à produção da prova. De outra parte, prova também pode dar a idéia da atividade lógica, celebrada pelo juiz, para o conhecimento dos fatos. E finalmente, tem-se como prova, ainda, o resultado da atividade lógica do conhecimento. (MARINONI; ARENHART, 2008, p.262-263).

Ainda segundo o autor a definição de prova está ligada à idéia de reconstruir um fato que é demonstrado ao magistrado o tornando capaz de obter uma certeza sobre o ocorrido e assim, permitindo ao mesmo exercer sua função. (MARINONI; ARENHART, 2008, p.263).

Diante dos conceitos abordados podemos conceituar provas, como meios e métodos utilizados pelas pessoas não apenas no direito, mas em todas as ocasiões dando veracidade aos fatos alegados pelas partes e com isso demonstrar com quem a razão prevalece.

As provas são a melhor maneira para a resolução dos conflitos e a pacificação da sociedade tanto nos tempos antigos com a utilização dos métodos bárbaros (ordálias) quanto nos dias atuais com outros mecanismos como, por exemplo, documental, testemunhal, pericial etc.

Com isso podemos conceituar as provas em dois sentidos, tanto objetivo que são os tipos de provas utilizadas (pericial, documental, testemunhal etc.) e subjetivo que é a convicção do juiz, o qual vai apreciar as provas do fato trazido em juízo.

O juiz, quando manipula os meios de prova trazidos até ele para formar seu convencimento a respeito dos fatos litigiosos, não pode agir de forma arbitrária, devendo valorar as provas com base num sistema ou método.

O critério utilizado no direito brasileiro é o da persuasão legal, o qual neste sistema, o julgamento deve ser feito utilizando uma operação lógica com base nos elementos da convicção existentes no processo, ou seja, o juiz deve analisar as provas no processo e formar seu convencimento com liberdade e de acordo com sua consciência, não agindo arbitrariamente, devendo observar os fatos nos quais se funda a relação jurídica controvertida, as provas desse fato e as regras legais, e ao final motivar seu julgamento.

Nesse Sistema, deve o juiz verificar se existe uma norma jurídica sobre a prova produzida, caso haja ela deve ser aplicada, não havendo, o juiz formulará o juízo segundo seu livre convencimento, sempre fundamentando sua decisão.

1.3 Características

No processo, a prova é todo meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato.

Segundo Greco Filho a finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é seu destinatário. No processo sua finalidade é prática, ou seja, convencer o juiz, buscando a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado. Para obter esse convencimento a parte deve utilizar-se de meios juridicamente possíveis, dentro dos procedimentos legais, previstos no Código, no momento adequado (GRECO FILHO, 2003, p.182).

A prova pode ser examinada sob o aspecto objetivo e subjetivo:

Sob o aspecto objetivo, é o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo.

Sob o aspecto subjetivo, é a própria convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou inexistência de fatos alegados no processo. (LOPES, 2002 apud GONÇALVES, 2009, p.426).

Portanto, as provas possuem dois aspectos que segundo o autor são objetivo e subjetivo, o objetivo é um aglomerado de meios que são utilizados para demonstrar a existência do fato relevante para o processo.

Já o aspecto subjetivo é a própria convicção do juiz, ou seja, é a apreciação dos fatos alegados no processo e a comprovação dos mesmos com as provas trazidas pelas partes ao processo, para o esclarecimento da “verdade”.

1.3.1 Objeto da Prova

No processo há vários assuntos e nem todos esses assuntos são passíveis de discussão e prova, podemos dizer que o objeto da prova são os fatos. O direito não é necessário ser provado, pois deve ser de conhecimento do juiz sendo obrigatório em alguns casos, a verificação de sua vigência. Conforme o art. 337 “A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”. (BRASIL, 2010, p. 413).

Isso se justifica, pois o juiz não é detentor de conhecimento de normas do mundo inteiro. O objeto essencial da prova é o fato devendo este ser relevante para o processo. Gonçalves leciona que os fatos são o objeto essencial da prova, mas que nem todos são necessários, devendo ser demonstrados apenas os relevantes para o julgamento do processo.

Mas são os fatos o objeto essencial da prova. No entanto, nem todos precisam ser demonstrados. É preciso, antes de tudo, que eles sejam relevantes para o julgamento do processo. O juiz não deverá deferir a produção de provas quando elas não tenham qualquer repercussão para o julgamento da causa. São irrelevantes os fatos que não têm nenhuma importância, que não influenciarão o julgamento do pedido ou que não guardam pertinência com a questão litigiosa. (GONÇALVES, 2009, p.428).

Portanto, como dito no parágrafo anterior, é essencial que o fato demonstrado no processo tenha relevância, pois os irrelevantes nada mudam no julgamento da lide.

Conforme expresso no artigo 334 do Código de Processo Civil, alguns fatos relevantes não possuem necessidade de serem provados:

Não dependem de prova os fatos: notórios; afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; admitidos, no processo, como incontroversos; em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. (BRASIL, 2010, p. 413)

Com isso fica claro qual o objeto da prova, devendo este ser demonstrado e discutido no processo.

1.3.2 Meios de Prova

Os meios de prova são os mecanismos utilizados pelas partes no processo, podem ser pessoais ou matérias, para a verificação do juiz e com isso ele decidir com quem prevalece a verdade dos fatos alegados.

Conforme estabelecidos no Código de Processo Civil no Capítulo VI, das provas, os meios são: Do Depoimento Pessoal, Da Confissão, Da Exibição de Documento ou Coisa, Da Prova Documental, Da Prova Testemunhal, Da Prova Pericial e Da Inspeção Judicial.

Esses são os meios trazidos pelo Código de Processo Civil, mas outros meios podem ser utilizados para provar os fatos, devendo estes ser lícitos e moralmente legítimos, pois caso sejam contaminados, tornam-se provas ilícitas sendo vedada sua utilização pela Constituição Federal tema que estudaremos no próximo capítulo.

Greco Filho ensina que:

Entre os meios não previstos no Código de Processo Civil, como exemplos podem ser citados o reconhecimento de pessoas ou coisas ou a reconstituição de fatos (este está incluído entre os casos de inspeção judicial, mas sem pormenores sobre o procedimento), meios previstos no Código de Processo Penal e perfeitamente possíveis de ser em tese, utilizados nas causas cíveis. (GRECO FILHO, 2003, p.185).

Greco Filho exemplifica ainda em sua obra, outro meio de prova não trazido pelo Código, sendo este a prova emprestada, afirmando que:

Outro meio de prova não previsto, mas admissível é o da chamada prova emprestada. A prova emprestada é a retirada de outro processo, admitindo-se sua validade contra quem também participou do processo anterior e pode contradita-la. A prova emprestada, todavia, terá seu valor reapreciado pelo juiz da causa em que foi juntada, tendo em vista as novas circunstâncias na segunda ação e novos argumentos sobre ela apresentados. Não há coisa julgada sobre os fatos, que ficam sempre sujeitos à apreciação original do juiz ao decidir a causa. (GRECO FILHO, 2003, p.185).

Com isso ficam claros, quais os meios de provas que devem ser utilizados para a demonstração da veracidade dos fatos. Meios estes especificados no Código, não sendo taxativos, pois podem ser utilizados outros métodos para tal demonstração, devendo ser lícitas e moralmente legítimas, de acordo com o artigo 332 do Código de Processo Civil “Todos os

meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.” (BRASIL, 2010, p.413).

Portanto, para a prova ter validade jurídica, as partes devem ir de acordo com o dispositivo de lei, no que tange a moralidade e legitimidade das provas.

1.3.3 Ônus da Prova

O Ônus da Prova vem expresso no artigo 333 do Código de Processo Civil, o qual estabelece que:

O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único: É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

(BRASIL, 2010, p.2010)

O ônus cabe tanto ao autor, que irá provar fatos constitutivos de seu direito, sendo estes, fatos alegados na petição inicial, quanto ao réu, que irá provar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, tanto um quanto outro em situação oportuna devem comprovar suas alegações.

