

Os meios moralmente legítimos de prova

LUÍS ALBERTO THOMPSON FLORES LENZ
Advogado

“Em outros tempos as leis criminais as-sentavam na presunção de criminalidade, cujo corolário processual era a tortura engenhosa-mente uniforme e atroz. Todo réu se supunha culpado. Daí um sistema de investigação ju-dicial empenhado todo ele em extorquir pela crueldade a confissão. O direito moderno, ao contrário, estriba na presunção de inocência. É a nossa presunção constitucional. A Cons-tituição partiu desse pressuposto, cuja con-seqüência era assegurar-se a defesa na sua maior amplitude.” (RUI BARBOSA, *Obras Completas*. v. 32, t. 1, p. 36.)

SUMÁRIO

1. *Introdução*. 2. *Colocação do problema*. 3. *Dis-tinção entre as provas ilícitas e ilegítimas*. 4. *Direito comparado*. 5. *Ordenamento brasileiro*. 6. *Posição do STF*. 7. *Conclusão*.

1. *Introdução*

Questão que tem suscitado discussão na doutrina e na jurisprudência é a da admissibilidade ou não das provas ilícitas e ilegítimas em nosso ordenamento jurídico.

O debate todo está polarizado entre os direitos fundamentais do homem e os princípios básicos que norteiam o processo e a necessidade da desco-bera da verdade material, tanto para a proteção da sociedade, quanto para

a efetivação do ideal de justiça, que representa o anseio máximo e a razão de ser do direito.

2. Colocação do problema

Sensibilizado pelo fato de que as decisões proferidas pelos juizes e Tribunais baseiam-se fundamentalmente na lei, nas provas e na interpretação que os juizes fazem das provas à luz da lei, considero essencial estabelecer uma demarcação precisa da legitimidade da prova, e quando esta se torna inadmissível em juízo.

Debater o posicionamento do juiz quando se confronta com uma prova que, mesmo sendo ilegítima ou ilícita, elucidada a questão, demonstra, sem sombra de dúvidas, os responsáveis por determinado ato ilícito, ou terceiros que com ele não tenham nenhuma ligação, ou mesmo, quando essa prova ilegítima é contrária à prova dos autos.

Neste momento surge um dilema muito grande para o magistrado: ou valorizar a verdade, a qual foi demonstrada de forma inidônea, e assim procedendo, negar o direito, pois fundamentar uma decisão que, *a priori*, deveria ser sempre justa, com argumentos ou provas ilegítimas é, no mínimo, uma contradição, a qual cerceia a liberdade de defesa garantida pela Constituição Federal, ou, num segundo momento, não admitir uma prova, por esta ser ilegítima, e assim procedendo, negar a verdade pela presunção de que o que não está no processo não está no mundo jurídico, nem poderá ser apreciado pelo magistrado. Nesse caso, negando-se a verdade, também se estaria negando o direito, o qual, fundamentalmente, procura defender a verdade e a justiça.

A atuação do Estado encontra seus limites nos direitos e garantias do indivíduo. O binômio persecução penal e direitos do acusado deve ser respeitado, como refere ADA PELLEGRINI GRINOVER:

“... o Poder Judiciário serve à justiça, justo limite, estabelecido pela lei, entre a restrição de liberdade, que o direito opera, e a irrestrrição de liberdade, a qual a lei mesma, fora de suas limitações, conserva inviolável” (1).

Idêntico é o posicionamento de ANA MARIA BABETTE BAJER FERNANDES e PAULO SÉRGIO LEITE FERNANDES:

“... respeitar a liberdade jurídica do cidadão significa para o Estado a subsunção do poder àqueles lindes que o próprio Estado se impôs ao normatizar a liberdade jurídica do cidadão e, ao mesmo tempo, ao impedir que ele — Estado — extrapole aqueles mesmos parâmetros que gerou ao criar ou concretizar a norma

(1) GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e o Processo Penal*. 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 22.

proibitiva. É aí que quase sempre se fala em Estado de direito contraposto ao Estado de força" (2).

Segundo SERRANO NEVES, prova penal é aquela que, não atentando contra a moral, a saúde, a segurança e a liberdade individual, fornece ao juiz o material indispensável e seguro para a sentença.

A sentença, que é a manifestação do juiz e, conseqüentemente, do Estado, a respeito de um conflito de interesses, deve refletir um conjunto básico de valores protegidos e ressaltados pelo ordenamento jurídico, como fundamento de sua legitimidade e titularidade na aplicação da lei, a fim de proteger a sociedade.

Feitas essas considerações iniciais, podemos verificar a complexidade da questão objeto deste trabalho. É um tema novo, que surgiu com a evolução da técnica e dos meios de comunicação e que atualmente está sendo muito discutido na doutrina e na jurisprudência, sem que se tenha conseguido uma uniformidade de posicionamento.

3. *Distinção entre as provas ilícitas e ilegítimas*

Quando nos referimos à "prova proibida", devemos fazer uma distinção fundamental. Tanto ADA GRINOVER quanto CAMARGO ARANHA distinguem entre as provas proibidas a prova ilícita e a prova ilegítima.

Segundo estes, a prova ilícita é a que contraria normas de direito material, quer quanto ao meio, ou quanto ao modo de obtenção da prova em juízo.

