



Caio Henrique Maia Dias

A Prova Ilícita por Interceptações e Gravações

Brasília

2013

CAIO HENRIQUE MAIA DIAS

A Prova Ilícita por Interceptações e Gravações

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

Orientador: Prof. Antônio Umberto de Souza Júnior

Brasília

2013

Dias, Caio Henrique Maia.

A Prova Ilícita por Interceptações e Gravações/Caio Henrique Maia Dias. Brasília: UniCEUB, 2013.

56 fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília- UniCEUB.

Orientador: Prof. Antônio Umberto de Souza júnior

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ser meu fiel companheiro em todos os momentos da minha vida e ter me dado força para concluir mais essa etapa.

Aos meus Pais, Paulo Henrique Nunes Dias e Eglê Maia Dias, por terem me guiado até aqui, da melhor forma possível, por nunca terem medido esforços para financiar sempre as melhores instituições, acreditando em meu potencial, muito obrigado. Amo muito vocês.

Ao meu querido irmão, Paulo Vitor Maia Dias, por ser meu melhor amigo.

Aos meus avós paternos, Antônio Lourival Ramos Dias e Anna Antonietta Nunes Dias, e à minha querida avó materna, Lady Aguiar Maia, por todos os ensinamentos e princípios passados ajudando a formar meu caráter e por todo carinho e zelo, amo vocês.

À Natalia Mendes Melo, pela compreensão, pelo apoio e incentivo em todos os momentos sempre me reerguendo nos difíceis.

Aos meus amigos, por serem os melhores.

Ao meu orientador, Professor Antônio Umberto de Souza Júnior, por todo o comprometimento e atenção durante toda essa jornada.

CAIO HENRIQUE MAIA DIAS

A Prova Ilícita por Interceptações e Gravações

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília
Orientador: Prof. Antônio Umberto de Souza Júnior

Brasília, de de 2013

Banca Examinadora:

Prof. Antônio Umberto de Souza Júnior

Examinador

Examinador

Resumo

A Constituição Federal de 1988 trata de forma expressa a proibição da utilização de provas ilícitas em qualquer ramo processual do direito, seja ele civil, penal ou trabalhista, conforme estabelece o art. 5º, LVI, da CF. Deste dispositivo se extrai que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Entretanto, no ordenamento brasileiro não existe resposta única a respeito da possível admissibilidade da prova ilícita no processo; por isso, é necessário balancear para que não se afaste deste uma prova relevante e eficaz, que poderia ser o caminho para se chegar à verdade, simplesmente pelo fato de ter sido colhida com infringência a norma material. Com isso, surge uma discussão consoante uma nova vertente, qual seja, a admissibilidade no processo de provas produzidas por meios ilícitos, a qual vai além da interpretação absoluta do texto da lei sobre as atividades de persecução e investigação do Estado, moderando excessos deste por meio de limites objetivos decorridos da razoabilidade e baseando-se no princípio da proporcionalidade. Tem-se que agir com cautela, haja visto que a inadmissibilidade intransigente no processo das provas obtidas por meios ilícitos gera violência ao legalizar arbitrariedades do individual sobre o coletivo, posto que em grande parte das vezes, não há como fazer prova do ocorrido a não ser através de gravações, interceptações ou filmagens clandestinas. Se esse procedimento para obtenção de prova for inadmissível de forma absoluta, a impunidade estará assegurada e, com ela, o estímulo ao cometimento de outros crimes semelhantes. Por esse motivo, é que a solução proposta é que se faça a análise do interesse de maior valor, para que se traga ao processo a solução mais justa.

Palavras - Chave: Prova ilícita. Princípio da Proporcionalidade. Ponderação.

Sumário

INTRODUÇÃO	8
1. TEORIA DA PROVA	9
1.1. Conceito de Prova	9
1.2. Objeto da Prova	12
1.3. Finalidade da Prova	13
1.3.1. Princípio do Contraditório	15
1.3.2. Princípio da Livre Avaliação da Prova	15
1.4. Ônus da Prova	16
1.5. Meios de Prova	17
2. A PROVA ILÍCITA	19
2.1. Conceito de Prova Ilícita	19
2.2. Correntes Doutrinárias Acerca da Admissibilidade da Prova Ilícita	21
2.2.1. Teoria Permissiva	22
2.2.2. Teses favoráveis à inadmissibilidade da prova ilícita	24
2.2.3. Teoria Intermediária e o Princípio da Proporcionalidade	26
2.2.4. A Prova Ilícita por Derivação	29
2.2.5. Prova Derivada Não Exclusiva	31
2.2.6. Prova Derivada Exclusiva – Inadmissibilidade e Admissibilidade	33
3. ESPÉCIES DE PROVA ILÍCITA POR INTERCEPTAÇÕES E GRAVAÇÕES	35
3.1. A Prova Ilícita por Interceptações e Gravações	35
3.2. Interceptação entre presentes (Interceptações ambientais)	43
3.2.1. Gravações Clandestinas	45
3.2.2. A Interceptação Telefônica como prova no Processo do Trabalho	47
3.2.3. Câmeras Televisivas	48
4. CONCLUSÃO	Erro! Indicador não definido.
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

Introdução

O trabalho monográfico teve como objetivo o estudo da prova ilícita por interceptações e gravações. Na primeira parte do estudo da ilicitude das provas observou-se que estas só foram legisladas claramente com o advento da Constituição Federal de 1988, sendo que o enfoque de maior parte da doutrina é no campo do direito processual penal.

Ainda, o processo trabalhista não tem em seu ordenamento qualquer menção sobre a ilicitude da prova deste modo o estudo nesse campo, se fez com auxílio de outros ramos do direito, em especial o processual penal e civil.

Nesse sentido, o presente trabalho foi dividido em 3 capítulos, sendo que na primeira parte abordou-se a Teoria da Prova, para que o leitor entenda de forma mais eficaz o estudo da prova ilícita e por isso de forma sintética abordou-se o conceito de prova, objeto, finalidade, ônus e meios de prova, além de dois princípios de suma importância que são o princípio do contraditório e da ampla defesa.

A segunda parte foi definida pelo aprofundamento do conceito de prova ilícita, a análise das provas obtidas por meios ilícitos, abordou-se as correntes pró e contra a admissibilidade de tais provas e ainda a teoria intermediária que pugna pelo princípio da proporcionalidade, e ainda no capítulo 2, foi tratado sob uma questão que gera muita discussão que é justamente da prova ilícita por derivação, também trazendo os fundamentos dos que admitem e dos que inadmitem tais provas.

O terceiro capítulo foi delimitado, há algumas espécies de prova ilícita por interceptação e gravação que geram maiores discussões, e são mais comuns, quais sejam as provas ilícitas por interceptações e gravações.

Foi tratado às interceptações entre presentes também denominadas interceptações ambientais, que são justamente as gravações sub - reptícias de conversas entre presentes, efetuadas por terceiro com desconhecimento de pelo menos um dos interlocutores.

Também foi abordado as gravações clandestinas, que é a gravação de conversa feita por um dos interlocutores, as interceptações telefônicas feitas no ambiente de trabalho e por último o uso de câmeras televisivas como prova, trazendo os enfoques da disciplina para que sejam sanadas as dúvidas referente ao tema.

Por último seguir-se-ão as conclusões sobre o presente trabalho monográfico.

1. TEORIA DA PROVA

1.1. Conceito de Prova

O termo “prova” abarca significados diversos no âmbito jurídico. No entender de Santos¹, o vocábulo em foco pode ser compreendido de três enfoques: atividade, meio e resultado. O autor identifica-os do seguinte modo:

“Como atividade prova corresponde ao conjunto de atos realizados para construir os fatos necessários para a decisão (‘a demanda está na fase das provas’); como meio, a prova é o instrumento pelo qual se pretende obter a reconstrução dos fatos (‘a prova consistiu na inquirição de testemunhas’); como resultado, prova é sinônimo de êxito na demonstração (reconstrução) dos fatos ou de formação do convencimento do juiz (‘há nos autos prova da existência de trabalho extraordinário’).”²

É inegável que o sistema jurídico tem como propósito a busca pela verdade dos fatos através de um instrumento processual, onde da análise desses fatos busca decidir para as partes em litígio uma solução justa quanto aos conflitos trazidos à lide processual.³

A raiz da palavra “prova” origina-se do latim *probatio*, advindo do *verbo latino probare*; no português, usualmente, significa demonstrar.⁴

No sentido usual da palavra, significa “exame, verificação, reconhecimento por experiência, demonstração”⁵.

Há alguns anos, sustentava-se, notadamente na doutrina alienígena, que a prova pertencia ao direito material (A.Nikisch, Leo Rosenberg, Isidoro Eisner, Carlos de Carvalho e outros). O argumento dos que assim entendiam lastreava-se no fato de que, muitas vezes, a prova preexiste ao processo.⁶

¹SANTOS, José Aparecido *apud* CHAVES, Luciano Atayde (org). **Curso de processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. p. 555.

² SANTOS, José Aparecido *op.cit.*, p. 555.

³ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 32 ed. São Paulo: Atlas: 2011. p. 315.

⁴ MARTINS, Sergio Pinto. *op.cit.*, p. 315.

⁵ MARTINS, Sergio Pinto. *op.cit.*, p. 314.

⁶ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Curso de Direito Processual do Trabalho II**, São Paulo: LTr. 2009, p.914.