Para Silva:

[...] a regra geral é de que o autor, com a inicial, deve indicar as provas das alegações que fizer sobre fato ou fatos, com a pretensão de extrair conseqüências ou efeitos jurídicos. Cabe a ele provar os fatos que alega, via de regra; e ao réu, com a contestação, ao fazer alegações de fato ou fatos pertinentes a sua defesa compete-lhe o ônus da prova. (SILVA, 1991 apud RAMIRES, 2002, p.45).

Para Greco Filho toda pretensão tem por fundamento um fato, segundo a explicação do autor é extraindo conseqüências jurídicas desse fato que o autor formula o pedido que se tornará objeto de decisão jurisdicional:

O autor, inicialmente, afirma um fato, o qual, contudo, pode não corresponder à verdade. Por sua vez, o réu pode opor afirmação contrária, ou negando o fato do autor, ou aduzindo fato diferente, que impede, extingue ou modifica o direito do autor, afirmação essa que também não se sabe se é verdadeira. (GRECO FILHO, 2003, p.187).

O ônus da prova é um ato praticado pelas partes em seu próprio benefício com isso elas provam seus fatos alegados, obtendo vantagens umas sobre as outras.

O critério expresso na legislação brasileira é insuficiente, tornando necessário a utilização de outro critério, para a qualificação dos fatos, que não pode prescindir da análise do direito substancial. (RAMIRES, 2002).

Podemos dizer que o ônus da prova possui dois aspectos, que segundo Gonçalves são objetivos e subjetivos. O autor em sua obra conceitua o aspecto subjetivo como sendo:

[...] uma distribuição de encargos entre as partes, cabendo a cada qual provar as alegações que formulou, para tentar convencer o juiz da sua veracidade. Sob esse ponto de vista, as regras do ônus da prova são dirigidas às partes. O legislador indica a cada uma de quem é o encargo de produzir determinada prova. A parte a quem ele compete já sabe, então, que se dele não se desincumbir a contendo sofrerá as conseqüências negativas do descumprimento do ônus. (GONÇALVES, 2009, p.432).

O aspecto subjetivo recai sobre as partes, sendo este uma “repartição” de provas, o qual cada uma deve provar o alegado, e o juiz ao final julgar a qual possui mais veracidade. As partes devem cumprir o ônus, pois caso isto não aconteça sofreram as conseqüências advindas desse descumprimento.

O aspecto objetivo segundo o conceito do autor:

[...] pelo qual as regras do ônus da prova não seriam dirigidas às partes, mas ao magistrado, para orientar o julgamento. Ele não pode eximir-se de sentenciar, alegando que não conseguiu formar a sua convicção a respeito dos fatos que fundamentam o pedido e a defesa. Não pode proferir o non liquet. (GONÇALVES, 2009, p.432).

Com isso verificamos que o aspecto objetivo é direcionado ao magistrado, para este se orientar no julgamento da causa, o qual não pode deixar de dar seu veredicto, por simples alegação de que não conseguiu formar seu convencimento, com as provas trazidas pelo autor e pelo réu.

Poderá haver dúvidas insanáveis, com isso depois de encerrada a instrução e as dúvidas persistirem, o juiz recorrerá ao ônus da prova, o qual verificará se a prova deveria ter sido produzida pelo autor e este não fez julgará improcedente a demanda, caso quem deveria ter produzido era o réu julgará procedente. (GONÇALVES, 2009).

Ocorrerá também, o ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, especificado no artigo 6º, VIII, que indica expressamente os pressupostos para a inversão do ônus da prova nas relações de consumo.

[...] a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for

verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências. (BRASIL, 1990, p.3).

O texto de lei, expressa basicamente o direito do consumidor, afirmando claramente, que a inversão do ônus da prova ocorrerá em favor do mesmo, quando este se encaixar, nos pressupostos do artigo citado, sendo estes a verossimilhança ou a hipossuficiência.

Para Marinoni (2008, p. 277) a verossimilhança “nada mais é do que a convicção derivada da redução das exigências de prova, e assim, em princípio, seria distinta da inversão do ônus da prova”.

Como hipossuficiência Marinoni define que:

[...] deve-se entender a impossibilidade de prova – ou de esclarecimento da relação de causalidade – trazida ao consumidor pela violação de uma norma que lhe dá proteção – por parte do fabricante ou do fornecedor. A hipossuficiência importa quando há inesclarecibilidade da relação de causalidade e essa impossibilidade de esclarecimento foi causada pela própria violação da norma de proteção. (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 278).

Verificamos, portanto, que o objetivo do juiz é a busca de quem mais facilmente pode fazer a prova. E finalmente, no que diz respeito ao ônus da prova, considera-se o fato provado independentemente de quem provou, pois cada parte deve provar os fatos alegados e relacionados ao seu direito, sendo indiferentes suas posições no processo.

Ocorrerá a inversão do ônus da prova, quando houver alteração da regra natural de distribuição, podendo ser legal, convencional ou judicial, sendo o resultado o mesmo, em tal alteração. (GONÇALVES, 2009).

Ocorrendo a inversão sob o aspecto subjetivo, pode-se dizer que foi feita em favor de uma das partes e em detrimento da outra, caso seja em favor do autor, este não precisará provar os fatos constitutivos ficando incumbindo ao réu a tarefa de provar a inveracidade dos fatos do autor. Caso seja em favor do réu, fica este dispensado de provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor, cabendo a este provar a inveracidade. (GONÇALVES, 2009).

Já sob o aspecto objetivo, a inversão modifica conseqüências negativas atribuídas pelo juiz estando este com uma dúvida invencível, as regras do ônus da prova o qual o juiz julgaria improcedente o pedido do autor e procedente o do réu, com a inversão do ônus da prova, este inverteriam as conseqüências, no qual com a falta de provas, que normalmente levaria a procedência, com a inversão geraria a improcedência, e vice-versa. (GONÇALVES, 2009).

1.3.3.1 Jurisprudência

Em resumo jurisprudência sobre o ônus da prova:

A partir do momento em que a administração admitiu a prestação de trabalho extraordinário, afirmando que as horas extras foram pagas, atraiu para si o ônus de comprovar o alegado, mister do qual não se desincumbiu – Inteligência do art. 133, inciso II, do Código de Processo Civil. (TJDF, AP. Cív. 20020150083933-DF, 3º T. Cív., Rel. Des. Wellington Medeiros, DJU, 21-5-2003, p. 100). (DEDA, 2006, p. 27).

A jurisprudência acima exposta relata que quando a administração admitir que realmente o empregado estivesse fazendo trabalho extraordinário onde houve o pagamento das horas extras, quem irá ter que comprovar será o alegado.

A regra dominante em matéria de pagamento é a de que ele não se presume. O credor, embargando a execução da sentença, o negou, e a prova do pagamento incumbe a quem alega, como fato impeditivo do direito da outra parte, na forma do art. 333, inciso II, do CPC. Logo, não foi feita prova do pagamento (TJRS, AP. Cív. 70004297131, 15º C. Cív., Rel. Des. Vicente Barroco de Vasconcellos, j. 12-3-2003). (DEDA, 2006, p. 27).

Diz respeito à jurisprudência acima que o ônus de comprovar que não houve o pagamento incumbe a quem alega, e não a parte contrária. Neste caso, o credor não demonstrou que não foi feito o pagamento.

A parte requerente de prova pericial, em princípio, é responsável pelo adiantamento dos honorários. Quando requerida por ambas as partes, tal incumbência cabe ao autor, a teor do art. 33 do CPC. Entretanto, estando este ao abrigo da AJG, deve o Estado, oportunamente, suportar tal ônus (TJRS, Agl 70005949235, 10º C. Cív., Rel. Des. Luiz Ari Vessini de Lima, j. 10-3-2003). (DEDA, 2006, p. 27).

A jurisprudência acima exposta relata o fato da parte que requereu a prova pericial ser em princípio responsável pelo aditamento dos honorários. Também poderá ocorrer que se ambas as partes requereram a prova pericial, a incumbência cabe ao autor da ação. Quando ocorrer a Assistência Judiciária Gratuita o ônus dos honorários para o perito será responsabilidade do Estado.