Já a prova ilegítima é aquela que afronta normas de direito processual, tanto na produção quanto na introdução da prova no processo.

Com relação à prova ilegítima e a prova ilícita e ilegítima, o próprio direito processual a afasta. O problema aparece quando se trata da prova ilícita.

A legislação processual apenas limita a interceptação de cartas (art. 233 do CPP), mantendo-se omissa nos demais casos de ilicitudes. O Código de Processo Civil determina genericamente, no art. 332, que somente serão admissíveis em juízo os meios de prova desde que sejam moralmente legítimos. Já o Código Penal somente restringe a invasão física do domicílio e tutela o sigilo da correspondência (arts. 150 e 151 do CP).

Logo verificamos que tanto a legislação material quanto a processual quase nada falam sobre o assunto.

Também na doutrina o posicionamento não é pacífico.

(2) FERNANDES, Ana Maria Babette Bajer e FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. *Aspectos Jurídico-Penais da Tortura*. Editora Saraiva, 1982, p. 67.

4. *Direito comparado*

É interessante verificar a posição dos diversos países a respeito da matéria em estudo. Países estes com sistemas políticos e jurídicos diversos como os integrantes do sistema da *Common Law*, e os do sistema romano-germânico como é o nosso. O estudo do direito comparado serve para estabelecer um paralelo entre os diversos ordenamentos e suas limitações com relação à repulsa a estes meios inaceitáveis de prova em juízo (3).

Nos países integrantes do sistema da *Common Law*, a prova proibida é denominada "illegally obtained evidence". Estes países, fundamentalmente os países integrantes da Comunidade Britânica de Nações, apresentam atualmente duas tendências básicas. A tendência tradicional da Inglaterra e a tendência inovadora nos Estados Unidos.

Na Inglaterra vigora a máxima de que toda prova é válida desde que relevante. Ocorre que a Inglaterra não tem Constituição rígida que estabeleça os direitos e garantias individuais. Logo, a finalidade básica do processo inglês é a descoberta da verdade material e, como a ilicitude ou ilegalidade cometida na obtenção da prova não altera a verdade representada por esta prova, ela é tida como válida ou admissível em juízo.

Já os Estados Unidos apresentam uma tendência contrária, em regra, à vigente na Inglaterra. Hoje, a partir do advento da IV e V Emendas, a Suprema Corte americana tem influenciado as instâncias estaduais e federais em sentido contrário à admissibilidade destas provas.

A IV Emenda americana é bem ampla quando dispõe que: "Será garantido o direito dos cidadãos à segurança das suas pessoas, domicílio, documentos e bens contra buscas, detenções e apreensões arbitrárias, não podendo ser passadas, sem razão plausível, apoiada em julgamento ou compromisso de honra, ordens de busca, detenção ou apreensão que não especifiquem o local, as pessoas ou as coisas sobre que recaem" (4).

Também a nível de legislação ordinária há restrições.

A interceptação de comunicações telefônicas é proibida pelo art. 605 do Federal Communications Act de 1934, segundo interpretação da Corte Suprema (5).

(3) Sobre a matéria referente às provas ilícitas e ilegítimas no direito estrangeiro, há o excelente estudo da Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, *op. cit.*, pp. 113 e seguintes. Também devo fazer referência ao artigo de ALÍPIO SILVEIRA, denominado "Torturas e Ilegalidades Policiais perante a Justiça Norte-Americana", publicado na *Revista Jurídica*, 1963, vol. 57, p. 29.

(4) DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 242.

(5) FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência Criminal*. São Paulo, 1979, José Bushatsky Editor, 3ª edição, vol. 2, p. 448.

Na França, a Constituição de 1958 estabelece, em seu preâmbulo, o respeito do povo francês aos direitos do homem e aos princípios que foram definidos pela Declaração de 1789.

O art. 34 desta Constituição determina que compete à lei ordinária a fixação de regras que deverão tutelar as garantias individuais e o exercício das liberdades públicas. Declara expressamente o referido dispositivo constitucional.

“Art. 34 — A lei é votada pelo Parlamento.

A lei estabelece os regulamentos referentes:

aos direitos cívicos e às garantias fundamentais concedidas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas; às obrigações impostas pela defesa nacional aos cidadãos quanto à sua pessoa e seus bens;

.....”

Logo, somente há proibição às provas ilícitas e ilegítimas na França, na medida em que exista norma processual ou material expressa neste sentido. Entretanto, o legislador ordinário francês não se preocupou em legislar restringindo estes meios probatórios, permanecendo a realidade de que, em princípio, não existe proibição a essas provas na França.

Na Alemanha, as provas ilícitas e ilegítimas são afastadas por serem inconstitucionais.

Há, igualmente, previsão expressa no ordenamento processual alemão em sentido contrário a esses meios de prova. Determina o art. 136 do Código de Processo Penal alemão:

“A liberdade da vontade de resolução e da vontade de participação dos acusados não pode ser prejudicada através de maus tratos, através de cansaço, através de usurpação corporal, por perseguição, por meios, através de tortura, através de engano, ou através de hipnose. A coação só pode ser empregada segundo o que permite o Direito Processual Penal. A ameaça de aplicar contra alguém, severamente, providência segundo seus regulamentos e a promessa de alguma vantagem legal são proibidas.