Tal colocação fica evidente no caso da prova preconstituída – conceituada por Pedro Batista Martins⁷ como aquela que tem por finalidade a “garantia e segurança do negócio jurídico (expressão que os pandectistas germânicos preferem a ato jurídico, consagrada por nosso direito positivo)”, porquanto não busca pela verdade, produzir efeitos em juízo “embora possa, eventualmente, servir a fins de natureza jurídica”⁸.

Já a esse tempo, contudo, diversos autores como Chiovenda, Goldshimidt, Each, Pietro-Castro, Jaime Guasp, Silva Melero, Hugo Alsina, apenas para citar alguns nomes, proclamavam, em sentido algo oposto, a natureza exclusivamente processual da prova judiciária.⁹

Nesse sentido, com o advento do atual CPC, Manoel Antonio Teixeira Filho entende que o instituto da prova passou a possuir, ao menos no caso brasileiro, natureza processual, sendo necessário ressaltar que não se pode considerar como prova o elemento formal que o direito substancial impõe para validade do ato, sob pena de incidir-se no equívoco de supor que o direito continua encerrando disposições concernentes à prova.¹⁰

O conceito de prova admite várias interpretações. Filosoficamente, é aquilo que serve para estabelecer uma verdade por demonstração, experimento ou verificação, remetendo-nos à idéia de ensaio, experiência, provação, isto é, o ato de provar. Como por exemplo, a qualidade, o sabor de uma substância alimentar. Na linguagem matemática, prova é a operação pela qual se verifica a exatidão de um cálculo. Do ponto de vista esportivo, a prova pode ser considerada como à competição entre esportistas, que consiste em corrida e na qual buscam a classificação. Mas nos domínios da ciência jurídica processual, a palavra “prova” também pode ser empregada com diversas acepções. Pode dizer respeito à atuação das partes no processo com a intenção de evidenciar a existência de um fato que se pretende demonstrar em juízo. Utiliza-se para esse fim, a expressão “produzir prova”.¹¹

⁷MARTINS, Pedro Batista. Comentários ao Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.II, n.249, p.385,1941.

⁸ TEIXEIRA FILHO.op.cit.,p.915.

⁹ TEIXEIRA FILHO,Manoel Antonio.op.cit.,p.915.

¹⁰TEIXEIRA FILHO,Manoel Antonio.op.cit.,p.916.

¹¹BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 9ª Ed.São Paulo: Ltr,2011.p.571/572.

O vocábulo “prova” também pode ser empregado no sentido de meio de prova, ou seja, o modo pelo qual a parte almeja evidenciar os fatos que julga necessário demonstrar em juízo. Um exemplo é a prova documental, que é o meio pelo qual a parte se manifesta através de documentos sobre a existência de um fato, e a consequência pode ser a justiça, a requisição ou a extração.¹²

Por fim, não se pode omitir o entendimento de que a prova pode ser utilizada como “convencimento do juiz, de acordo com os elementos constantes dos autos do processo. Nesse sentido, fala-se, por exemplo, que determinado fato restou provado em função de o juiz ter se convencido sobre a existência de algo.”¹³

Destarte tem-se por certo que provar é convencer alguém sobre alguma coisa e ainda é convencer o juiz sobre os fatos da causa.

Ressalte-se por oportuno, as palavras de *Liebman*, ao demonstrar a relação entre prova e instrução probatória:

“Chama-se de provas os meios que servem para dar conhecimento de um fato, e por isso a fornecer a demonstração e a formar a convicção da verdade do próprio fato; e chama-se instrução probatória a fase do processo dirigida a formar e colher as provas necessárias para essa finalidade”.¹⁴

Portanto, na perspectiva do Estado, tem-se que a prova, nos comandos do direito processual, tem o intuito de atestar a veracidade ou não de determinado fato com o escopo de convencer o juiz.

Ainda, há autores que sustentem que, no atual modelo constitucional do direito processual, há uma nova proposta doutrinária para conceituar a prova fundada não mais na busca da verdade. E sim na argumentação dos sujeitos que participam do processo, isto é, “um meio retórico indispensável ao debate jurídico”. Isso porque, na atual concepção de direito processual à luz do Estado Democrático de Direito, o processo deve ser visto como palco de discussões, figurando a tópica como o método de atuação do magistrado e dos outros participantes do processo. Logo, o objetivo da prova não é mais a reconstrução do fato, mas o convencimento do juiz e dos demais sujeitos do processo acerca da veracidade das alegações a respeito do fato.¹⁵

¹² BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. Op.cit., p.572.

¹³ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. Op.cit., p.572

¹⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Intelectus, 2003, p.80.

¹⁵ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. Op.cit., p.574

Conclui-se diante disso que muito embora o direito, sob o ponto de vista ontológico, deva ser sempre concebido como uma unidade em que se fundem o direito material e o processual, na verdade é a “ciência do processo a única que se dedica ao estudo sistematizado e completo do instituto da prova, perquirindo sob todos os ângulos seus fins, suas causas e efeitos”.¹⁶

1.2. Objeto da Prova

A prova tanto tem natureza processual de ser apresentada nos autos como é forma de validar os negócios jurídicos firmados pelas partes. Sua natureza é mista, pois a prova pode ser produzida extrajudicialmente.¹⁷

O objeto da prova pode ser assim problematizado: o que provar?

Compõem o objeto da prova os fatos “relevantes, pertinentes e controvertidos”.¹⁸ O principal intuito da prova é persuadir o juiz a respeito dos fatos da causa.

Via de regra, a lei só obriga as partes a provarem os fatos, visto que não há previsão no sentido de provar o direito. Isso porque o sistema processual brasileiro ratifica o apotegma latino “*da mihi factum, dabo tibi jus* (dá-me o fato, dar-te-ei o direito)”. De acordo com o princípio *iura novit curia*, tem-se uma presunção de que o juiz é conhecedor do direito e conseqüentemente das normas que compõem o ordenamento jurídico, aplicando-as, por sua própria autoridade.¹⁹ De antemão, a prova deverá constar dos autos, pois se assim não o for, não tem o juiz obrigação de saber “*quod non est in actis non est in mundo*”.²⁰

O juiz, pelo que se depreende do art. 337 do CPC, pode determinar a comprovação do conteúdo e da vigência do direito estrangeiro, municipal, estadual, distrital ou consuetudinário invocado pela parte. Nesse caso, o magistrado deverá conceder um prazo judicial para que a parte cumpra a determinação.²¹

Embora o processo do trabalho não contemple regra semelhante, entende-se, com autorização do artigo 769 da CLT, que o juiz do trabalho também pode determinar que a parte prove o teor e a vigência não apenas das referidas espécies

¹⁶ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. op.cit., p.918.

¹⁷ MARTINS, Sergio Pinto. op.cit., p.316.

¹⁸ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. Op.cit., p.591

¹⁹ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. Op.cit., p.591.

²⁰ MARTINS, Sergio Pinto. op.cit., p.317.

²¹ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. Op.cit., p.592.

normativas como também das “convenções coletivas, acordos coletivos, sentenças normativas, regulamentos empresariais ou direito comparado que invocarem como fundamento jurídico da ação ou da defesa.”²²

Destarte, é importante frisar que os fatos irrelevantes à lide não deverão ser objeto da instrução probatória para que não se incorra no erro de desenvolver atividade inútil e assim ferir princípios do direito processual tais quais o da celeridade e o da economia processual.²³ O Código de Processo Civil prevê, em seu artigo 130, a faculdade do magistrado dispensar as provas que julgar desnecessárias.

O artigo 334 do Código de Processo Civil vigente preceitua algumas situações que não dependem de prova: a) os fatos notórios (o magistrado não necessita de auxílio se uma questão é clara para um ser humano médio); b) os fatos confessados (da mesma forma os fatos confessados, se o juiz não perceber claramente que a parte está sendo coagida a confessar, não dependem de prova); c) os fatos admitidos como incontroversos e d) os fatos que existir presunção legal de veracidade. Frisa-se que o magistrado não precisa formar sua convicção quanto a estes fatos previstos no artigo 334 quando utilizados de forma individual, porém tem que valorá-los quando da análise em conjunto de provas.²⁴

Por fim, vale citar a definição de Darci Guimarães Ribeiro:

“Por objeto da prova se entende, também, o provocar, no juiz, o convencimento sobre a matéria que versa a lide, isto é, convencê-lo de que os fatos alegados são verdadeiros, não importando a controvérsia sobre o fato, pois, um fato, mesmo não controvertido, pode influenciar o juiz ao decidir, a medida que o elemento subjetivo do conceito de prova(convencer) pode ser obtido mediante um fato notório, mediante um fato incontroverso”.²⁵

1.3. Finalidade da Prova

Fundamentalmente, a finalidade da prova é convencer o juiz, que é seu principal alvo. Ou seja, é a ele que se destina a prova (*“iudice fit probatur”*). Pode-se dizer não apenas levar a prova para seu conhecimento, mas, principalmente,

²² BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. Op.cit., p.592

²³ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A Prova no Processo do Trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2003. p.46

²⁴ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. Op.cit., p.592

²⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Tendências modernas da prova**. RJ n. 218. dez-1995. p. 5.

delimitar a formação de seu convencimento jurídico dentro do universo de convicções a que o juiz pode se basear. Isso porque, com fundamento no art.131 do CPC, “o juiz não pode decidir sem que analise a prova que se encontra nos autos, sob pena de sua sentença tornar-se nula”, uma vez que o princípio da persuasão racional, admitido pelo Código de Processo Civil atual, impossibilita o juiz de decidir a lide com a sua convicção apenas, determinando que o faça de modo fundamentado. Esta fundamentação há de ser feita concedendo vista à prova produzida e depreende-se de uma exigência prevista na Constituição consubstanciada no art. 93, IX, Carta Magna²⁶.