A inversão do ônus da prova em relação jurídico-processual não repercute na pretendida isenção do pagamento de honorários periciais, que, a teor do art. 33 do Código de Processo Civil, devem ser arcados por quem requereu (TJDF, Alg 20020020091909-DF, 2º T. Cív., Relº Desº Adelith de Carvalho Lopez, DJU, 20-8-2003, p. 42). (DEDA, 2006, p. 27)

Conforme a jurisprudência acima exposta, quando ocorrer à inversão do ônus da prova em uma relação jurídica não irá repercutir na isenção do pagamento dos honorários periciais, pois quem o requereu que deverá arcar com as custas.

Provada a existência do contrato de seguro, a ocorrência do sinistro e a demora na sua indenização, por parte da seguradora, constitui ônus desta comprovar que a demora ocorreu diante da intempestiva entrega da documentação exigida para a averiguação do sinistro, nos termos do art. 333, II, do CPC (TJDF, AP. Cív. 20000110363356-DF, 4º T. Cív., Relº Desº Vera Andrighi, DJU, 11-6-2003, p. 59). (DEDA, 2006, p. 27)

A jurisprudência afirma que se há o contrato de seguro, estiver uma ocorrência do sinistro e uma demora na sua indenização, o ônus de comprovar fica por parte da seguradora.

Se o consumidor não tem condições suficientes de demonstrar que não utilizou os serviços prestados por 'disque 900', deve-se inverter o ônus da prova, cabendo à companhia telefônica comprovar a efetiva realização das ligações, conforme inteligência do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90 (TACSP, AP. Cív 772447-6, 11º C. Ordinária, Rel. Juiz Maia da Cunha, j. 25-5-1998, RT, 758/245). (DEDA, 2006, p. 27)

Diz respeito à jurisprudência acima que inverte o ônus da prova para a companhia telefônica demonstrar que o consumidor não utilizou o serviço prestado pelo disque 900. Inverte-se o ônus para a companhia telefônica porque o consumidor não tem condições de provar que não utilizou os serviços.

CAPÍTULO 2 – DAS PROVAS ILÍCITAS

2.1 Conceito

Vários são os meios de provas admitidos no processo, conforme expresso no artigo 332 do Código de Processo Civil (2010, p. 413) onde está expresso que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. (BRASIL, 2010, p.413).

Portanto, todos os meios de prova, devem estar de acordo com o direito. O juiz em poder da prova verificará sua legitimidade, moralidade e legalidade e através de sua apreciação julgará com quem está a verdade dos fatos alegados na lide.

Para Grinover; Fernandes e Gomes Filho a característica da prova ilícita pode ser colocada como sendo aquela:

[...] colhida com infringência às normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e, especialmente, dos direitos de personalidade e mais especificamente do direito à intimidade. (GRINOVER; FERNANDES e GOMES FILHO, 1997, p.131).

Morais em sua obra cita uma decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, o qual fala a respeito da utilização das provas ilícitas pelos magistrados, onde estes devem desprezar tais provas, quando trazidas até eles para a formação de seu convencimento. Segundo o autor:

[...] 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 sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em Estado de Direito democrático. A justiça penal 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 art. 5º, inc. LVI, com efeito, dispõe, a toda as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. (STF, Ação penal 307-3-DF, Plenário, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, 13 out. 1995; RTJ 162/03-340). (MORAIS, 2008, p.109)

Segundo a decisão do plenário, a justiça não deve ser feita a qualquer preço, devendo ser utilizados apenas meios que não infrinjam a lei e não prejudique as garantias fundamentais da pessoa humana, ou seja, não se deve passar por cima de todos e do mundo para que se chegue à verdade dos fatos, mesmo que para isso tenha que ser utilizados meios não condizentes com as normas jurídicas estabelecidas.

Continua o autor Moraes a citar em sua obra o julgamento da AP 307-3-DF, o qual o Ministro Celso de Mello ensina que:

[...] a norma inscrita no art. 5º, LVI, da Lei fundamental promulgada em 1988, consagrou, entre nós, com fundamento em sólido magistério doutrinário (Ada Pellegrini Grinover, *Novas tendências do direito processual*, p. 60/82, 1990, Forense Universitária; Mauro Cappelletti, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della prte*, em *Revista di diritto Civile*, p. 112, 1961; Vincenzo Vigoriti, *Prove illecite e costituzione*, in *Rivista di Diritto Processuale*, p. 64 e 70, 1968), o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada – e repudiada sempre – pelos juízes e Tribunais, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade (Ada Pellegrini Grinover, *op. Cit.*, p. 62, 1990, Forense Universitária). A cláusula constitucional do *due process of law* – que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público – tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do estado. A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova – de qualquer prova – cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica. Tenho tido a oportunidade de enfatizar, neste Tribunal, que a Exclusionary Rule, considerada essencial pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pelo Estado, destina-se, na abrangência de seu conteúdo, e pelo banimento processual de evidencia ilicitamente coligidas, a proteger os réus criminais contra a ilegítima produção ou a ilegal colheita de prova incriminadora (*Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493, 1967; *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961; *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471, 1962, v.g.)”. (MORAIS, 2008, p.110).

Portanto, verificamos que a prova ilícita por mais significante que seja para a apuração dos fatos na lide deve ser desprezada pelos juízes e tribunais, pois é expressamente

vedada sua utilização pela Constituição Federal, podendo tal utilização ser considerada inconstitucional.

No caso em questão, os réus no processo criminal, podem ser beneficiados pela não utilização da prova ilícita, pois ninguém pode ser denunciado, julgado ou condenado por provas obtidas de forma ilegal.

Com isso, concluímos que é proibida a utilização das provas obtidas por meio ilícitos e ilegais, com vedação expressa pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º LVI.

2.2 Na Constituição Federal de 1988

É inaceitável a utilização no processo, de provas obtidas por meios ilícitos, o qual vem vedado expressamente na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inc. LVI, que diz: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. (BRASIL, 2010, p. 10).

O artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, não nega as partes o direito de provarem suas alegações, mas impedem que as partes utilizem provas obtidas por meios ilícitos, com isso há uma maior proteção do direito material e uma limitação das partes de alcançarem a verdade a qualquer custo. (MARINONI; ARENHART, 2008).

A Constituição Federal proibiu a produção de provas ilícitas trazendo como fundamento a existência à proteção às liberdades individuais. Quis o legislador, dentro desse raciocínio demonstrar que, em regra, a busca da verdade não deve se operar com supressão dos direitos constitucionalmente garantidos ao cidadão, ou seja, intimidade, sigilo de comunicações, inviolabilidade domiciliar, etc.

2.3 Prova Ilícita e Prova Ilegítima

As provas podem ser classificadas como ilícitas e ilegítimas, tentaremos aqui dar uma breve explicação.

Avolio leciona que:

[...] as provas ilícitas são colocadas como espécies das ‘provas vedadas’, que compreendem: as provas ilícitas, propriamente ditas, e as provas ilegítimas. A importância dessa corrente doutrinária se verifica, outrossim, pelo fato de que a utilização da expressão ‘vedadas’ já indica a sua opção pela inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos. (NUVOLONE 1966 apud AVOLIO, 1999, p. 43).

Sendo assim, podemos afirmar que as provas ilícitas possuem espécies distintas, sendo ilícitas propriamente ditas e ilegítimas, cada qual sendo produzida em momentos diferentes do processo.

Avolio trás a distinção das espécies de provas vedadas, sendo a prova ilegítima:

[...] é aquela cuja colheita estaria ferindo 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 (art. 207 do CPP brasileiro); ou a recusa de depor por parte de parentes e afins (art. 206). A sanção para o descumprimento dessas normas encontra-se na própria lei processual. Então, tudo se resolve dentro do processo, segundo os esquemas processuais que determinam as formas e as modalidades de produção da prova, com a sanção correspondente a cada transgressão, que pode ser uma sanção de nulidade. (NUVOLONE 1966 apud AVOLIO, 1999, p. 43).

Com isso, toda prova ilegítima fere normas do direito processual havendo sanção para tal descumprimento, que se encontra na própria lei processual, onde tudo se resolve no próprio processo, tendo este, formas e modalidades próprias para tal resolução.

Continua o autor a definir prova ilícita como:

[...] 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 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 pode se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e acerto da verdade, tais os de propriedade, inviolabilidade do domicílio, sigilo da correspondência, e outros. Para a violação dessas normas, é o direito material que estabelece sanções próprias. Assim, em se tratando da violação do sigilo da correspondência ou de infração à inviolabilidade do domicílio, ou ainda de uma prova obtida sob tortura, haverá sanções penais para o infrator. O direito processual mantinha-se, até pouco tempo atrás, alheio a essa realidade. (NUVOLONE 1966 apud AVOLIO, 1999, p. 44).