Medidas que prejudicam a memória ou a capacidade de inteligência dos acusados não são permitidas.

As proibições das alíneas 1 e 2 valem sem consideração do consentimento do acusado. Testemunhos que se realizam com ofensa dessas proibições não podem, pois, ser aproveitados, mesmo que o acusado concorde em sua utilização” (6).

(6) BARROS, Adherbal de. A Investigação Criminosa da Prova, *Revista dos Tribunais*, v. 504, p. 291.

Contudo o ordenamento jurídico alemão admite uma exceção à regra geral de que todas as provas proscritas (ilícitas e ilegítimas) sejam inadmissíveis em juízo.

A jurisprudência alemã criou a Teoria da Proporcionalidade, segundo a qual em circunstâncias excepcionais, e somente nestas, quando houver um bem jurídico relevante ameaçado, e não houver outro meio lícito e legal para resguardar este bem ameaçado, os tribunais alemães têm admitido provas ilegítimas em caráter excepcional.

Na Itália a questão referente a prova proibida também é tratada a nível constitucional. Os arts. 13, 14 e 15 da Lei Maior italiana restringem estes métodos de captação de prova. O disposto nos arts. 14 e 15 da Constituição italiana é semelhante ao conteúdo dos parágrafos 9.º e 10 do art. 153 da nossa Constituição. Eles resguardam o domicílio e a correspondência de violações indevidas.

A inovação encontra-se no disposto no art. 13, cuja redação é a seguinte:

“Art. 13 — A liberdade pessoal é inviolável.

Não é admitida forma alguma de detenção, de inspeção ou perquisição pessoal, nem tampouco qualquer outra forma de restrição à liberdade pessoal, a não ser por determinação da autoridade judiciária e, unicamente, nos casos e formas previstos por lei.

Em casos excepcionais de necessidade e urgência, indicados categoricamente pela lei, a autoridade de segurança pública pode adotar medidas provisórias que devem ser comunicadas no prazo de quarenta e oito horas à autoridade judiciária e, se esta não as reconhecer como válidas nas sucessivas quarenta e oito horas, as mesmas entender-se-ão revogadas e nulas para todos os efeitos.

É punida toda violência física e moral contra as pessoas, mesmo submetidas a restrições de liberdade.

A lei estabelece os limites máximos da prisão preventiva.”

É muito expressivo o disposto neste artigo. Ele vincula toda a atividade investigatória que se apresenta inovadora ou restritiva dos direitos individuais a prévia autorização do juiz e, unicamente, nos casos e formas delimitados por lei.

Mesmo em casos de anormalidade em que exista urgência, os quais deverão estar elencados expressamente na lei, as providências adotadas pela autoridade pública terão obrigatoriamente que ser comunicadas em 48 horas à autoridade judicial, para que esta as ratifique como legais, sob pena de se entenderem nulas para qualquer efeito.

Constatamos a posição muito firme do constituinte italiano, preocupado com o resguardo dos direitos dos acusados. Ele entende que não se pode

atingir a verdade a qualquer preço, pois existem valores outros que também devem ser resguardados na defesa da justiça.

5. Ordenamento brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta duas correntes no que tange às provas ilícitas e ilegítimas: a corrente contrária à admissibilidade destas provas em juízo, e uma segunda corrente, a que admite determinados meios ilícitos ou ilegítimos.

a) Corrente contrária à admissibilidade das provas ilícitas e ilegítimas

Segundo ADHERBAL DE BARROS, a finalidade básica do processo, e principalmente do processo penal, não é apenas a descoberta da verdade material. Para ele, o objetivo derradeiro do processo é a realização do direito.

O mencionado autor faz alusão a uma série de artigos que desprezam a verdade material em função de interesses outros protegidos pela norma como o art. 332 do CPC e o art. 233 do CPP.

O art. 332 do CPC condiciona que as provas, para serem admitidas no processo civil, sejam morais e legais. Já o art. 233 do CPP proíbe a admissão de cartas particulares interceptadas ou obtidas por meios criminosos.

Mesmo que o CPP somente se refira às cartas criminosamente obtidas, através de uma interpretação analógica desse artigo, podemos compreender o repúdio do legislador por qualquer espécie de prova criminosa.

“Analogicamente, não sendo evidentemente menor o interesse público na preservação da liberdade, da integridade corporal, do domicílio etc., também as provas criminosamente obtidas, com ofensa a esses bens, são inadmissíveis” (7).

Logo, para este autor, as provas ilícitas e ilegítimas são inaceitáveis em juízo, pois colidem com o fim do processo penal. A repressão à criminalidade exige uma postura ética por parte da autoridade policial. Esta não pode se valer dos mesmos meios empregados pelos delinquentes que combate.

Finaliza afirmando que a única solução cabível é a eliminação da prova criminosamente obtida.

Para SERRANO NEVES, prova criminal é aquela que, não atentando contra a moral, a saúde, a segurança e a liberdade individual, fornece ao juiz o material indispensável e seguro para a sentença. O que não estiver

(7) BARROS, Adherbal de. A Investigação Criminosa da Prova, *Revista dos Tribunais*, v. 504, p. 293.

contido nesse conceito não será prova, mas arremedo de prova ou, como denomina o autor, torpeza processual⁽⁸⁾.

A Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER defende a tese de que são inadmissíveis em juízo as provas proibidas. Todavia, para ela, em virtude da lacuna existente tanto em nosso ordenamento material, quanto processual neste sentido, compete à Constituição Federal coibir esses meios, visto que sempre será infringido um princípio constitucional na aquisição desta prova:

“Sendo inaceitável a corrente que admite as provas ilícitas, no processo, preconizando pura e simplesmente a punição do infrator pelo ilícito material cometido; afastada, como o fizemos, a simples visão unitária que pretende superar a distinção entre ilícito material e inadmissibilidade processual, em um posicionamento que se baseia na unidade do ordenamento jurídico, a necessária correlação entre o ato ilícito, material, da obtenção da prova e a sua inadmissibilidade e ineficácia processuais somente pode ser feita, como vimos, pela qualificação que os institutos processuais recebem do direito constitucional”⁽⁹⁾.

O Ministro NELSON HUNGRIA declarou-se favorável à livre admissão da prova em juízo, como um atributo do princípio do livre convencimento, que vigora amplamente no processo.

Identificando a finalidade do processo penal com a descoberta da verdade material e com o princípio do livre convencimento, alega que representa uma incoerência a limitação dos meios de prova. Conseqüentemente, a enumeração legal é apenas exemplificativa:

“... A desconcertante versatilidade dos fatos humanos e o constante progresso dos métodos técnicos aplicáveis à investigação criminal podem exigir ou justificar a adoção de meios probatórios estranhos à experiência do passado, sobre a qual se baseia a exemplificação da lei”⁽¹⁰⁾.

Todavia, embora entenda que existe a maior liberdade possível na apreciação dos meios de prova, esta não é total. O limite é aquele que garanta a exclusão das provas que atentem contra o pudor público, os subversivos da ordem pública, os violentos e os atentatórios à personalidade humana ou à moral pública.

(8) NEVES, Serrano. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, de J. M. de Carvalho Santos, vol. 42, p. 355.

(9) GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e o Processo Penal*. São Paulo, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 160.

(10) HUNGRIA, Nelson. A Liberdade dos Meios de Prova, *Revista Jurídica*, 1958, v. 33, p. 5.

Semelhante é o pensamento de JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR SILVA quando refere que o princípio "líder" em matéria de prova no Código de Processo Civil é o do art. 332, que condiciona a que as provas sejam morais e legais. Esse dispositivo legal se aplica tanto às provas nominadas, quanto às inominadas, pois ambas são reguladas por um mesmo princípio de legalidade e moralidade.

Da mesma forma, manifesta-se em sentido contrário à tese de que os meios de prova ilícitos e ilegítimos, embora não admissíveis em juízo como tais, possam sê-lo como indícios:

"Logo após o advento do Código vigente, passamos a receber notícias alarmantes acerca da presença em alguns feitos desses métodos, na expectativa de ser dada ao art. 332 uma interpretação que os favoreça. Se não considerados como meios de prova, já que como tal a lei os afasta, supõe, quem os produziu, valer como indícios (!). Já ouvimos opinião dessa natureza.

Todavia os indícios somados valem como meio de prova, pois conduzem a um resultado. Logo, deve ser fulminada essa absurda interpretação.

A imoralidade na obtenção da prova, seja de qual grau for, a invalida inteiramente. Se a lei não apresentou critérios apriorísticos de moralidade, e se esta, como bem adverte CARNELUTTI, não se pode medir, não obstante, terá ela sua presença ou ausência sempre constatável" (11).

b) *Corrente favorável a determinadas provas ilícitas*

Segundo o Desembargador NEY AHRENDTS, em regra, em virtude do previsto no art. 332 do CPC, somente seriam admissíveis em juízo os meios probatórios morais e legais.

Todavia, excepcionalmente, em virtude do caráter investigatório que o Código de 1973 conferiu ao juiz, pode este admitir uma prova obtida de maneira discutível, desde que não tenha sido descumprida norma de processo nem praticado ilícito civil, penal ou administrativo:

"O intérprete não pode admitir o choque mortal da lei instrumental com os princípios básicos da ordem jurídica, dando força à ilegalidade e instigando a fraude e o dolo com desrespeito à dignidade da pessoa humana" (12).

(11) AGUIAR SILVA, João Carlos Pestana de. Introdução ao Estudo da Prova, *Revista Forense*, vol. 247, p. 39.

(12) AHRENDTS, Ney da Gama, et alii. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*. Editora Bels, 1974, p. 117.

“Em certas hipóteses, todavia, notadamente quando se tratar de casos que envolvam má fé, dolo, ou utilização do processo para a perpetração de atos simulados, ou obtenção de fins vedados pela lei, ou, ainda, quando a convicção do julgador dependa, fundamentalmente, do exame de uma gravação, embora apanhada de maneira discutível, decidirá o prudente arbítrio do juiz, já que a lei confere ao magistrado o poder indispensável para investigar.

Em situações de natureza excepcional, cuida-se de ordem judicial, e a prova será levada para os autos sem infração punível e nem desobediência aos princípios processuais acima mencionados.