Como sustenta Pontes de Miranda, o Estado impõe ao juiz certas regras de convicção, mais ou menos rígidas, que deve acatar “regras que vão do Máximo (sistema da livre convicção do Juiz) até o mínimo de liberdade (sistema de taxaço da prova)”.²⁷

Também vale citar, como afirma que a finalidade da prova é fazer com que o juízo, usando o procedimento lógico, encontre a verdade ou seja, justamente a verdade formal. Acrescente-se na medida em que como esposado anteriormente, nem sempre a verdade acaba sendo transportada para os autos.²⁸

Resumindo, decorre da prova a certeza jurídica do magistrado e a partir de sua existência nos autos, o juiz passa a fazer a análise através do método de raciocínio indutivo, chegando a uma conclusão dos fatos em particular para que solucione de forma justa a lide. Diante disso, é possível afirmar que a prova é o instrumento pelo qual o juiz deve basear-se a fim de que encontre a verdade.²⁹

Por derradeiro, a prova dos fatos tem a finalidade de convencer o juiz bem como auxiliá-lo em sua decisão. Salienta-se a importância da imparcialidade do julgador, por força de rígido princípio legal, não cabendo favorecer qualquer uma das partes. Não se pode negar ainda que, em plano secundário, a prova vise também convencer a parte contrária. A ela se destina, por igual, “a persuasão da parte contra a qual foi produzida, embora esta finalidade raramente obtenha êxito, na prática.”³⁰

²⁶ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. op. cit., p.938.

²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Campinas: Bookseller, 2003. Tomo III, p.332

²⁸ LÓPEZ, Armando Porraz *apud* TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Curso de Direito Processual do Trabalho II**, São Paulo: LTr. 2009, p.939.

²⁹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. op. cit., p.939.

³⁰ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. op. cit., p.940.

1.3.1.Princípio do Contraditório

O contraditório não é uma peculiaridade da prova. Todavia é uma das características mais profundas de todo o processo. No processo judicial de caráter contencioso, há de forma imparcial o juiz, e, no mínimo, duas partes em litígio. Assim, diante do seu dever de imparcialidade, após ouvir uma parte necessariamente deverá ouvir a outra, pelo princípio da isonomia, e para que dê a oportunidade da parte contradizer. Diante dessa abordagem, exalta-se o princípio do contraditório ou princípio da audiência bilateral, o qual determina que o magistrado não pode decidir uma controvérsia jurídica sem analisar as razões da parte adversa. Este é o princípio que garante às pessoas o direito de se defender, elencado na Constituição Federal, no art. 5º, inciso LV, e baseia-se no Princípio da Isonomia das Partes nos atos processuais.³¹

O princípio em comento é uma das características previstas no direito processual vigente no País e, diante do meio probatório, é utilizado de forma que, quando uma prova for apresentada em juízo por uma parte, não fira o direito da parte adversa a se manifestar, podendo esta impugná-la pelos meios legalmente previstos ou produzir prova em sentido oposto. Neste sentido, Ovídio Baptista elucida que “no direito probatório a parte contra quem se produza prova tem direito de conhecê-la antes que o juiz a utilize como elemento de convicção em sua sentença, e deve ter igualmente o direito de impugná-la e produzir contraprova, se puder, por este meio, invalidá-la”.³²

1.3.2.Princípio da Livre Apreciação da Prova

De acordo com o princípio da livre apreciação da prova, o juiz é apto a estimar de forma livre as provas para que chegue a convicção acerca da verdade ou não das considerações no caso em discussão. Assim, Pontes de Miranda afirma que, em consequência do princípio em comento, não fica o magistrado sequer

³¹SANTOS, Moacyr Amaral.**Primeira linhas de Direito Processual Civil**.25.ed.rev e atual. São Paulo:Saraiva,2009.v.2,p.75

³²SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense,2005.v.1.

obrigado a considerar verdadeiros os fatos em que as partes concordem, sendo válido concluir o juiz de maneira diferente às referidas pelas partes em litígio.³³

Neste sentido, o juiz não possui limitações para formar sua convicção, pois não está restrito às provas apresentadas pelas partes, podendo, também, basear-se nos fatos decorrentes do trâmite do procedimento bem como no comportamento das partes. Tal princípio é criticado por parte da doutrina, já que o juiz não terá limitação alguma em relação às provas a que tem acesso e sequer restrições relativas à origem ou qualidade dos meios utilizados, restando contrário ao sistema da prova legal, haja visto que não obriga o juiz a aplicar as regras dispostas na lei no que se refere ao valor e a confiança dos instrumentos de prova.³⁴

1.4. Ônus da Prova

A palavra “ônus” deriva do latim *onus*, que significa: carga, fardo, peso. *Onus probandi*, por sua vez, é o dever da parte de provar em juízo as alegações feitas para que se convença o juiz.³⁵ “O ônus da prova não é uma obrigação ou dever, mas um encargo do qual a parte deve desincumbir-se para provar suas alegações.”³⁶

O ônus da prova pode ser problematizado da seguinte maneira: quem deve provar?

Em linha de princípio, “as partes têm o ônus de provar os fatos jurídicos narrados na petição inicial ou na peça de desistência, bem como os que se sucederem no envolver da relação processual.”³⁷

Dispõe o art. 818 da Norma Consolidada que “o ônus de provar as alegações incumbe a parte que as fizer”. Devido à excessiva simplicidade da regra prevista no art. 818 da CLT, esta cedeu lugar à aplicação cumulada com o art. 333 do CPC, segundo o qual “cabe ao autor a demonstração dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu a dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos”.³⁸

³³PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3ª. Ed. Rev. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t.4, p.252.

³⁴PINTO MARTINS, Sergio. *op.cit.*p.317.

³⁵PINTO MARTINS, Sergio. *op.cit.*p.317.

³⁶PINTO MARTINS, Sergio. *op.cit.*p.317.

³⁷BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Op.cit.** p.595

³⁸ALMEIDA JR., João Mendes de *apud* Carlos Henrique Bezerra Leite. **Direito Judiciário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1960.p.172

Como afirma Mascardus, “quem não pode provar é como quem nada tem; aquilo que não é provado é como se não existisse; não poder ser provado, ou não ser é a mesma”. A prova é o coração do processo.³⁹

O ônus da prova é dividido pela doutrina em ônus objetivo e ônus subjetivo. O ônus da prova subjetivo compreende analisar quem é, dentre os sujeitos que estão em litígio no processo, que deverá fazer a prova; por sua vez, o ônus da prova é denominado objetivo quando o juiz fizer a análise da prova constante dos autos, independentemente da parte detentora do ônus probatório. Desta forma, após apresentada a prova nos autos, o juiz deverá levá-la em consideração, visto que independe de quem tenha o ônus de provar.⁴⁰

No que concerne à prova da existência da relação empregatícia, por exemplo, é do reclamante o ônus de provar a prestação de serviços ao suposto empregador a que se pretenda o vínculo empregatício. Se a reclamada, na defesa, admitir a prestação de serviços, mas alegar ter sido a relação jurídica diversa da empregatícia (por exemplo, relação de trabalho autônomo, eventual, cooperativado, de empreitada, de parceria etc), atrairá para si o ônus de provar a existência dessa relação de trabalho diversa da tutelada pelo Direito do Trabalho.⁴¹

Ressalte-se que, no âmbito do processo do trabalho, comumente aplica-se o princípio da aptidão da prova, em que o *ônus* da prova redireciona a parte que possuir condições de cumprir, quebrando com a regra da denominada inversão do ônus da prova, onde nesses casos utiliza-se subsidiariamente o art.6º, inciso VIII, do CDC.⁴²

1.5. Meios de Prova

Meios ou instrumentos de prova são as fontes das quais o magistrado capta os elementos de prova essenciais ao estabelecimento da verdade formal. Estes motivos ou elementos, para *Pontes de Miranda*, são “os informes sobre fatos ou julgamento a respeito deles, que derivam do emprego dos referidos meios”.⁴³

³⁹ PINTO MARTINS, Sergio. *op.cit.*, p.319.

⁴⁰ PINTO MARTINS, Sergio. *op.cit.*, p.319.

⁴¹ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Op.cit.*, p.595

⁴² PINTO MARTINS, Sergio. *op.cit.*, p.314.

⁴³ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *op.cit.*, p.955

Destarte, se as partes não chegarem a um acordo, inicia-se fase da instrução processual pelo que se extrai do art. 848 da CLT. Diante disso, todos os meios previstos em lei, e ainda que os moralmente legítimos, mesmo que não previstos no Código de Processo Civil, são válidos para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou defesa pelo que se depreende da simples leitura do art. 332, CPC.⁴⁴

Os meios de prova podem ser sintetizados na seguinte pergunta: como provar?

A resposta é obtida pela conjugação do art.5º, LVI, da Constituição Federal com os diplomas supra citados, segundo o qual “são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos”.