Prova ilícita fere as normas ou princípios de direito material, inclusive o direito constitucional o qual veda expressamente sua utilização. As sanções para tais descumprimentos e eventuais utilizações das provas ilícitas, estão previstas e são estabelecidas pelo direito material, que punirá penalmente o infrator.

Morais trás em sua obra uma breve distinção de provas ilícitas e ilegítima e ainda explica o termo provas ilegais, sendo estas gênero do qual as espécies são as ilícitas e ilegítimas:

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico. (MORAIS, 2008, p.109).

Como exemplo de provas ilícitas Pinho, em seu artigo trás a confissão obtida mediante tortura, violação de domicílio ou de correspondência e ainda ensina que é possível ver que será ilícita todas as “provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de direito civil, comercial, administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais.” (PINHO, 2007).

Com isso, toda prova que infrinja direito material, seja produzida mediante prática de crime ou contravenção e viole normas de direito e preceitos constitucionais é considerada ilícita, a qual deve ser descartada sua utilização no processo pelo juiz.

Conforme Pinho esclarece:

Havendo produção de uma prova ilegítima, haverá sanção prevista na própria lei processual, podendo ser decretada a nulidade da mesma, forte se infere do artigo 564, IV, do Codex. Por outro lado, as provas obtidas com violação ao direito material são inadmissíveis no processo a teor da regra constitucional inserta no inciso LVI do artigo 5º da CF/88. (PINHO, 2007).

A violação da prova ilícita ocorre transgressão à lei no momento da sua violação. Já na prova ilegítima no momento de sua colheita, de sua produção, de forma externa ao processo, podendo ser anterior ou concomitante a este.

Com isso, concluímos que não há confusão entre as provas, pois o momento de violação dos ordenamentos jurídicos é distinto.

2.4 Prova Ilícita por Derivação

A prova ilícita por derivação é a prova produzida em razão de uma prova ilícita, ou seja, é uma prova que foi obtida de forma lícita, mas sua produção foi derivada através de informações por meios ilícitos ou ilegais.

A prova ilícita por derivação é legal, estando sua produção em acordo com as normas do direito material e processual, mas para sua obtenção é necessário a outra prova, que é produzida de forma ilícita ou ilegal, como exemplo, trazemos o depoimento de testemunha, que é uma prova legal, mas este foi obtido mediante tortura ou interceptação telefônica não autorizada pelo judiciário.

Morais em sua obra ensina o que são as provas ilícitas por derivação e como devem ser suas utilizações no processo:

As provas ilícitas, bem como todas aquelas delas derivadas, são constitucionalmente inadmissíveis, devendo, pois, serem desentranhadas do processo, não tendo, porém, o condão de anulá-lo, permanecendo válidas as demais provas lícitas e autônomas delas não decorrentes, ou ainda, que também decorreram de outras fontes, além da própria prova ilícita; garantindo-se, pois, a licitude da prova derivada da ilícita, quando, conforme salientado pelo Ministro Eros Grau, “arrimada em elementos probatórios coligidos antes de sua juntada aos autos”. (MORAIS, 2008, p.114)

Portanto, as provas ilícitas e as delas derivadas, devem ser descartadas do processo, por serem constitucionalmente inadmissíveis, mas não possuem força para anulá-lo, com isto as provas lícitas permanecem adequadas ao ato. Quando o processo não é nulo, as consequências da inadmissibilidade da prova ilícita devem ser definidas e ocorrerem às verificações, pois caso haja a contaminação das demais provas delas resultantes, estas devem ser descartadas ou apenas a desqualificadas para o julgamento do processo. (MORAIS, 2008).

Com isso, concluímos que a prova ilícita ou dela derivada não torna nulo o processo, mais sim ela mesma, devendo ser desentranhada dos autos e o restante do processo desde que não seja contaminado deve continuar a seguir seu rito e atos processuais normalmente. (PINHO, 2007).

2.5 Teoria do fruto da árvore envenenada

Essa teoria foi criada pela Suprema Corte Americana, onde afirma que a ilicitude da prova original contamina todas as demais provas dela derivadas, ainda que produzidas de maneira legal. Na medida em que o vício da árvore é transmitido a todos os seus frutos, a prova ilícita por derivação estaria inteiramente contaminada.

Apesar de evidentes dificuldades que se apresentam para uma solução concreta de tais situações, dadas as diferenças e complexidades de cada caso concreto, parece ser impossível negar de primeira vista a contaminação da prova derivada pela prova ilícita.

Não somente pelo caso de ser obtida de forma ilícita e com isto ser considerada uma prova descartada no processo, mas principalmente pela finalidade com que são estabelecidas as proibições das provas em questão.

Com efeito, de nada adiantariam tais restrições à admissibilidade da prova ilícita no processo como via de comprovação dos fatos alegados pelos litigantes, se, por via derivada de tais provas, pudessem ser colhidas informações com a violação ao ordenamento jurídico e com isso servirem para o convencimento do juiz.

Fidalgo Gallardo, ensina que:

[...] para se considerar uma determinada prova como fruto de uma árvore envenenada, deve-se estabelecer uma conexão entre ambos os extremos da cadeia lógica; dessa forma, deve-se esclarecer quando a primeira ilegalidade é condição sine qua non e motor da obtenção posterior das provas derivadas, que não teriam sido obtidas se não fosse à existência da referida ilegalidade originária. (GALLARDO, 2003 apud PINHO, 2007).

Devemos salientar que a prova obtida por meios ilícitos, pode contaminar uma prova obtida de forma legal, mais isto não quer dizer que o fato estaria contaminado e impedido de ser comprovado, podendo este ser demonstrado pelas outras provas produzidas no processo de forma lícita. (MARINONI, 2008).

Marinoni (2008, p.402) explica que “a teoria da contaminação da prova derivada da ilícita, conhecida como teoria dos frutos da árvore envenenada, somente tem sentido quando a eliminação da segunda prova traz efetividade à tutela dos direitos fundamentais”.

Portanto, a utilização da teoria em análise, só tem utilidade nos casos em que há exclusão da prova derivada da ilícita, tratando-se de bens que estão sendo protegidos, por ser de grande gravidade sua violação.

Muñoz ensina que:

[...] é preciso demonstrar, quando se pretende a atuação da teoria dos frutos da árvore envenenada, que a sua aplicação cumpre a função que com ela se persegue, pois, em caso contrário, a limitação da verdade processual e a proteção dos valores que tal teoria objetiva garantir serão totalmente inúteis e desprovidos de justificação. (MUÑOZ, 2003 apud MARINONI; ARENHART, 2008, p.402).

Com isso, a teoria deve ter um propósito para sua utilização, caso contrário seria totalmente sem nexos e desprovida sua aplicação no processo.

Tal teoria tem sido utilizada pelos Tribunais brasileiros, no entanto sua admissibilidade é feita de maneira excepcional, empregando-se o princípio da proporcionalidade e comparando o grau de complexidade e gravidade dos direitos em questão no caso concreto.

2.5.1 Jurisprudência

Jurisprudência sobre a aplicação da Teoria do Fruto da Árvore Envenenada retiradas da obra de Morais (2008).

HC 72.588-PB, relatado pelo Ministro Mauricio Correa, 12 jun. 1996: “FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA” – Examinando novamente o problema da validade de provas cuja obtenção não teria sido possível sem o conhecimento de informações provenientes de escuta telefônica autorizada por juiz – prova que o STF considera ilícita até que seja regulamentado o art. 5º, XII, da CF (“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”) -, o Tribunal, por maioria de votos, aplicando a doutrina do “frutos da árvore envenenada”, concedeu habeas corpus impetrado em favor de advogado acusado do crime de exploração de prestígio (CP, art. 357, parágrafo único), por haver solicitado a seu cliente (preso em penitenciária) determinada importância em dinheiro, a pretexto de entregá-la ao juiz de sua causa. Entendeu-se que o testemunho do cliente ao qual se chegara exclusivamente em razão de escuta -, confirmando a solicitação feita pelo advogado na conversa telefônica -, estaria “contaminado” pela ilicitude da prova originária. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Octávio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que indeferiram o habeas corpus, ao fundamento de que somente a prova ilícita – no caso, a escuta – deveria ser desprezada. Precedentes citados: HC 69.912-RS (DJ de 26-11-936), HC 73.351-SP (Pleno, 9-5-96; v. Informativo nº 30), HC 72.588-PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, 12-6-96 – INFORMATIVO STF – Brasília, 10 a 14 de junho de 1996 – nº 35. (MORAIS, 2008, p.113).