A regra, contudo, a observar só pode ser a da validade e proponibilidade da prova gravada, que seja lícita e legal, e também moralmente aceitável” (13).

Conforme HÉLIO TORNAGHI, a prova proibida pelo direito é inaceitável em juízo. Todavia, quanto à prova obtida através de violação de normas de direito material, ele não é tão categórico na sua restrição. Afirma que o juiz não pode admitir esse meio como “prova” em juízo. Entretanto, ele também não pode simplesmente desconsiderar que a parte disse alguma coisa, pois isso seria irresponsabilidade sua. Logo, não admite as provas ilícitas como prova, mas sim como indício, e tudo o que se descobrir lícitamente a partir destes indícios é válido e admissível em juízo.

Já o Ministro CORDEIRO GUERRA admite a apreciação em juízo de uma confissão extrajudicial, mesmo quando obtida mediante coação ou sevícia. Para o Ministro, pune-se o autor do ilícito, mas a prova é válida, desde que confirmado o seu teor pelas outras evidências colhidas na instrução judicial.

“Não creio que entre os direitos humanos se encontre o direito de assegurar a impunidade dos próprios crimes, ainda que provados por outro modo nos autos, só porque o agente da autoridade se excedeu no cumprimento do dever e deva ser responsabilizado.

Nesse caso, creio que razão assiste à nossa jurisprudência; pune-se o responsável pelos excessos cometidos, mas não se absolve o culpado pelo crime efetivamente comprovado” (14).

Igualmente é significativo o parecer do Ministro RAPHAEL DE BARROS MONTEIRO, que se posicionou sobre a matéria em acórdão de 1951.

(13) *Op. cit.*, p. 117.

(14) GUERRA, Cordeiro. Valor Probante das Confissões Extrajudiciais, *Rev. Forense*, v. 285, p. 5.

Diz a ementa: “Prova — Gravação de conversa telefônica — Captação por meio criminoso — Violação do sigilo da correspondência — Meio probatório não previsto em lei — Livre apreciação, todavia, pelo juiz” (15).

O Ministro BARROS MONTEIRO sustenta que a finalidade do juiz no processo é julgar, julgar com as provas que tem e não verificar a licitude ou legalidade da prova. O simples fato de terem sido captadas por meio criminoso não pode constituir motivo para que não se tome em consideração este meio de prova. Fundamenta seu ponto de vista na lição de CUNHA GONÇALVES, que afirma: “Os tribunais têm de julgar conforme as provas que lhes são apresentadas e não lhes compete investigar se elas foram bem ou mal adquiridas pelo respectivo litigante. Essa investigação é estranha ao processo e o Juiz que a fizer exorbitará de suas atribuições processuais” (16).

O Desembargador BARBOSA MOREIRA também se posicionou de forma favorável à admissão de uma gravação obtida de forma ilícita e ilegítima no caso concreto (17).

Diz o aresto: “Prova obtida por meio de interceptação e gravação de conversas telefônicas do cônjuge suspeito de adultério: não é ilegal, quer à luz do Código Penal, quer do Código Brasileiro de Telecomunicações, e pode ser moralmente legítima, se as circunstâncias do caso justificam a adoção, pelo outro cônjuge, de medidas especiais de vigilância e fiscalização.”

Conclui o eminente processualista que, realmente, existe a tutela da intimidade em nosso ordenamento jurídico, embora não prevista de forma expressa. Existe, mas, como todos os direitos integrantes do ordenamento jurídico, é limitado, devendo ceder diante de um bem jurídico superior, que, no caso, seria a reta administração da justiça ou a liberdade da parte de produzir prova em juízo.

“... Não pode, assim, haver dúvida acerca da posição fundamental do ordenamento em face do conflito de valores que se desenha. Sobre o interesse na preservação da intimidade prevalecem, em linha de princípio, os interesses legados à reta administração da justiça. Aquele não pode ter a virtude de obstar ao pleno atendimento destes. Todavia, deve atuar aqui, como alhures, o princípio de que os meios se proporcionam de modo necessário aos fins colimados. O direito à preservação da intimidade sujeita-se ao sacrifício na medida em que a sua proteção seja incompatível com a realização dos objetivos que se têm primariamente em vista. Nessa medida, o ordenamento o tolera ou

(15) *Revista dos Tribunais*, 1951, v. 194, pp. 157 e seguintes.

(16) GONÇALVES, Cunha. *Tratado de Direito Civil*, volume XIII, nº 2.110.

(17) Agravo de Instrumento n.º 7.111, de 7 de novembro de 1983, publicado na *Revista Forense*, v. 286, pp. 270 e seguintes.

mesmo o impõe; além dela, não. Cumpre observar um critério de proporcionalidade, com o auxílio do qual se possa estabelecer adequado "sistema de limites" à atuação das normas suscetíveis de pôr em xeque a integridade da esfera íntima de alguém, participante ou não do processo" (Processo civil e direito à preservação da intimidade, in *Temas de Direito Processual*, Segunda Série, S. Paulo, 1980, pp. 9/10; grifos do original)" (18).

Não é outro o entendimento de PONTES DE MIRANDA sobre o assunto abordado.