⁴⁴ PINTO MARTINS, Sergio.op.cit.,p.322.

2. A PROVA ILÍCITA

2.1. Conceito de Prova Ilícita

Historicamente, o estudo da prova ilícita começou a despertar interesse na doutrina no começo do século passado com o estudo de E. Beling em 1903, com a obra “Die Beweisverbote als grenz der wahrhetserforschung im strafprozess – A prova das proibições no âmbito do processo”, que analisa a proibição de prova como limite a descoberta da verdade em processo penal.⁴⁵

A Constituição de 1988, com a vedação das provas obtidas por meios ilícitos, marcou uma etapa no tocante à fixação de critérios de admissibilidade da prova em juízo que até então as Constituições anteriores não haviam feito, embora se entendesse que a vedação estaria implícita no texto das antecessoras graças à aplicação dos princípios gerais do direito.⁴⁶

Até a Constituição de 1988, os debates ocorriam em âmbito doutrinário e jurisprudencial, com tendências mais marcantes pela inadmissibilidade da prova ilícita, conflitando com uma outra ala defensora da admissibilidade dessa prova.⁴⁷

A doutrina moderna vem empregando a terminologia “prova ilícita” de maneira ampla, abrangendo todo tipo de prova inadmissível no processo, tal como previsto na Constituição Federal de 1988.⁴⁸

A atual Carta Magna prevê de forma expressa a vedação da utilização de provas ilícitas no processo, seja o civil, trabalhista ou penal, conforme o texto do art. 5º, LVI, CF, trazendo que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.⁴⁹

Diante disso, é necessário precisar a noção de prova ilícita, atento à diversidade do termo que aparece das diversas nomenclaturas tais como “prova proibida”, “prova ilegal”, “prova ilegalmente obtida”, “prova obtida por meios ilícitos”, “prova ilegitimamente obtida e prova vedada”.

⁴⁵RIBEIRO, Luis Jose de Jesus. **A Prova Ilícita no Processo do Trabalho**, São Paulo: LTr. 2004, p.61.

⁴⁶AZENHA, Nivia Aparecida de Souza. **Prova Ilícita no Processo Civil**, Curitiba: Juará, 2005, p.89.

⁴⁷AZENHA, Nivia Aparecida de Souza. op.cit., p.90.

⁴⁸RIBEIRO, Luis Jose de Jesus. op.cit., p.62.

⁴⁹RIBEIRO, Luis Jose de Jesus. op.cit., p.62.

Os meios de prova devem ser idôneos e juridicamente admissíveis. As provas obtidas devem ser realizadas por meios e modos legais e morais. Fora desse âmbito temos a prova ilegal e/ou ilegítima.⁵⁰

Conforme a doutrina prevalecente, seguidora especialmente do pensamento de Nuvolone, haverá prova ilegítima quando a vedação à sua obtenção for de natureza processual e prova ilícita quando a proibição for de natureza material. Carnelutti faz observações a respeito do termo “prova ilícita”, pois a ilicitude ou a licitude é atributo de um ato e não de uma coisa, preferindo desta forma referir-se a “provas obtidas por atos ilícitos”.⁵¹

Como adverte Ada Pellegrini Grinover,

“a doutrina usa de nomenclatura heterogênea, que pode dar margem a confusão: as vezes essas provas são qualificadas como ilícitas, outras vezes são chamadas ilegítimas, outras ainda, proibidas; alguns falam em provas ilegalmente admitidas, outros em provas ilicitamente produzidas, estabelecendo assim as distinções diversas, a complicar o entendimento da matéria.”⁵²

O termo “ilícito” tem um sentido amplíssimo, e assim pode ser considerado da seguinte maneira: tudo quanto a lei não permite que se faça ou que é praticado contra o direito, a justiça, os bons costumes, a moral social e a ordem pública. Já por ilegítimo pode-se entender como tudo aquilo a que faltam qualidades ou requisitos exigidos pela lei para ser por ela reconhecido ou defeso. Logo, prova ilegítima seria aquela que no momento de sua colheita estaria ferindo normas de direito processual.⁵³

No plano da norma que restou violada, novamente se faz distinção quanto ao momento da transgressão entre prova ilegítima e prova ilícita: “na prova ilegítima a ilegalidade surge no momento de sua produção no processo, já relacionado a prova ilícita, ocorre a violação no momento da colheita da prova, anterior ou no andamento do processo, mas sempre externamente a este”.⁵⁴

⁵⁰MELLO, Rodrigo Pereira de. **Provas Ilícitas e sua Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p.67.

⁵¹ MELLO, Rodrigo Pereira de. op.cit., p.67.

⁵²GRINOVER, Ada Pellegrini. in: **O Direito a Intimidade e a Prova Ilícita**. Belo Horizonte, Del Rey, 1997. p.180.

⁵³FREGADOLLI, Luciana. **O Direito a Intimidade e a Prova Ilícita**. Belo Horizonte, Del Rey, 1997. p.182.

⁵⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**. Sao Paulo: RT, 2000. p.45.

No direito processual trabalhista, alerta *Teixeira Filho* para o fato de que não existe o despacho saneador previsto no processo civil, como se observa no art. 331, do CPC, em que o juiz deve pronunciar-se quanto à admissibilidade ou não das provas apontadas pelos litigantes. Assim, esclarece que “é na audiência inicial que o Juiz deve apreciar o pedido das partes, relativamente as provas que se pretende produzir”.⁵⁵

Nesse sentido, tomando como base esse entendimento, a prova ilegítima torna-se ilegal sempre que a produção da prova insere-se na relação processual. Na prova ilícita a transgressão se dá no momento da colheita da prova, seja anterior ou no curso do processo, mas sempre relacionado a este.⁵⁶

Abordar-se-ão a seguir as divergências doutrinárias e jurisprudenciais em torno da admissibilidade da prova ilícita no âmbito processual.

2.2. Correntes Doutrinárias Acerca da Admissibilidade da Prova Ilícita

Ao tratarmos do tema da prova ilícita nos é comum enfrentar o problema de sua eventual eficácia dentro do processo, o que gera grande discussão doutrinária, nos diversos sistemas processuais.⁵⁷

É notório que tanto a legislação material quanto a processual quase não abordam o tema. Igualmente a doutrina ainda vem amadurecendo o assunto, divergindo em seus posicionamentos.⁵⁸

Diante de intensa divergência, Ada Pellegrini Grinover questiona:

“Seria possível afastar de um processo uma prova relevante e eficaz que poderia levar à descoberta da verdade no processo pelo simples fato de ser ela colhida com infringência a norma material? Ou, ao contrário, se essa prova deveria ser produzida e valorada, apenas punindo, pelo ilícito penal, civil, ou administrativo cometido, quem a tivesse obtido de forma ilicitamente?”⁵⁹

É nesse sentido que se vem discutindo doutrinariamente a dúvida a qual os autores tem respondido das mais diversas maneiras vez que a prova ilegítima não traz problemas, pois, se produzida sem o amparo da lei processual, não possui nenhuma validade. Desta maneira, se a prova for simultaneamente ilícita, também

⁵⁵ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio *Apud* RIBEIRO, Luis Jose de Jesus.op.cit.,p.65.

⁵⁶ RIBEIRO, Luis Jose de Jesus.op.cit.,p.65.

⁵⁷ FREGADOLLI, Luciana.op.cit.,p.186.

⁵⁸ FREGADOLLI, Luciana.op.cit.,p.186.

⁵⁹ GRINOVER, Ada Pelegrinni.in:**O Direito a Intimidade e a Prova Ilícita**.op.cit.,p.186.

não trará problemas uma vez que será fulminada por ser ilegítima. Toda a controvérsia dessa discussão gira em torno da prova ilícita.⁶⁰

Diante dessa problemática, ainda não existe, em nosso ordenamento jurídico, resposta uníssona. Destacam-se três correntes doutrinárias prevaletentes, apontando soluções distintas para o caso: 1) a que sustenta a admissibilidade das provas ilícitas; 2) a intermediária, que ultimamente vem propondo a aplicação do princípio da proporcionalidade, e 3) a que veda a sua admissibilidade.

2.2.1. Teoria Permissiva

Baseando-se no dogma do livre convencimento e da verdade real, a doutrina, inicialmente, manifestou-se predominantemente no que diz respeito à prevalência da investigação da verdade em detrimento à formalidade do processo.⁶¹

Em uma fase preambular, onde o tema mereceu, pela primeira vez, a atenção dos juristas, o condicionamento “aos dogmas do livre convencimento e da verdade real fazia que um eventual balanceamento dos interesses em jogo pendesse, inequivocamente, em favor do princípio da investigação da verdade, ainda que baseada em meios ilícitos.”⁶²

A corrente que admite a ilicitude da prova baseia-se na justificativa de que somente podem ser rejeitadas as provas ilegítimas, por serem estas violadoras de uma norma de caráter instrumental, e as únicas que dispõem de uma sanção processual.⁶³

Em contrapartida, a doutrina italiana chegou a conclusão idêntica em relação à admissibilidade dessas provas tidas como ilícitas pelo axioma: “*male captum, bene retentum*, ou, a prova pode ser mal colhida, porém bem recebida no processo”.⁶⁴ Assim, Cordeiro baseava-se numa hipotética relação entre a inadmissibilidade da prova e a ilegalidade dos meios utilizados para sua obtenção, que deveria existir no ordenamento jurídico, a servir de ponte para a exclusão do processo das provas ilicitamente obtidas.⁶⁵

⁶⁰ FREGADOLLI, Luciana. op. cit., p. 186.