A jurisprudência acima relata que o Supremo Tribunal Federal considera ilícita toda a prova que há quebra de escuta telefônica que não esteja autorizado pelo juiz. No caso supracitado o STF concedeu o habeas corpus ao advogado utilizando para a aplicação da doutrina do fruto da árvore envenenada, pois o testemunho do cliente estaria na escuta telefônica razão pela qual a prova estaria contaminada, ou seja, ilicitude de prova.

HC 73.351-SP – habeas corpus, Rel. Min. Ilmar Galvão, m. v., j. 9-5-96, INFORMATIVO STF nº 30 – EMENTA: habeas corpus. Acusação vazada em flagrante delito viabilizado exclusivamente por meio de operação de escuta telefônica, mediante autorização judicial. Prova ilícita. Ausência de legislação regulamentadora. Art. 5º, XII, da Constituição Federal. Fruits of the poisonous tree. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que, sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inciso XII, da Constituição, não pode o juiz autorizar a interceptação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que “a ilicitude da interceptação telefônica – a falta de lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta” (IBCCrim – Boletim – Jurisprudência – agosto de 1996). HC 73.461-SP, Rel. Min. Octávio Gallotti, 11-6-96; STF – Habeas Corpus nº 73.510-0/SP – Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 12 dez. 1997, p. 65.565. (MORAIS, 2008, p.113-114).

A escuta telefônica é uma modalidade de prova ilícita, pois é proibida expressamente pelo Art. 5º, XII da Constituição Federal, com isso, quando utilizada, todas as provas obtidas através dela estarão contaminadas não podendo ser aproveitadas não processo pela teoria do “fruto da árvore envenenada”.

No caso em tela, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que é necessário uma lei para definir as hipóteses de autorizações dadas pelos juízes para a utilização da interceptação telefônica, tornando-se ilícita devendo ser descartada.

2.6 Teoria da Proporcionalidade

A Teoria da Proporcionalidade é uma hipótese de admissibilidade das provas ilícitas, sendo excepcionalmente, em casos extremamente graves e que necessitam de tal utilização, podendo ser violado o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, etc.

Segundo leciona Moraes:

[...] a doutrina constitucional moderna passou a prever uma atenuação à vedação das provas ilícitas, visando corrigir possíveis distorções a que a

rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Essa atenuação prevê, com base no Princípio ou critério da Proporcionalidade, hipóteses de admissibilidade das provas ilícitas que, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se perceba que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização. (MORAIS, 2008, p.110-111).

No Brasil, o Princípio da Proporcionalidade é admitido, embora tenha sua utilização rejeitada pela norma constitucional, a qual proíbe as provas ilícitas. Não obstante o Princípio da Proporcionalidade não ter sido apregoado na Constituição Federal de 1988, este deve ser invocado e observado em todos os ordenamentos consagradores dos direitos e garantias fundamentais, pois é nestes aspectos que o princípio deve ser aplicado.

Todo país que proíbe a prova ilícita, em algum momento teve que autorizar como medida de exceção o princípio da proporcionalidade, com isso garantir a proteção de determinado direito que estava sendo gravemente violado.

Estados unidos e Alemanha são exemplos de países que adotam o princípio da proporcionalidade, admitindo exceções à prova ilícita, os quais argumentam que com a utilização do princípio há justiça no caso concreto.

A concepção atual da Teoria da Proporcionalidade:

[...] é, pois, dotada de um sentido técnico no direito público a teoria do direito germânico, correspondente a uma limitação do poder estatal em benefício da garantia integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados (...). Para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessário não só a existência de normas para pautar essa atividade, atenda aos interesses da maioria pode derogar (Estado de Direito), como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulativo para se ponderar até que ponto se vai dar preferência ao todo ou às partes (Princípio da Proporcionalidade), o que também não pode ir além de um certo limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser chamada assim. (MORAIS, 2008, p.111).

Desta forma, a norma constitucional quando expressamente proibiu a utilização da prova ilícita no processo, estava inteiramente correta, pois com essa proibição é resguardado o direito fundamental individual, mas para uma convivência adequada da sociedade, às vezes é necessário a preferência do todo ao invés do individuo isoladamente. Aplicando-se o Princípio da Proporcionalidade e em muitos casos resolvendo o litígio.

Como exemplo da implementação do Princípio da Proporcionalidade, Marinoni; Arenhart (2008) trouxe em sua obra, o caso da mulher que era casada, possuía duas filhas, e quando seu marido viajava para facilitar seus encontros com o amante que era médico, ela

ministrava “Lexotan” para as filhas. O marido já desconfiado das atitudes da esposa gravou uma conversa dela com o amante.

No caso em questão, a prova obtida pelo marido, é considerada ilícita, pois ele obteve sem autorização das partes, violando a intimidade de sua esposa e de seu amante, que através de um mando de segurança para obter o desentranhamento da prova trazida pelo marido.

Nessas situações excepcionais, as provas devem ser utilizadas no processo, mesmo com sua origem sendo ilícita, pois a intimidade da esposa e do amante deve ser considerada menos gravosa para as partes que as integridades físicas das menores, que viam sendo intoxicadas com a medicação feita pela mãe.

O Princípio da Proporcionalidade tem alto grau de aplicação, sendo necessário o estabelecimento de critérios para sua aplicação. Os meios utilizados devem ser aptos ou adequados para alcançar o fim estimado, ou seja, a comprovação do fato deve ser essencial à preservação do bem jurídico de maior relevância. Havendo a demonstração de que o meio utilizado era necessário para o esclarecimento do fato, ou seja, que não existia outros meios eficazes e menos prejudiciais ao direito em questão. (MARINONI; ARENHART, 2008).

Quando se pensa no Princípio da Proporcionalidade, sempre deve se considerar o valor do bem jurídico que se busca proteger através da prova ilícita. Devendo ter a verificação se há outra prova além da ilícita, que possa confirmar os fatos alegados pela parte. E, após ter concluído esta etapa, deve-se analisar se o direito violado pela prova ilícita obtida é mais grave que o direito em que esta sob o julgamento necessitando de tal prova para a sua confirmação. (MARINONI; ARENHART, 2008).

Com isso concluímos que a prova ilícita pode ser utilizada, a luz do Princípio da Proporcionalidade, onde se verifica colisão de princípios e com base nas circunstâncias do caso concreto.

2.6.1 Jurisprudência

Em resumo jurisprudência sobre a aplicação do Princípio da Proporcionalidade retiradas da obra de Deda (2006):

A violação de correspondência, com maltrato à liberdade de pensamento resguardada pela Constituição Federal somente se caracteriza quando se tratar de ‘correspondência fechada’. De outro lado, a apreensão de documento, representado por minuta de carta já remetida, mediante autorização judicial, não representa afronta ao direito assegurado pelo art. 5º, X, da CF (intimidade,

vida privada, etc.) porque idêntica proteção é reservada à honra das pessoas, não podendo aquela (intimidade) servir de salvaguarda de práticas ilícitas. (STF, RT, 709/418). (DEDA, 2006, p.113-115).

A violação de correspondência só se caracteriza se esta estiver lacrada, pois caso esteja seu conteúdo exposto, e mediante autorização judicial, não fere o art. 5º, X, da Constituição Federal.

A gravação feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, nada tem de ilicitude, principalmente quando destinada a documentá-la em caso de negativa. (STF, 2º T., REAgRg 402035-SP, Relº Minº Ellen Gracie, j. 9-12-2003, DJU, 6-2-2004, p. 50). (DEDA, 2006, p.113-115).

A prova obtida mediante gravação de conversa entre dois interlocutores, com o consentimento de um e sem o do outro não se torna ilícita, uma vez que, um dos participantes que gravou o feito.