De acordo com o saudoso jurista, existe o resguardo ao sigilo, direito da personalidade, mas é um direito que cede diante de outro mais alto, notadamente quando o objeto do sigilo é meio de prova em juízo (19). Ele exemplifica como direito mais alto a ser protegido, mesmo com infração ao direito à intimidade, o direito à vida, à integridade física, à verdade, à honra.

Afirma que o segredo da correspondência abrange o telegrama, o radiograma, o fonograma e o telefone.

Para PONTES não interessa a modalidade da prova. O essencial é o seu conteúdo, se este viola ou não norma material ou constitucional:

"Depois do que acima expomos, temos de entrar em novas apreciações, que se relacionam com os meios moralmente legítimos. Os microfimes, os *slides*, gravadores embutidos em estantes, mesas ou paredes, os computadores e outros meios de reprodução ou gravação não têm proibição. O que se há de examinar é aquilo que colhe, porque o conteúdo é que pode ofender o direito ao sigilo, ou não ser, por outro motivo, moralmente legítimo. O juiz, ao ter de negar ou admitir o meio de prova, há de recorrer ao direito material e até mesmo à Constituição, porque não fica às leis dizer, a seu arbítrio, o que se há de entender por sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas" (20).

Delicada é a questão referente à admissibilidade das provas ilícitas e ilegítimas no direito de família.

Aqui, conforme o Desembargador YUSSEF SAID CAHALI, o tratamento dispensado à matéria deve ser especial.

(18) Revista citada, p. 272.

(19) PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, Editora Revista dos Tribunais, 1983, v. 7, p. 131, e *Comentários ao Código de Processo Civil* (1973), 2ª edição, 1979, tomo IV, p. 336.

(20) PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil* (1973), Editora Forense, 1979, 2ª edição, tomo IV, p. 344.

Ressalta que, no direito de família, é irrelevante o meio como a prova foi produzida. O essencial é o conteúdo. Havendo a prática de eventual ilícito na obtenção da prova, deve o juiz aproveitar o seu conteúdo, se relevante, visto que o direito de família persegue a verdade real, e enviar ao juízo criminal eventual indício da existência de ilícito penal.

“Quanto a nós, se inexistente regra específica em nosso direito, acompanhamos a lição de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, no sentido de que tal modalidade de prova será sempre admissível, sendo irrelevante qualquer distinção quanto a se saber se a carta foi obtida por meios ilícitos ou desleais, ou se foi interceptada por mera casualidade pelo cônjuge inocente” (21).

O autor assenta sua opinião em diversos julgados e no magistério de PONTES DE MIRANDA (22).

JOSÉ RUBENS MACHADO DE CAMPOS sustenta que o conflito entre o direito à intimidade e os meios ilícitos de prova deve ser objeto de muita reflexão no direito de família. Essa é uma área do ordenamento jurídico que está diretamente vinculada à intimidade das pessoas por sua própria natureza. Atualmente não se admite mais uma proteção absoluta às liberdades públicas e, entre elas, à intimidade. Estes direitos devem ceder sempre que entram em confronto com a ordem pública e as liberdades alheias (23).

6. Posição do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a matéria tratada neste trabalho em duas oportunidades. Nos Recursos Extraordinários n.ºs 85.439 e 100.094, em que foram relatores, respectivamente, os Ministros XAVIER DE ALBUQUERQUE e RAFAEL MAYER, podemos constatar a orientação do STF sobre o tema aqui desenvolvido.

O primeiro caso trata de uma questão de direito de família, versando sobre o desentranhamento de fitas gravadas pelo marido e resultantes de interceptação de conversa telefônica da mulher, utilizadas no processo de separação. As gravações foram feitas clandestinamente, sem nenhuma auto-

(21) CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986, 5ª edição, 2ª tiragem, p. 390.

(22) Sustentando posição oposta, encontramos, entre outros, acórdão da lavra do eminente Des. MILTON DOS SANTOS MARTINS, em ação de exoneração de alimentos, publicado na *RJTJRS*, vol. 80, p. 276, cuja ementa é a seguinte:

“VIOLAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA. DESENTRANHAMENTO

Não vale prova a correspondência imoralmente obtida por interceptação e violação indevida. Fora assim, o processo seria estímulo ao ilícito, o que justamente abomina (arts. 332 e 125, III, do CPC).”

(23) MACHADO DE CAMPOS, José Rubens. Das interceptações telefônicas — Fonte de prova moralmente legítima? *Revista Forense*, vol. 286, p. 86.

rização judicial, e tinham por objetivo provar o adultério praticado pela mulher, para o marido conseguir o desquite.

Destaca a ementa:

“Prova civil. Gravação magnética, feita clandestinamente pelo marido, de ligações telefônicas da mulher. Inadmissibilidade de sua utilização em processo judicial por não ser meio legal nem moralmente legítimo (art. 332 do Código de Processo Civil)” (24).

O egrégio Tribunal entendeu que a conduta da parte havia infringido tanto a dispositivo constitucional quanto a normas materiais e processuais.

O aludido ato probatório atenta contra as garantias constitucionais da inviolabilidade da correspondência e da inviolabilidade do domicílio (art. 153, §§ 9.º e 10). Com relação ao Código de Processo Civil, o qual determina expressamente no art. 332 que somente são admissíveis em juízo os meios inominados desde que “moralmente legítimos” e, se a Lei n.º 4.117/1962 proíbe a utilização desta prova junto com norma constitucional genérica, logo não se trata de meio moralmente legítimo.