⁶¹ RIBEIRO, Luis Jose de Jesus. op. cit., p. 69.

⁶² AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. op. cit., p. 45.

⁶³ FREGADOLLI, Luciana. op. cit., p. 187.

⁶⁴ RIBEIRO, Luis Jose de Jesus. op. cit., p. 70.

⁶⁵ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. op. cit., p. 46.

Para os seguidores dessa teoria, ao violar uma norma material, tem-se uma punição específica, que não é o afastamento da prova do processo, uma vez que na prova ilícita, se reconhecida a transgressão ao direito material, deve-se aplicar ao transgressor a punição equivalente. Todavia, não pode ser afastada do processo, pois neste só podem ser rejeitadas as ofensas com sanção especificamente processual.⁶⁶

Nesse sentido, entre os juristas alemães, Schonke sustentava que o interesse da coletividade deveria prevalecer sobre uma formalidade antijurídica no procedimento, como, por exemplo, a busca ilegal; Guasp por sua vez, reputava eficaz a prova ilicitamente obtida, sem prejuízo da aplicação das sanções civis, penais ou disciplinares aos responsáveis. Na doutrina norte-americana, Fleming condenava a supressão da prova ilicitamente obtida, que não poderia ser afastada à custa de castigo, a polícia, pelo seu mau procedimento; e Wigmore entendia que a regra de exclusão levava a considerar o oficial da lei demasiado zeloso um perigo maior para a comunidade do que o próprio assassino sem castigo; e para o juiz Cardozo, a prova obtida ilicitamente deveria ser válida e eficaz, sem prejuízo das sanções cabíveis aos responsáveis – policiais ou particulares – por sua obtenção. Estes doutrinadores, possuidores de extrema devoção à concepção da busca da verdade real, evidenciavam como inspiração do processo a reformulação da realidade, argumentando que “prescindir de provas formalmente corretas pela tão-só existência de fraude em sua obtenção seria prescindir voluntariamente de elementos de convicção relevantes para o justo resultado do processo”.⁶⁷

Grinover, reproduzindo a doutrina de Cordeiro, diz que:

“Deve-se indagar, caso por caso, no sistema processual, se algumas violações de direito material representam, ao mesmo tempo, regras proibitórias; e precisamente se há o impedimento de incluir determinados meios entre as fontes de prova, cominando a lei processual para esta proibição a nulidade ou a inexistência jurídica dos respectivos atos processuais. Em conclusão, a chave do problema atinente a inadmissibilidade das provas obtidas ilegalmente no processo penal, está na necessária correlação que deveria existir entre a transgressão da norma que contempla a inadmissibilidade de determinada prova, e a nulidade com que viesse a ser fulminado o vício.”⁶⁸

⁶⁶ FREGADOLLI, Luciana. op.cit., p.187.

⁶⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. op.cit., p.46.

⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal**: as interceptações telefônicas. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 105.

Como o direito material e o direito processual são autônomos, cada qual com a sua sanção específica, sendo a prova questão de índole processual, somente poderiam ser afastadas as que ofendam o Direito Instrumental. Não se confundem o direito de ação e o direito material que tutela o bem ofendido.⁶⁹

Em suma, a teoria permissiva refere que: a prova é válida, embora ilícita; desde que processualmente legítima.⁷⁰

2.2.2. Teses favoráveis à inadmissibilidade da prova ilícita

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LVI, esposou a teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Luciana Fregadolli, em sua obra, esclarece que aqueles que são contrários à admissibilidade em juízo das provas proibidas ou são em razão de a prova ilícita quebrar a unidade do ordenamento jurídico ou por ela atentar contra o princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado ou ainda porque a prova ilícita afronta a Constituição na medida em que viola direitos individuais. Essas variações não deixam de se insurgir contra a prova ilícita que atenta contra princípios do direito e da moral.⁷¹

Há os que adotam essa teoria baseando-se no princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado, bem como, se caracterizada a ilicitude da prova, esta, ofenderá ao direito, restando inadmissível.⁷²

Essa corrente tem como pilar fundamental a unicidade do ordenamento jurídico. Dessa forma, atos constituídos ilícitos pelo direito material obsta valoração em critério distinto pelo direito processual.⁷³

Neste sentido, a inadmissibilidade da prova ilícita prestigia o direito como ciência unitária, onde os seus diversos ramos se entrelaçam de maneira harmônica, não os considerando como áreas estanques e totalmente separadas.⁷⁴

⁶⁹ FREGADOLLI, Luciana. op. cit., p. 187.

⁷⁰ FREGADOLLI, Luciana. op. cit., p. 188.

⁷¹ FREGADOLLI, Luciana. op. cit., p. 189.

⁷² FREGADOLLI, Luciana. op. cit., p. 189.

⁷³ RIBEIRO, Luis Jose de Jesus. op. cit., p. 71/72.

⁷⁴ RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. **A Prova Ilícita e a Interceptação Telefônica No Direito Processual Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro. Forense, 2000. p. 80.

Ada Grinover, concluiu ser inaceitável este fundamento, ao entender que para cada prática ilícita há uma sanção diversa, mesmo reconhecendo a unidade do ordenamento jurídico, afirmando que, sendo o ilícito praticado no plano do direito material, incorrer-se-á nas sanções para tanto previstas pelo ordenamento. Sendo o ilícito de direito processual, sobre ele incidirão sanções tais como a ineficácia e a nulidade. Diante da autonomia do direito processual e do direito material, diante do direito de ação com relação ao direito material controvertido, não parece possível fazer-se a ponte entre o ilícito material e o inadmissível processual.⁷⁵

Barbosa Moreira, por sua vez, argumenta que “o direito não pode prestigiar comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia á prova ilegitimamente obtida”.⁷⁶

Há os que defendem a inadmissibilidade da prova ilícita tendo como pilar o principio da moralidade dos atos praticados pelo Estado, sustentando nessa posição que o estado de Direito deve combater o crime moralmente, não podendo a punição do criminoso ser obtida por meio de afronta a direitos da liberdade ou da intimidade. A ilicitude, como conceito geral do direito, faz que tudo que seja nulo deva ser inválido no plano geral e, portanto, ineficaz no plano processual. Portanto, o Estado tem a obrigação de combater o “crime” e perseguir os “criminosos”, fazendo-o mediante atos e princípios moralmente inatacáveis.⁷⁷

Há ainda os que defendem a inadmissibilidade da prova ilícita, porém utilizando fundamento diferente dos demais abordados, não se reportando à unidade do ordenamento jurídico, se aproximando mais dos que tem como base o principio da moralidade dos atos praticados pelo Estado, levando a uma visão de índole Constitucional, partindo do principio de que toda prova ilícita ofende a Constituição, por atingir valores fundamentais do indivíduo, neste sentido, toda vez que uma prova é colhida ilicitamente, a violação atinge um direito fundamental, tutelado no capítulo constitucional dos direitos e garantias individuais.⁷⁸

⁷⁵ GRINOVER, Ada Pelegrinni.in:**A Prova Ilícita no Processo do Trabalho**.op.cit.,p.72.

⁷⁶ BARBOSA, José Carlos.in:**A Prova Ilícita no Processo do Trabalho**.op.cit.,p.72.

⁷⁷ FREGADOLLI, Luciana.op.cit.,p.190.

⁷⁸ FREGADOLLI, Luciana.op.cit.,p.190.

Ora, se no momento da colheita da prova, esta, ofender os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, fica caracterizada pela inconstitucionalidade, não podendo ser utilizada em qualquer campo do direito.⁷⁹

Tourinho Filho, comungando desse entendimento, leciona que o magistrado, ao deparar no processo com uma prova obtida ilicitamente ou ilegalmente, deverá *de jure constituendo* cominá-la com a sanção de nulidade. Deve afastá-la dos autos em face da regra constante no art. 332 do CPC, aplicável por analogia e, diante da omissão do legislador processual, a tendência tem sido a de buscar em regras e princípios constitucionais, o fundamento para a proibição e inadmissibilidade de tais provas.⁸⁰

Por derradeiro, Tucci assevera que as provas ilícitas, capturadas ou geradas por meios diversos que não os previstos na norma, mesmo que idôneos e por mais relevante que seja o direito individual a ser resguardado, não devem ser consideradas pelo magistrado.⁸¹

Carnaúba faz crítica relevante a respeito da matéria, afirmando que a inadmissibilidade intransigente, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos também engendra violência na medida em que legaliza arbitrariedades do individualismo sobre o bem comum posto que, em grande parte das vezes, não há como fazer prova do ocorrido a não ser através de gravações ou filmagens clandestinas. Se esse procedimento para obtenção de prova for inadmissível de forma absoluta, a impunidade estará assegurada e, com ela, o estímulo ao cometimento de outros crimes semelhantes.⁸²

Portanto, os que seguem a corrente da inadmissibilidade da prova ilícita, sustentam que nunca poderá ser utilizada no processo a prova colhida ilicitamente, mesmo que esta afronte a segurança ou os interesses da sociedade.

2.2.3. Teoria Intermediária e o Princípio da Proporcionalidade

Ao admitir, no processo, provas produzidas por meios ilícitos, o ordenamento cria uma situação nova, uma vez que rompe as barreiras de interpretação

⁷⁹ FREGADOLLI, Luciana. op. cit., p.191.