O conjunto probatório precisa ser analisado organicamente. A prova ilícita, sem dúvida, é vedada pelo Direito e não pode fundamentar restrições ao exercício do direito de liberdade. Em havendo, contudo, outros elementos, sem vício jurídico, legal a decisão do juiz que os considerar para explicitar a decisão. (STJ, HC 9128-RO (99/0033139-7, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 25-5-1999). (DEDA, 2006, p.113-115).

As provas no processo devem ser analisadas inteiramente, e caso haja prova ilícita esta deve ser descartada, pois é vedada pela Constituição, caso haja elementos que não estejam contaminados, estes devem ser utilizados para a decisão do juiz.

Não é ilícita a prova consistente na gravação de conversa ao telefone feita por um dos interlocutores, tanto mais que a gravação ocorreu em secretária eletrônica do telefone, de modo que o interlocutor tinha plena consciência de que estava sendo gravado e com isso concordou, pois bastava que não se pronunciasse ou que findasse a ligação telefônica e não haveria que cogitar desse tipo de prova. Decisão que se reforma. (TJRJ, AgI 2003.002.08303, 1º C. Cív., Relº Desº Maria Augusta Vaz, j. 7-10-2003). (DEDA, 2006, p.113-115).

A prova quando obtida mediante gravação feita pelo interlocutor em uma secretaria eletrônica, deve ser considerada lícita, pois o mesmo sabia que estava sendo gravado e não se atentou em desligar o telefone ou mesmo ficar em silêncio, com isso pode ser usada para a decisão do juiz.

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 uso em juízo de prova obtida por meios ilícitos. (TJRJ, AgI 2001.002.13359, 16º C. Cív., Rel. Dês. Miguel Ângelo Barros, j. 5-2-2002). (DEDA, 2006, p.113-115).

O juiz deve vedar a interceptação telefônica, gravada em uma fita cassete, pois foi obtida de forma ilícita, uma vez que, é proibida expressamente pela Constituição Federal sua utilização no processo.

Não é de ser utilizada para efeito de prova em separação judicial gravação de conversa telefônica obtida sem ciência da outra parte, por violar o direito à intimidade, constitucionalmente garantido. Apenas é de se admitir, em sede penal, consoante o Princípio da Proporcionalidade, a preterição deste direito, em nome da defesa do direito maior à vida ou à liberdade. (TJRJ, AgI 2001.002.08622, 2º C. Cív., Relº Dês ° Leila Mariano, j. 18-9-2001). (DEDA, 2006, p.113-115).

A prova obtida mediante gravação de conversa telefônica, não pode ser utilizada em processos cíveis, uma vez que, viola o direito a intimidade da pessoa humana, o qual é garantido constitucionalmente. A prova alcançada pela gravação somente pode ser aproveitada em processo criminal, através do Princípio da Proporcionalidade, pois esta defenderá o direito a vida e a liberdade.

É razoável a utilização de gravação de conversa entre marido e mulher, mesmo que um dos interlocutores desconheça a impressão sônica feita pelo outro, quando esta for pertinente à demanda e não restar comprovada a ilegalidade. A preservação da garantia constitucional da privacidade, por não ser absoluta, não pode servir para cometimento de injustiça, nem obstáculo invencível que venha a favorecer quem violou o direito material que alicerça a pretensão contraposta, cabendo ao juiz dar o valor ao conteúdo da prova, independente do meio com que foi obtida, ainda que com superação de certos direitos consagrados na Lei Magna ou na legislação ordinária. No âmbito do Direito de Família a prova tem singularidade específica diversamente dos outros campos jurídicos, e que decorre da natureza da relação conjugal, onde as violações do dever são clandestinas, embaraçando a sua visibilidade e constatação. (TJRJ, AgI 70005967740, 7º C. CÍV., Rel. Dês. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 28-5-2003). (DEDA, 2006, p.113-115).

Como já visto a gravação obtida com o consentimento de um dos interlocutores não pode ser caracterizada ilícita, uma vez que, um dos participantes da conversa esta ciente de que esta sendo gravada.

No caso em questão, o julgado foi decidido pela utilização da prova como lícita, pois a demanda necessitava da prova para solucionar-se e por ter sido comprovada a sua legalidade.

CAPITULO 3 – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Neste capítulo iremos estudar um dos meios de prova que ultimamente vem sendo considerado mais eficaz para a resolução de problemas, sendo esta a interceptação telefônica.

Um dos percalços que a utilização da interceptação telefônica trás, é que, esta é uma prova ilícita quando não autorizada judicialmente para o deslinde da causa, a qual seu emprego é vedado pela Constituição Federal de 1988 provocando violação de direitos individuais do ser humano.

Em regra a interceptação é proibida quando não autorizada pelo poder judiciário, mas pode ser admitida como exceção quando o direito constitucional que esta sendo transgredido for mais “precioso” devendo ser feita uma ponderação destes, prevalecendo um sobre o outro.

A interceptação telefônica encontra-se, hoje, normatizada constitucionalmente pelo inciso XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 e, infraconstitucionalmente, pela Lei nº 9.296/96, que regulamenta o dispositivo constitucional.

Segundo o artigo 5º, XII da Constituição Federal de 1988:

[...] é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. (BRASIL, 2010, p.08).

Com isso, o indivíduo tem seu sigilo protegido, não podendo ser violado, salvo pelas exceções explícitas no inciso.

A Constituição Federal de 1988, trás em seu bojo algumas garantias fundamentais, dentre as quais, está a da privacidade, da intimidade e da liberdade de comunicação.

Portanto, significa dizer que para haver algum tipo de interferência nessas garantias previstas na Constituição, é necessário fundamento em lei e a utilização do Princípio da Proporcionalidade, onde somente será aceita a “intromissão” a tais garantias, para a preservação e comprovação de outro bem garantido pela Constituição Federal e que no momento merece melhor guarida.

Neste aspecto, a proteção do sigilo das comunicações visa garantir ao sujeito o direito a sua privacidade e intimidade, mas em alguns casos esse direito deve ser quebrado para uma proteção de outro bem que esteja sendo violado.

Como exemplo, através de uma interceptação telefônica a polícia descobre que um terrorista pretende colocar substancias tóxicas no abastecimento de água de um determinado

bairro, com isso matar várias pessoas inocentes. Se for seguir completamente o dispositivo legal, a polícia não poderá agir e impedir o terrorista de cometer o crime; mas valendo-se do Princípio da Proporcionalidade e ponderando os direitos tutelados, como a preservação da privacidade e intimidade do terrorista e a vida das pessoas do bairro, essa prova obtida pela polícia deve ser utilizada como lícita e a mesma deve impedir o terrorista de cometer o ato.

Existem algumas classificações para o tema estudado, para tanto, encontramos as seguintes classificações:

Interceptação telefônica (ou interceptação telefônica em sentido estrito): é a captação de conversa telefônica por terceiro, através de meio remoto, sem a ciência ou autorização de qualquer dos interlocutores. Está sujeita à Lei nº 9.296/96. (SILVA; BONINI; LAVORENTI, 2010, p.391)

Quando não há consentimento de nenhum dos interlocutores ocorrerá à interceptação telefônica que consiste em captar através de terceira pessoa uma conversação telefônica alheia.

Escuta telefônica: trata-se de interceptação em sentido amplo, ocorrendo quando há a captação da conversa telefônica por terceiro, através de meio remoto, com a ciência de um dos interlocutores, seria, por exemplo, o caso de gravação da conversa entre o sequestrador e a família do seqüestrador, havendo ciência, por parte desta, de que a gravação está ocorrendo. Está sujeita à Lei nº 9.296/96. (SILVA; BONINI; LAVORENTI, 2010, p.391).

Escuta telefônica se definirá quando um dos interlocutores tomarem ciência que houve alguma captação de uma conversa.

Para distinguirmos qual o elemento da identificação de uma conduta deve-se ter a presença de um terceiro quando houver a captação da comunicação telefônica.

Gravação telefônica ou clandestina: ocorre quando um dos interlocutores, com ou sem a ciência do outro (clandestina), grava a conversa que ele mesmo mantém. Trata-se de autogravação e não de interceptação. Não está sujeita à Lei nº 9.296/96, por não haver interceptação, pois um dos interlocutores é quem faz a gravação. (SILVA; BONINI; LAVORENTI, 2010, p.391).