Em outra oportunidade, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 100.094, voltou o STF a se pronunciar sobre o assunto. Agora o relator é o eminente Ministro RAFAEL MAYER, e o caso também versa sobre uma gravação telefônica obtida de forma indevida.

Assinala o acórdão:

“Direito ao recato ou à intimidade. Garantia constitucional. Interceptação de comunicação telefônica. Captação ilegítima de meio de prova. Art. 153, § 9.º, da Constituição. Art. 332 do Código de Processo Civil.

Infringente da garantia constitucional do direito da personalidade e moralmente ilegítimo é o processo de captação de prova, mediante a interceptação de telefonema, à revelia do comunicante, sendo, portanto, inadmissível venha a ser divulgada em audiência de processo judicial, de que sequer é parte. Lesivo a direito individual, cabe o mandado de segurança para determinar o trancamento da prova e o desentranhamento dos autos, da gravação respectiva. Recurso extraordinário conhecido e provido” (25).

A fundamentação do Pretório Excelso foi basicamente a mesma. Tendo sido violada a Constituição, o Código de Processo Civil, o Código Penal e a legislação extravagante, este meio de prova somente poderia ter sido considerado inaceitável em juízo.

(24) *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, vol. 84, p. 609.

(25) *Revista acima citada*, vol. 110, p. 798.

Logo, podemos constatar a posição do STF, que tem se mantido constante no repúdio a tais meios de prova. Como compete ao Supremo interpretar tanto a Constituição quanto a lei federal e, tendo ele expressamente declarado que essa espécie de prova não pode ser considerada moralmente legítima, por mais progressistas e elásticos que sejam os padrões de moralidade que se possam utilizar, tem-se, por ora, qual seja a posição do ordenamento brasileiro acerca da complexa questão em debate.

Conclusão

Ao concluir este estudo, é essencial tecer algumas considerações a respeito do tema abordado.

Primeiramente, entendemos que o nosso ordenamento jurídico é muito deficiente na vedação das provas ilícitas e ilegítimas. Os vários artigos que tratam sobre a matéria, entre eles os arts. 153, §§ 9.º e 10 da Constituição Federal, 150 e 151 do Código Penal, 233 do Código de Processo Penal, limitam-se a restringir determinados meios específicos de provas proibidas.

O legislador brasileiro, até agora, não tinha se preocupado em legislar de forma abrangente, abolindo a totalidade das provas ilícitas e ilegítimas, apenas com a exceção prevista no art. 332 do Código de Processo Civil, que condiciona a admissibilidade das provas em juízo a que sejam morais e legais.

Entretanto, esse quadro vem se alterando. A nível de legislação ordinária, o Projeto de Código de Processo Penal (Projeto de Lei n.º 1.655-B, de 1983), no capítulo referente às provas, art. 255, condiciona a sua admissibilidade em juízo a que sejam morais e legais, e vai além, vinculando o seu aproveitamento a que sejam lícitas.

“Art. 255 — Todos os meios legais, ainda que não especificados neste Código, são admissíveis para provar a verdade dos fatos, e, quanto ao estado das pessoas, devem ser observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.

§ 1.º — As provas obtidas por meios ilícitos não podem ser consideradas pelo juiz para formação de sua convicção.”

Na esfera constitucional a questão também vem ensejando discussão.

A Proposta de Emenda à Constituição Federal n.º 11, de 1984, denominada “Emenda Figueiredo”, retirada do Congresso às vésperas de sua votação, traria profundas modificações à matéria em debate. Esta proposta objetivava a reforma da Constituição procurando atualizá-la e prepará-la para o momento histórico vigente, ou seja, período de transição. Houve uma alteração no enfoque concernente às provas ilícitas e ilegítimas na órbita constitucional.

Segundo a proposta, a redação do art. 153, § 1.º, seria a seguinte:

“Art. 153.

§ 1.º — São intangíveis os valores da pessoa humana e seus direitos fundamentais, devendo o Estado respeitar e proteger a intimidade do indivíduo e de sua família, seu nome e sua imagem. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça.”

Resta ainda abordar um ponto que nos parece essencial.

No momento, a questão da prova proibida vem surgindo perante os tribunais através das provas técnicas e interceptação da correspondência.

Ela é facilmente afastada quando se emprega a tortura física, que, de imediato, repugna ao julgador, pois, além de contrariar o direito, afronta, antes, a moral e a dignidade humana.

A dificuldade surge, entretanto, quando a violação ao direito ocorre através dos já mencionados meios técnicos e métodos de interceptação da correspondência.

Nesses casos, a ânsia do julgador em descobrir a verdade, em fazer justiça, pode facilitar a admissão de um meio de prova proibido. É, então, que o cuidado deve ser redobrado.

Todavia, também devemos entender que não cabe mais uma restrição absoluta a essas formas técnicas. Hoje, os gravadores, as máquinas fotográficas, os transmissores de sons, estão de tal forma difundidos, que o seu uso não se constitui mais em segredo a ninguém.

Assim, sempre que o seu emprego se faça sem dolo, mas de forma natural e em resguardo de um direito, o seu resultado poderá ser aproveitado pelo julgador.