⁸⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1992. p.209.

⁸¹ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993. p.238.

⁸² CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova Ilícita**. São Paulo: Saraiva, 2000. p.86/87.

incondicional da norma sobre as atividades persecutória e investigatória do Estado, além de frear as arbitrariedades estatais, adotando limites objetivos por meio dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.⁸³

Conforme se extrai do direito germânico, o conceito atual de proporcionalidade é composto de um sentido técnico no direito público, o qual equivale a um limite do poder do Estado em prol da garantia de integridade física e moral daqueles que se sub-rogam.⁸⁴

Sobre o assunto, Avolio entende que:

“Para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, faz-se necessária não só a existência de normas para pautar essa atividade e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma 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.”⁸⁵

Afim de corrigir diferenças a que a rigidez da teoria da exclusão pode conduzir, a doutrina se encarregou de construir um critério de admissão da prova ilícita em caráter excepcional, buscando um equilíbrio.⁸⁶ É com base nessa idéia que a legislação alemã “admite a prova ilícita em casos excepcionais e extremamente graves, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes”.⁸⁷

Assim, a admissibilidade ou não da prova produzida por meios ilícitos é decidida com cautela. Obtida a prova ilicitamente, o julgador passa a analisar a importância, na sociedade, dos valores discutidos em cada caso. Ele passa a atuar sopesando os interesses: de um lado, o valor violado pelo crime *sub judice*. De outro lado, o atingido pela ilegalidade na produção da prova. Caso o magistrado entenda ser o primeiro mais valioso, admitirá a prova; caso contrário, irá rejeitá-la.⁸⁸

⁸³ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes.op.cit.,p.83.

⁸⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato.op.cit.,p.61.

⁸⁵ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato.op.cit.,p.61.

⁸⁶ RIBEIRO, Luis Jose de Jesus.op.cit.,p.76.

⁸⁷ VARGAS, José Cirilo.**Processo Penal e Direitos Fundamentais**.Belo Horizonte:Del Rey, 1992, p.115.

⁸⁸ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes.op.cit.,p.93.

Nesse sentido, essa corrente admite, primeiramente, a inconstitucionalidade da prova ilícita. Todavia, acredita que poderá ser feito um juízo de admissibilidade ou não da mesma se contraposta com o dano gerado pelo criminoso à sociedade.⁸⁹

Barbosa Moreira explicita melhor esse critério ao dizer:

“ Há que verificar se a transgressão se explicava por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte, e se esta manteve nos limites por aquela determinados; ou se, ao contrário, existia a possibilidade de prova a alegação por meios regulares, e a infração gerou dano superior ao benefício trazido a instrução do processo. Em suma: averiguar se, dos dois males, se terá escolhido realmente o menor.⁹⁰

Em contrapartida, alguns doutrinadores defendem que essa prática coloca em risco garantias individuais dos cidadãos, uma vez que permite ao juiz decidir, por conta própria, qual o valor predominante.⁹¹

Aranha, que categoriza essa teoria como intermediária, propõe um novo conceito: “a do interesse preponderante”, justificando que em certos casos, dois interesses opostos são postos diante da sociedade, cabendo a ela tutelá-los, o primeiro consiste na proteção de um princípio constitucional e o segundo na necessidade de impor uma sanção ao criminoso. A solução deve concordar com o interesse preponderante, pois, como tal, deve ser considerado.⁹²

O autor destaca a sedução que esta teoria possui e ressalta como um ponto negativo o fato de o julgamento da admissibilidade ou da rejeição da prova ser subjetivo, passível de abusos e gerador de inseguranças.⁹³

Discorda-se desta afirmativa, uma vez que o Juiz estará agindo no estrito cumprimento da legalidade, apenas sacrificando um princípio em relação a outro e a não aplicação desse critério pode levar a decisões inusitadas com resultado desproporcional e injusto, caso não seja valorada a prova ilicitamente obtida.⁹⁴

Por fim, destaca-se o entendimento de Érico Bergmann que afirma que a proporcionalidade é ínsita a todos os ordenamentos jurídicos e visa um equilíbrio

⁸⁹ FREGADOLLI, Luciana. op.cit., p.192.

⁹⁰ BARBOSA MOREIRA apud RIBEIRO, Luis Jose de Jesus. op.cit., p.76.

⁹¹ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. op.cit., p.94.

⁹² ARANHA, Adalberto José Camargo, **Da Prova No Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1996, p.56.

⁹³ ARANHA, A. De C. op.cit., p.50.

⁹⁴ RIBEIRO, Luis Jose de Jesus. op.cit., p.78.

entre valores fundamentais conflitantes, pois a sua inobservância propicia resultados desproporcionais, injustos ou repugnantes.⁹⁵

A Constituição é um sistema único, não há que se cogitar de contradição entre suas normas, pois todas devem ser estruturadas, analisadas e interpretadas de modo a complementar-se reciprocamente, com o objetivo comum da realização dos suportes de existência da Constituição que são os seus princípios mais abstratos. Nenhuma norma constitucional pode ser analisada isoladamente. Todas guardam com os princípios constitucionais mais abstratos um vínculo inafastável uma vez que somente existem a fim de realizá-los, sendo efetivamente a sua concretização.⁹⁶

Por essa razão, a norma que inadmite provas ilícitas no processo está, inafastavelmente, vinculada ao princípio do Estado de Direito, assim como os fundamentos, objetivos e direitos sociais previstos pelos arts. 1º, 3º e 6º da atual Constituição Federal.⁹⁷

Dessa forma, é inegável que as provas ilícitas não podem ser admitidas no processo como regra a ser obedecida pelos magistrados. Todavia, para classificá-las em lícitas e ilícitas, é imprescindível uma análise formal do modo de sua obtenção, bem como um exame de conteúdo do material extraído, fazendo uso do princípio da proporcionalidade, para que seja passível de determinar sua admissibilidade ou não.⁹⁸

2.2.4.A Prova Ilícita por Derivação

A doutrina e a jurisprudência ainda não chegaram a uma posição pacífica relacionado ao tema da Prova ilícita por Derivação, quer no Direito Brasileiro ou no Direito comparado.⁹⁹

Outra questão tormentosa que também possui espaço para discussão no âmbito do processo do trabalho, ante o dispositivo constitucional, trata da prova

⁹⁵ ÉRICO R. Bergman apud Maria Cecília Pontes Carnaúba. op.cit.,p.99.

⁹⁶ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes.op.cit.,p.102.

⁹⁷ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes.op.cit.,p.103.

⁹⁸ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes.op.cit.,p.103.

⁹⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato.op.cit.,p.73.

ilícita por derivação, ou seja, a prova em si é lícita, mas a fonte de onde ela procedeu é ilícita.¹⁰⁰

A questão das provas ilícitas por derivação só é posta nos casos de inaceitação processual das provas colhidas ilicitamente, no tocante às hipóteses de obtenção da prova por meio ilícito mas a partir de informações extraídas de um modo ilícito. Tem-se como exemplo “o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime que vem a ser regularmente apreendido” ou da “interceptação telefônica clandestina, pela qual se venham conhecer circunstâncias que, ilicitamente colhidas, levem a apuração dos fatos”. Portanto, a dúvida é saber se essas provas, obtidas de forma lícita, mas originárias de meios ilícitos, podem ser aceitas no processo.¹⁰¹

É essencial abordar os ensinamentos da Suprema Corte norte-americana na Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*fruits of the poisonous tree*) proferida no caso *Silverthorne Lumber Co. V. United States*, segundo a qual o defeito da árvore se espalha por todos os seus frutos. Assim, as cortes dos Estados Unidos da América passaram a não admitir a prova derivada de práticas/meios ilícitos.¹⁰²

Importante ressaltar que somente a partir da decisão no caso *Nardone* contra os EUA em 1939 foi utilizada expressamente a terminologia “*fruits of the poisonous tree doctrine*”. Narra Avolio que:

No caso *Nardone* apelou da decisão que o condenara por ocultação de álcool e contrabando. Em uma decisão anterior a corte havia julgado que uma interceptação de conversas telefônicas de *Nardone* por agentes do governo violou a Lei de Comunicações de 1934. A questão posteriormente discutida, em sede de recurso da decisão que condenou *Nardone*, deu-se em razão de negação a questionamento da acusação quanto à ocorrência e à forma de utilização das informações obtidas através da interceptação ilegal. Assim, fora revertido o julgamento condenatório, absolvendo-o, tendo em vista que a prova substanciada foi considerada um fruto da árvore envenenada, portanto, inadmissível. Posteriormente, as cortes estadunidenses passaram a excluir as provas derivadamente obtidas a partir de práticas ilegais.¹⁰³

A regra de exclusão vem sendo repleta nos casos em que se fala que a autoridade policial “extrapolou” ou “não agiu com inteligência” por consentir a evasão da punição de um acusado inequivocamente culpado em razão da má atuação dos

¹⁰⁰ RIBEIRO, Luis Jose de Jesus.op.cit.,p.84.

¹⁰¹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato.op.cit.,p.73.

¹⁰² RIBEIRO, Luis Jose de Jesus.op.cit.,p.85.