A gravação clandestina é realizada por um dos interlocutores da conversa sem a permissão de outra pessoa.

Não haverá intervenção de uma terceira pessoa, quando a gravação que foi realizada por um dos interlocutores for de forma clandestina.

Interceptação ambiental: ocorre quando um terceiro, sem autorização ou conhecimento dos interlocutores, grava a conversa entre ambos, a partir do próprio ambiente, não havendo comunicação por meio telefônico. Não está sujeita à Lei nº 9.296/96, por não haver interceptação de conversa telefônica. (SILVA; BONINI; LAVORENTI, 2010, p.391).

A interceptação ambiental, um terceiro não tendo autorização e nem o conhecimento dos interlocutores, grava a conversa, este método não possui intervenção telefônica, é feito no próprio ambiente onde a conversa esta acontecendo.

Gravação ambiental: ocorre quando um dos interlocutores, com ou sem ciência do outro, grava a conversa entre ambos, a partir do próprio ambiente, não havendo comunicação por meio telefônico. Não é interceptação e não está sujeita a esta lei, também não configurando crime a sua realização. (SILVA; BONINI; LAVORENTI, 2010, p.391).

A gravação ambiental, um dos participantes grava a conversa, com ou sem a autorização e consentimento do outro, este método também é feito no próprio ambiente onde a conversa esta sendo realizada, sem meios telefônicos.

Escuta ambiental: ocorre quando um terceiro, com a ciência de um dos interlocutores, grava a conversa entre os dois interlocutores, a partir do próprio ambiente, não havendo comunicação por meio telefônico. Não está sujeita à Lei nº 9.296/96, por não haver interceptação de conversa telefônica. (SILVA; BONINI; LAVORENTI, 2010, p.391).

Na escuta ambiental, um terceiro com autorização e consentimento de um dos participantes grava a conversa, no próprio ambiente onde a conversa esta acontecendo, não é feita através de telefone.

Os registros de uma conversa telefônica serão realizados no ambiente de uma conversação pessoal.

Nos casos da interceptação ambiental, gravação ambiental e escuta ambiental, estas são utilizadas no processo, a partir de uma análise de seu conteúdo, caso tenha violado ou não o direito a intimidade e naquele momento era necessário por ser o único meio para a produção da prova, aplica-se o Princípio da Proporcionalidade, sendo esta uma prova lícita, pois não ocorreu a interceptação telefônica.

De acordo com a Lei nº 9.296/96, a interceptação telefônica somente poderá ser utilizada quando tiver autorização judicial e for usado para determinados fins de investigação criminal ou ainda para instrução processual penal.

Senão tiver autorização judicial para utilizar-se da interceptação telefônica será totalmente ilegal. Nenhum Juiz civil poderá autorizar uma interceptação telefônica que não seja para fins criminais.

Segundo o artigo 1º da Lei nº 9.296/96:

[...] interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça. (VADE MECUM, 2010, p.1598).

O juiz com competência criminal está obrigado pela lei que a representação para se pedir a interceptação deve ser dirigida ao juízo da ação principal. São aplicadas as regras do Código de Processo Penal para a fixação da competência jurisdicional.

Na comarca em que estiver ocorrendo às investigações houver vários juízes criminais, a fixação de competência será realizada pelo critério da prevenção onde será competente para a ação principal o primeiro juiz em que decidiu questões cautelares, como a interceptação telefônica.

Excepciona-se a situação da decisão em plantão judiciário ou de juiz corregedor permanente da policia judiciária, não havendo fixação da competência pela prevenção caso decida interceptação telefônica em regime de plantão. Nada impede, ainda, que haja juízo especializado de acordo com a lei de organização judiciária estadual para apreciação de providencias anteriores à denúncia, como no caso do DIPO (Departamento de Inquéritos Policiais) na Comarca de São Paulo, que atua na fase inquisitorial do feito, que é distribuído para uma das varas criminais da Capital quando da denúncia. Ou seja, a interceptação é decidida por juiz criminal, mas não por aquele que irá decidir a ação principal. (SILVA; BONINI; LAVORENTI, 2010, p.393).

A Constituição Federal do Brasil de 1988 trouxe uma regulamentação nova no artigo 5º, inciso XII, com o advento da Lei nº 9.296/96, está lei estabeleceu hipóteses onde a interceptação telefônica fosse autorizada.

Com o advento da Lei, os requisitos citados no parágrafo anterior deveriam ser obedecidos quando da realização de uma interceptação telefônica legítima. Com isso, se estiver presentes os requisitos que estão estabelecidos na lei, o juiz poderá de ofício, a requerimento do Ministério Público e da autoridade policial, autorizar a quebra do sigilo.

Por causa da guerra da criminalidade, os meios eletrônicos utilizados, como exemplo, a interceptação telefônica, estarão mais evidentes e tendem a flexibilizar os casos de policia, política, justiça e da sociedade, para uma maior proteção dos direitos mais significantes e importantes, como a vida, liberdades etc.

Para a interceptação telefônica ser considerada prova lícita no processo, ela deve ser realizada dentro de parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico, caso contrário sua obtenção se torna ilícita e deve ser descartada sua utilização, pois viola os direitos e garantias previstas na Constituição Federal.

Contudo, a maioria dos juristas está consentindo a utilização da interceptação telefônica, com a obtenção de informação com violação da intimidade, ferindo garantias fundamentais previstas constitucionalmente, sendo este consentimento como uma medida

cautelar, para prevenir ou conservar algo que está para acontecer ou que esta acontecendo, tomando medidas oportunas para resolver a situação.

A medida cautelar é utilizada visando prevenir, conservar, defender ou assegurar a situação que esta preste a acontecer ou acontecendo, é um ato de precaução ou prevenção quando a situação demonstra gravidade, no caso da interceptação telefônica, esta vem sendo utilizada mesmo ilicitamente, nos casos em que for claramente comprovado um risco de lesão ao direito fundamental que perante a sociedade e o ordenamento jurídico é mais importante, de ser preservado.

Portanto, a interceptação telefônica esta sendo considerada uma medida cautelar, pois sua utilização esta prevenindo algo que esta preste a acontecer ou esta acontecendo, e com as informações obtidas por ela, possa as autoridades agirem com cautela e controlarem a situação para que o problema seja solucionado e não seja agravado.

Assim, a interceptação telefônica deve ser utilizada em casos excepcionais, onde somente estiver sendo violado o direito considerado com maior importância, protegendo desta forma todos os direitos fundamentais do individuo.

3.1 Requisitos da Interceptação Telefônica

Existem alguns requisitos para a utilização da interceptação telefônica, e o primeiro vem expresso na Constituição Federal, onde a interceptação telefônica só será admitida para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

O segundo requisito vem através do artigo 2º da Lei 9.296/96, nos seus incisos I, II e III que diz:

Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único: Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. (VADE MECUM, 2010, p. 1598).

Portanto, a interceptação será admitida caso não viole uns dos três incisos do artigo 2º da Lei 9296/96.

E o último requisito, é a autorização judicial, onde o juiz permitirá a interceptação telefônica e esta poderá ser utilizada para as investigações criminais e sendo considerada prova lícita no processo.

3.2 Procedimentos da Interceptação Telefônica

Para a concessão da interceptação telefônica é necessário a verificação dos requisitos, (que foi tema de estudo do item 3.1) e seguir um procedimento.

Silva, Bonini & Lavorenti lecionam em sua obra qual é o procedimento da interceptação telefônica, dizem que:

Trata-se de procedimento de natureza cautelar de produção de prova processual penal. Tendo a finalidade de produzir não só prova penal durante a instrução processual, mas também como medida de investigação penal, em tese é possível o seu deferimento antes mesmo da instauração de inquérito policial, embora seja a interceptação telefônica sem instauração prévia de inquérito policial de difícil aceitação prática, ante a necessidade de se indicar, na representação pela interceptação, fatos criminosos certos a serem investigados, ainda que com a autoria a ser apurada. (SILVA; BONINI; LAVORENTI, 2010, p.399).