Inadmissível é o dolo, a malícia, a torpeza na captação da prova.

É aliás o que está proibido no art. 332 do Código de Processo Civil.

A finalidade deste dispositivo não é restringir o emprego da técnica na produção da prova judicial. É, isso sim, conciliar o desenvolvimento tecnológico, tão almejado por todos, com um valor permanente ao homem, ou seja, a moral, a dignidade, a virtude humana.

Eis o cerne da questão, a identidade entre a prova e a finalidade do processo. Este é o meio pelo qual a pessoa física ou jurídica, ou o próprio Estado, procura resguardar um direito ou uma situação.

A sua razão de ser é muito ampla. Consiste em um somatório. Busca-se a realização do direito, através de um procedimento abstrato, que tem por

objetivo resguardar a dignidade e a moralidade do cidadão. Não uma aplicação da lei sem limites, e sim, uma realização do direito que encontre suas fronteiras na dignidade, na moralidade do cidadão.

A posição do juiz, como dirigente do processo e destinatário da prova, exige uma sensibilidade especial. Cabe a ele considerar que existem certos ramos do ordenamento jurídico, notadamente o direito de família, em que a captação da prova é mais difícil. Nestes deve ser mais flexível, isso sem prejuízo das garantias constitucionais do indivíduo.

O magistrado deve, acima de tudo, empregar o bom senso no exame destas provas.

Nessa matéria não cabe nem a restrição absoluta, nem a admissibilidade total.

Exige-se um meio termo. É preciso ter em mente que o processo é o "instrumento" de realização do direito material.

O fim a ser perseguido é a realização da justiça. Contudo, não se consegue justiça através de meios injustos.

B I B L I O G R A F I A

- ACOSTA, Walter P. *O Processo Penal*. 4ª edição, Editora do Autor, 1962.
- AGUIAR, João Carlos Pestana de. "Introdução ao Estado da Prova", *Revista Forense*, v. 247, p. 27, de 1974.
- "A Crise da Privacidade e os Meios de Prova", *Revista Forense*, v. 252, 1974, p. 68.
- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Editora Forense, v. IV, 1982.
- *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Editora Saraiva, 3ª edição, volume 2.
- ARIEL DOTTI, René. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- BABETTE BAJER FERNANDES, Ana Maria e LEITE FERNANDES, Paulo Sérgio. *Aspectos Jurídico-Penais da Tortura*. Editora Saraiva, 1982.
- BARROS, Adherbal de. "A Investigação Criminosa da Prova", *Revista dos Tribunais*, v. 504, p. 288.
- CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. Editora Revista dos Tribunais, 1986, 5ª edição, 2ª tiragem.
- CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. *Da Prova no Processo Penal*. Editora Saraiva, 1983.
- CORDEIRO GUERRA, João Baptista. "O Valor Probatante das Confissões Extrajudiciais", *Revista Forense*, v. 285, p. 1.

- COSTA Jr., Paulo José da. *O Direito de Estar Só — Tutela Penal da Intimidade*. Editora Revista dos Tribunais, 1970.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. "Direito Material e Processual em Tema de Prova", *Revista Forense*, v. 251, p. 32.
- DUVAL, Hermano. "A Dimensão Jurídica da Fita Magnética", *Revista Forense*, v. 251, p. 385.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Editor Borsoi, 1960.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. 5ª edição, Editora Saraiva, 1984.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência Criminal*. José Bushatsky Editor, 3ª edição, 2º volume.
- GOMES, Orlando. "Direitos de Personalidade", *Revista Forense*, v. 216, p. 5.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e o Processo Penal*. 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1982.
- HUNGRIA, Nelson. "A Liberdade dos Meios de Prova", *Revista Jurídica*, v. 33, 1958, p. 5.
- MACHADO DE CAMPOS, José Rubens. "Das Interceptações Telefônicas — Fonte de Prova Moralmente Legítima?", *Revista Forense*, v. 286, p. 81.
- GAMA AHRENDTS, Ney da, et alii. *Estudos Sobre o Novo Código de Processo Civil*. Editora BELS, 1974.
- NEVES, Serrano. "Prova Criminal", *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro* de JM de Carvalho Santos, v. 42.
- PASSOS DE FREITAS, Gilberto. *Abuso de Autoridade*. 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1983.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. v. 7, Editora Revista dos Tribunais, 1983.
- . *Comentários ao Código de Processo Civil (1973)*. 2ª edição, Editora Forense, tomo IV.
- REALE, Miguel. "Emenda para uma política de consenso", *Revista Forense*, v. 290, p. 431.
- RIBEIRO, Leonídio. "A Narco-Análise", *Revista Forense*, v. 191, 1960, p. 391.
- SÁ Jr., Renato Maciel de. "A Prova Fonográfica", *Revista dos Tribunais*, v. 574, p. 302.
- SILVEIRA, Alípio. "Torturas e Ilegalidades Policiais Perante a Justiça Norte-Americana", *Revista Jurídica*, v. 57, 1963, p. 29.
- TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. 3ª edição, Editora Saraiva, volume 3.
- . *Curso de Processo Penal*. Editora Saraiva, volume 1.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Edição Jalovi, volume 3.