¹⁰³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato.op.cit.,p.74.

agentes do governo.¹⁰⁴

Como abordado, é de grande importância colocar em pauta, diante deste intrigante tema, a questão da admissibilidade processual dessas provas. Questionam-se a validade destas provas e a possibilidade de influírem decisivamente no processo.¹⁰⁵

É muito difícil rejeitar a contaminação da prova derivada vez que esta decorre diretamente daquela. A ilicitude agiria como uma substância química que contaminaria todo o recipiente em que ela seja colocada, porém devem-se analisar diversas circunstâncias em que está inserida à problemática das provas ilícitas.¹⁰⁶

2.2.5. Prova Derivada Não Exclusiva

A doutrina discute se a prova derivada, objeto do questionamento, poderia ser de outra forma obtida e neste caso, logicamente esta não poderia ser considerada ilícita e por conseqüência inapta à formação do convencimento judicial vez que esta adveio de outra fonte lícita, levando, portanto, à esta a sua qualidade.¹⁰⁷

Adverte que se há outras provas que possam ser fundamentadoras do direito material e que leve ao magistrado embasamento para formação de seu convencimento, logicamente que a única prova derivada, tida por ilícita, não acarretará a nulidade do processo e o julgamento improcedente. E neste sentido, não se trata de prova exclusiva, havendo um conjunto probatório desencadeador do provimento final.¹⁰⁸

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal entende que se a sentença não estiver baseada exclusivamente na prova vedada, a sua admissão poderá gerar a nulidade do processo.¹⁰⁹

Nestes termos, é notório que o STF vem buscando a melhor forma de resolver o problema da contaminação de modo que se encontre a medida certa para

¹⁰⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato.op.cit.,p.74.

¹⁰⁵ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade,**Provas Ilícitas: limites á licitude Probatória**.Rio de Janeiro:Lúmen Juris,2001,p.77.

¹⁰⁶ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade.op.cit.,p.77.

¹⁰⁷ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade.op.cit.,p.78.

¹⁰⁸ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade.op.cit.,p.78.

¹⁰⁹ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade.op.cit.,p.79.

proteger a intimidade sem que se tenha de tornar a Justiça extremamente cega ao ponto de rejeitar o que é evidente.¹¹⁰

Para melhor compreensão, transcreve-se parte do voto do Ministro Sydney Sanches¹¹¹ prolatado na Ação Penal nº 307-3 em que, não obstante admita a inteira validade das demais provas, considera equivocado entender-se como prova ilícita a gravação por interceptação telefônica.

“Imagine-se a hipótese de determinado marido procurar a polícia, comunicando que a sua esposa foi seqüestrada. Desconfiada, a autoridade policial, sem autorização judicial (se é que esta pode ser dada), inconstitucionalmente intercepta uma ligação telefônica entre o mesmo marido e sua amante, durante a qual confessa haver assassinado sua esposa.

Depois disso, a polícia, mediante outras diligências, encontra o cadáver da vítima, exuma-o, verifica que os projéteis que a mataram correspondem ao calibre da arma usada, apreende-a, procede a exame de balística positivo, ouve testemunhas, que assistiram ao crime e, apontaram o marido como executor e, ainda, obtém a confissão deste. Depois, esses dados, meramente informativos do inquérito, são confirmados em juízo, em instrução válida, com observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. E sempre com a confissão do marido. E tudo em perfeita harmonia.

Se se entender, em casos como esse, que o ato inicial da interceptação telefônica, pela polícia, praticado inconstitucionalmente por constituir prova ilícita, inadmissível, por isso mesmo, em juízo, contamina todos os demais elementos probatórios obtidos lícitamente, inclusive a confissão judicial do réu, em perfeita harmonia com os elementos de convicção, então, jamais se poderia punir um crime como esse. E nenhum outro cuja apuração tenha começado com prova ilícita. E a consequência será, sempre e sempre, a absolvição do autor do delito, o que, data vênia, me parece um rematado contra-senso.”¹¹²

Desta maneira, a conclusão só pode ser uma, no sentido de que se a decisão condenatória estiver fundada em fatos avulsos e distintos da prova ilícita, a contaminação não se constituirá, e muito menos a nulidade processual, já que a

¹¹⁰ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade.op.cit.,p.79.

¹¹¹ STF. Ação Penal 307-3, Relator: Ministro Ilmar Galvão; voto do Ministro Sydney Sanches, *in* Revista Forense, vol. 335, p.371.

¹¹² STF. Ação Penal 307-3, Relator: Ministro Ilmar Galvão; voto do Ministro Sydney Sanches, *in* Revista Forense, vol. 335, p.371.

formação do conjunto probatório, por outras provas ditas ilícitas, impedem que o acusado livre-se ou que seja anulado o processo.¹¹³

Nota-se que o cumprimento absoluto da teoria dos frutos da árvore envenenada citada anteriormente acarretaria, inevitavelmente, a fraude processual, no sentido de que os próprios acusados com o fito de livrarem-se da condenação, forjariam provas ilícitas para que fosse anulado o processo. Não é razoável considerar nulo o mesmo quando o Poder Judiciário está fundado em um vasto conjunto probatório lícito, apenas tendo por ilícita uma única prova que deverá ser desconsiderada.¹¹⁴

Conseqüentemente, é dessa forma que o STF tem firmado sua jurisprudência, de maneira que, havendo um conjunto probatório que consiga provar a condenação, esta proceder-se-á, não devendo a sentença condenatória fundamentar-se na prova ilícita, sendo esta desentranhada do processo.¹¹⁵

2.2.6. Prova Derivada Exclusiva – Inadmissibilidade e Admissibilidade

O grande debate quanto à validade e à conseqüente admissibilidade das provas ilícitas por derivação se dá quando é o único meio de provar o direito material alegado, ou seja são exclusivas.¹¹⁶

A parte da doutrina que declara inválidas as provas derivadas fundamenta-se na proteção dos direitos e liberdades individuais, com o propósito de impedir que se viole o disposto no artigo 5º, LVI, da CF/88, ou seja, se a própria Constituição vedou expressamente a admissibilidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos, não seria razoável acatar como válida uma prova que, não obstante secundária, tivesse emanado de uma ilicitude originária.¹¹⁷

Nesse sentido, o STF entende que a doutrina da invalidade probatória da teoria da árvore envenenada, única competente em dar eficácia à garantia prevista na constituição da inaceitação da prova ilícita. Ainda, sua utilização não acarretará a nulidade somente quando seu objeto não for relevante ou quando pudesse assegurar que outras provas, obtidas separadamente daquela vedada, seriam

¹¹³ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade.op.cit.,p.80.

¹¹⁴ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade.op.cit.,p.80.

¹¹⁵ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade.op.cit.,p.81.

¹¹⁶ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade.op.cit.,p.81.

¹¹⁷ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade.op.cit.,p.81.

suficientes para a condenação. Logo, deste posicionamento doutrinário e jurisprudencial, entende ser inaceitável a admissibilidade destas provas derivadas como forma de convencimento judicial, vez que estariam contaminadas pela ilicitude decorrente da prova originária, evitando com isso que se viole dispositivo constitucional.¹¹⁸

Por outro lado, outra parte da doutrina, esta mais recente, tende a admitir as provas derivadas da ilicitude originária, quando a circunstância de fato autoriza a aplicação do princípio da proporcionalidade, da razoabilidade.¹¹⁹

Mesmo que a Carta Magna vede em caráter absoluto qualquer produção de provas obtidas por meios ilícitos, a tendência moderna consiste na admissão das provas derivadas, se verificados os mesmos critérios e princípios adotados na aplicação das provas ilícitas.¹²⁰

¹¹⁸ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade.op.cit.,p.82.

¹¹⁹ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade.op.cit.,p.82.

¹²⁰ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade.op.cit.,p.82.

3. ESPÉCIES DE PROVA ILÍCITA POR INTERCEPTAÇÕES E GRAVAÇÕES

3.1. A Prova Ilícita por Interceptações e Gravações

Antes de adentrarmos ao mérito do assunto, válido é fazer algumas considerações gerais sobre o tema para que facilite o entendimento do presente capítulo.

A interceptação é o ato ou efeito de interceptar, tem alguns significados etimológicos diversos quais sejam: “1- Interromper no seu curso; 2 – deter ou impedir na passagem; 3- cortar, interromper: interceptar comunicações telefônicas.”¹²¹

No âmbito jurídico, as interceptações, em sentido amplo, definem-se como sendo o ato de interferência nas comunicações telefônicas, seja tolhendo-as, embaraçando-as e dessa forma tendo consequências penais ou para dessas interceptações apenas tomar conhecimento e, portanto, da mesma maneira gerando consequências no processo.¹²²

As interceptações telefônicas podem ser definidas como manobra restrigente das comunicações telefônicas por dois enfoques: “da liberdade, através do impedimento ou desvio, e do sigilo, através da escuta e do conhecimento”.¹²³

Ainda, de maneira a não se confundir com outras formas de controle que incidem sobre a liberdade e o sigilo das comunicações, interceptação telefônica, em sentido estrito, pode ser compreendida como: “1- a escuta direta e secreta das mensagens telefônicas; 2- a captação da conversa simultânea à escuta; e 3- o desconhecimento da operação por parte de pelo menos um dos interlocutores.”¹²⁴

Nesse sentido, Luiz Francisco Torquato Avolio:

“A doutrina e a jurisprudência, ainda na vigência do velho Código de Processo Penal italiano, vislumbravam dois perfis caracterizadores da atividade de interceptação: de um lado, a posição subjetiva do agente; e de outro lado, as formas e meios de percepção. Hoje, no que se refere ao primeiro perfil, consitui voz correntem sustentando Francesco Caprioli, que “Il concetto di intercettazione presuppone la terzeita dell’ agente”. Obviamente, se interceptar significa captar

¹²¹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato.op.cit.,p.98.