Com isso a interceptação telefônica, possui natureza cautelar e sua finalidade é produzir prova na instrução processual e na fase de investigação penal, podendo ser requerida durante o inquérito policial, não tendo muita aceitação prática, devido a necessidade dos detalhes dos fatos e crimes investigados.

Quando a interceptação estiver sendo requerida, esta deve ser fundamentada e apresentar as necessidades para tal deferimento. Continua os autores a citarem o que deve conter no pedido.

O pedido de interceptação deve ser fundamentado, contendo exposição da necessidade da interceptação, a existência ou não de produção de outras provas, os elementos de convicção quanto aos indícios de autoria (se existentes) e de materialidade (obrigatoriamente), a justificação de inexistência de outros meios de apuração e os meios a serem empregados (interceptação de dados, interceptação da comunicação, bilhetagem da linha, cadastro de assinante, localização de ERBs, etc.). (SILVA; BONINI; LAVORENTI, 2010, p. 399).

Portanto, ao formular o pedido deve conter essencialmente a fundamentação, existência ou não de produção de provas, elementos de convicção quanto aos indícios de autoria e de materialidade, ser justificado a inexistência de outros meios que podem ser utilizados ao invés da interceptação.

Podendo ainda o pedido ser escrito ou verbal, caso seja verbal reduzido a termo para autuação. (SILVA; BONINI; LAVORENTI, 2010).

Com isso, depois de verificados os requisitos e procedimentos da interceptação telefônica, o requerimento com o pedido deve ser direcionado ao juiz competente para que este verifique e decida se a medida denominada como cautelar, é cabível ou não no caso concreto, sendo cabível o juiz deferirá o pedido e a interceptação telefônica poderá ser utilizada como prova lícita na instrução processual, na investigação criminal ou no próprio inquérito policial.

3.3 Jurisprudência

Em resumo jurisprudência sobre a interceptação telefônica como meio de prova.

PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o 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. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da CF. Precedente. Como gravação meramente clandestina, que se não 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 conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou. STF – Rext. Nº 402.717-8-PR – 2º t. – rel.Min. CEZAR PELUSO – j. 02.12.2008 – DJe nº 30 – Divulg. 12.02.2009 – Publ. 13.02.2009. (SILVA; BONINI; LAVORENTE, 2010, p. 392)

A jurisprudência em questão trás o caso onde um dos interlocutores gravou a conversa sem o conhecimento do outro, onde este estava sendo investigado ou tido como suspeito de um delito, no caso em tela, o tribunal negou provimento ao recurso, fundamentando que a gravação feita por um dos interlocutores não viola o artigo 5º, incisos

X, XII e LVI da Constituição Federal, portanto a prova foi considerada lícita podendo ser utilizada.

PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Documentos. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inciso XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedentes. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, bem como documentos colhidos na mesma investigação, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessas provas. STF – Pet. 3683 QO-MG – Pleno – Rel. Min. CEZAR PELUSO – j. 13.08.2008 – DJe nº 35 – Divulg. 19.02.2009 – Publ. 20.02.2009. (SILVA; BONINI; LAVORENTI, 2010, p. 395)

O STF admite a utilização de provas obtidas por meio de interceptação telefônica judicialmente autorizada em investigação criminal ou em instrução processual penal, como prova emprestada sendo esta aquela produzida em outro processo, e caso haja interesse na prova é trazida para ser utilizada, no caso em tela, para ser utilizada no processo administrativo disciplinar, contra as mesmas pessoas que estão sendo investigados penalmente e outros servidores quando haja desconfiança de suas participações nos atos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos perceber no decorrer do presente trabalho, que as provas em geral são os meios hábeis para a verificação e comprovação da verdade real no caso concreto.

Observamos ainda através de posicionamentos doutrinários que existem várias correntes e opiniões quanto à utilização das provas no processo.

A pesquisa teve como estudo principal o emprego e a utilização das provas ilícitas no processo, a qual é vedada expressamente pelo art. 5º inciso LVI da Constituição Federal vigente, que se preocupou com o uso dessa modalidade de prova e sua admissibilidade, porém não estabeleceu quais as conseqüências do uso, ficando a encargo da doutrina e jurisprudência.

Com essa falha, abre-se espaço para várias correntes doutrinárias, prevalecendo entendimentos de que a utilização de provas ilícitas no processo, na maioria dos casos será vedado, onde os direitos individuais e fundamentais da pessoa humana sempre deverá ficar em evidência.

Outras entendem que a prova ilícita pode ser usada, dependendo do caso concreto, das situações em que o direito individual e fundamental prevalece sobre o outro, como no caso do direito a vida, em relação ao direito de liberdade. Tais doutrinadores fundamentam suas opiniões de forma que devem prevalecer o interesse jurídico e a descoberta da verdade, com isso o uso da prova ilícita no processo é fundamental e essencial, mesmo sendo sua obtenção de forma contrária ao dispositivo legal.

Existem também correntes que não defendem nenhuma das posições, ou seja, não são nem a favor e nem contra o emprego da prova ilícita, posicionam-se pelo emprego do Princípio da Proporcionalidade como um método mais correto e eficaz, devendo sempre ser observado o caso concreto.

O uso da proporcionalidade em questão é a ponderação dos direitos, ou seja, a verificação do bem jurídico a ser tutelado que apresente maior relevância social comparado com o outro bem em questão.

Portanto, a Teoria da Proporcionalidade não se adéqua a aplicabilidade corriqueira, mas apenas aos casos de extrema importância em que as provas ilícitas são necessárias para a proteção de relevante bem social observado os valores envolvidos e as dificuldades na obtenção da prova sem, contudo, desrespeitar os direitos constitucionais inerentes ao ser humano.

Da interceptação telefônica, espécie de prova com grande divergência doutrinária e jurisprudencial quanto a sua admissibilidade e aplicação, estabeleceu-se pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XII, que as comunicações telefônicas poderão ser violadas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, mediante lei prevendo as suas hipóteses.

No caso, a Lei nº 9.296/96, veio para regulamentar as interceptação telefônicas, uma vez que por ordem judicial podem ser utilizadas como provas lícitas no processo.

Com isso, deve sempre ser observado o caso concreto, verificando a ilicitude da prova obtida por meio de interceptação telefônica, devendo invocar o Princípio da Proporcionalidade, que será utilizado pelo juiz através do qual fará um equilíbrio entre os bens discutidos, quanto tutelados, optando pelo mais importante perante a sociedade.

Por fim, concluímos com o presente estudo que as provas ilícitas nunca terão leis que a autorizem ou regulamentem, por uma maior segurança jurídica, no enfoque de proteção dos direitos individuais, mas nunca deixarão de serem utilizadas pelos magistrados para aperfeiçoamento de suas convicções, devendo sempre ser empregadas através do Princípio da Proporcionalidade e da ponderação dos direitos para a solução dos conflitos.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. Trabalhadora comprova vínculo com gravação telefônica de conversa. 2010. Disponível em: http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=8212. Acesso em: 27 ago. 2010.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptação telefônicas e gravações clandestinas**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. **Código civil**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 46.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1990. (Série Legislação Brasileira).

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. 1990. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ7E3E5AAEITEMID736B189700174E618C00EF8DA589D98CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 27 de set. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 76.087-0/SP. Recorrente: Solange do Couto Melo. Recorrido: Carlos Pierucci do Espírito Santo. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 3 de março de 1998. **Revista Forense**, v. 344, ano 94, p. 322-325, out./dez.1998.

DEDA, Arthur Oscar de Oliveira. **A prova no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

GARCIA, André Almeida. **Prova Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**: atos processuais a recursos e processos nos tribunais. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.2.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades do Processo Penal**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 7.ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. (Curso de Processo Civil, v.2).

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PINHO, Marco Antônio Garcia de. Breve ensaio das provas ilícitas e ilegítimas no direito processual penal brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1307, 29 jan. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9439>. Acesso em: 27 set. 2010.

RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. **As provas como instrumento de efetividade no processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Civil e Comercial**. 3º Edição, Max Limonand, São Paulo, 1971.

SILVA, José Geraldo da; BONINI, Paulo Rogério; LAVORENTI, Wilson. **Leis penais especiais anotadas**. 11.ed. Campinas: Millennium, 2010.

VADE MECUM. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.