¹²² AVOLIO, Luiz Francisco Torquato.op.cit.,p.99.

¹²³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato.op.cit.,p.99.

¹²⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato.op.cit.,p.99.

alguma coisa na passagem de um emitente, A *Terzeita*, é, pois, elemento fundamental do conceito de interceptação.¹²⁵

Pois bem, o ponto aqui é: se um dos interlocutores souber que a interceptação está ocorrendo, não descaracteriza o seu sentido original, que seria o de “deter na passagem” o conteúdo da conversa. Porém, mais para frente, ao se abordarem as interceptações entre presentes, serão notados os reflexos na caracterização da violação à privacidade.¹²⁶

Importante, e também essencial à noção de interceptação, é saber se a circunstância da operação ter ocorrido por pessoa estranha ao diálogo e se esta estivesse com objetivo de obter informações de esmiúças que, de alguma maneira, não tinha conhecimento. Isso porque for através de um terceiro distinto à conversa que se capta a interceptação telefônica, a presunção de uma das pessoas que fazem parte do diálogo gravar a própria conversa, apenas para registrar os fatos conhecidos, não se qualifica como interceptação telefônica, não se sujeitando à mesma regulamentação. Esta segunda hipótese é denominada de gravação clandestina, e não deve ser confundida com a interceptação telefônica.¹²⁷

Nesta esteira, eventual espalhamento ou disseminação dos registros do próprio diálogo pode caracterizar afronta à intimidade ou violação de segredo profissional, crime previsto no art. 154, do Código Penal Brasileiro, surtindo efeitos também dentro do processo visto que, se a violação de segredo afrontar a intimidade, torna a prova ilícita.¹²⁸

Destarte, como já dito, a gravação da conversa interceptada não é, obrigatoriamente, componente necessário do conceito de interceptação. Isso porque se uma pessoa apenas escutar o diálogo não utilizando meios de gravação neste, isto é não registrando, já pode ser utilizado como prova no processo desde que não violando os direitos à intimidade. Logo, tanto as interceptações como as gravações poderão ser lícitas ou ilícitas e se revelarem ilícitas, o resultado deve ser único: serem consideradas inadmissíveis ou inutilizáveis no processo e ineficazes como provas.¹²⁹

¹²⁵ Intercettazione e registrazione di colloqui tra persone presenti nel passaggio dal Vecchio al nuovo Codice di Procedura Penale, Rev.it. Dir. Proc. Penale, 1990, p.145.

¹²⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato.op.cit.,p.100.

¹²⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato.op.cit.,p.100.

¹²⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato.op.cit.,p.100.

¹²⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato.op.cit.,p.100.

Feitas essas considerações iniciais, inevitável dizer que nos dias atuais, com a tecnologia dos meios de comunicação eletrônica consideravelmente modernizada, tem-se inevitavelmente ampliado o leque dos meios de prova e conseqüentemente expandido a hipótese de ilicitude, principalmente por ofensa à intimidade com intromissão na vida privada.¹³⁰

Com isso, observando os avanços tecnológicos, a Carta Magna de 1988 inseriu, entre os direitos e garantias individuais, a proteção à esfera privada, estabelecendo no art. 5º, X, que: “São Invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.¹³¹

Ainda, visando a proteção do direito à intimidade, a Constituição estabeleceu ser “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”.¹³²

Desta forma, no âmbito da esfera privada do indivíduo, estão compreendidos todos aqueles acontecimentos e comportamentos que o cidadão não quer que se tornem públicos.¹³³

Por derradeiro, Paulo José da Costa Júnior, ao discorrer sobre o tema, faz importante observação no sentido de que:

“No bojo da esfera privada está contida a esfera da intimidade (*vetrauenphäre*) ou esfera confidencial (*vertrulichkeitssphäre*). Dela participam somente aquelas pessoas nas quais mantém certa intimidade. Fazem parte desse campo, conversações ou populo, com muitos membros que chegam a integrar a esfera pessoal do titular do direito a intimidade. Vale dizer, da esfera da intimidade resta excluído não apenas o público em geral, como é óbvio, bem assim determinadas pessoas, que privam com o indivíduo num âmbito mais amplo. Por derradeiro, no âmbito da esfera privada está aquela que deve ser objeto de especial proteção contra a indiscrição: a esfera do segredo (*Gehemssphäre*). Ela compreende aquela parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo indivíduo do qual compartilam uns poucos amigos, muito chegados. Dessa esfera não participam sequer pessoas da intimidade do sujeito.

¹³⁰ RIBEIRO, Luis Jose de Jesus.op.cit.,p.93.

¹³¹ RIBEIRO, Luis Jose de Jesus.op.cit.,p.93.

¹³² RIBEIRO, Luis Jose de Jesus.op.cit.,p.93.

¹³³ RIBEIRO, Luis Jose de Jesus.op.cit.,p.93.

Consequentemente, a necessidade de proteção legal, contra a indiscrição nessa esfera, faz-se sentir mais intensa”.¹³⁴

A doutrina majoritária tem classificado as interceptações, para fins de considerar como prova ilícita, sob variadas interpretações.¹³⁵

Visando a uniformização do tema, Grinover, Scarance e Magalhães Filho trazem um conceito de Interceptação como:

“a captação da conversa por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um só deles. Se o meio utilizado for o ‘grampeamento’ do telefone, tem-se a interceptação telefônica; se se tratar de captação de conversa por um gravador, colocado por terceiro, tem-se a interceptação entre presentes, também denominada de interceptação ambiental. Mas se um dos interlocutores grava a sua própria conversa, telefônica, ou não, com o outro, sem o conhecimento deste, fala-se apenas em gravação clandestina”.¹³⁶

Dando continuidade à matéria, mister é fazer a distinção entre interceptação e gravação clandestina. Para isso trazemos os ensinamentos de Ricardo Rabonese:

“ A gravação clandestina consiste no ato de registro de conversação própria por um de seus interlocutores, sub-repeticivamente, feita por intermédio de aparelho eletrônico ou telefônico (gravação clandestina propriamente dita) ou no ambiente da conversação (gravações ambientais). Já a interceptação é sempre caracterizada pela intervenção de um terceiro na conversação mantida entre duas pessoas: se a interceptação for realizada em conversa telefônica, e um dos interlocutores tiver conhecimento, caracteriza-se escuta telefônica; se não houver o conhecimento por parte dos interlocutores, evidencia-se a interpretação *strictu sensu*; se a interceptação for feita entre presentes, com conhecimento de um dos interlocutores, caracteriza-se a escuta ambiental, ao passo que se for sem o conhecimento, será considerado como interceptação ambiental.”¹³⁷

Superado este esboço feito pelos autores, imperioso lembrar que antes da Lei nº 9.296 de 1996, que regulamentou o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Carta Política, a jurisprudência do Supremo já se posicionava-se no sentido de que deveria ser considerada inconstitucional toda e qualquer prova obtida por meio de escuta telefônica, mesmo que autorizada pela Justiça e veja-se a ementa do acórdão do HC 69.912-0 RS.

¹³⁴ COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Comentários ao Código Penal. Parte Especial**. São Paulo: Saraiva, 1988.p.147.

¹³⁵ RIBEIRO, Luis Jose de Jesus.op.cit.,p.94.

¹³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães.**As Nulidades no processo penal**.São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.p.172-173.

¹³⁷ RABONESE, Ricardo.**Provas obtidas por meios ilícitos**.Porto Alegre: Síntese, 1989.p.46.

“HABEAS-CORPUS. CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART.357, PARÁGRAFO ÚNICO). CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, EM INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES): VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO. 1. O art. 5º, XII, da Constituição , prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto-aplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. a) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra de sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI). b) O art. 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição (art. 5º, XII), a qual exige *numerus clausus* para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas. 2. A garantia que a constituição da, até que a lei o defina, não distingue o telefone público do particular, ainda que instalado em interior de presídio, pois o bem jurídico protegido é a privacidade das pessoas, prerrogativa dogmática de todos os cidadãos. 3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não pode ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejante comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. 4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. 5. *Habeas-Corpus* conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5.”¹³⁸

Destarte, alguns autores defendem que a Lei n. 9.296/96 é desprovida de constitucionalidade por ter acrescentado, ao parágrafo único do art. 1º, a interceptação ao fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Nesse sentido, para os que seguem essa corrente, a interceptação deveria se restringir as comunicações telefônicas.¹³⁹

Já a outra parte da doutrina discorda desse entendimento justificando tal posicionamento com base na interpretação gramatical.¹⁴⁰

¹³⁸ HC-69912/RS *HABEAS CORPUS*. Relator Ministro Sepúlveda Pertence Publicação DJ 25.03.1994, PP.06012 EMENT vol.01738-01, PP.06012 Julgamento 16.12.1993 – Tribunal Pleno – Observação – Votação: Por maioria de votos, o Tribunal deferiu o pedido de habeas corpus, para anular o processo a partir da prisão em flagrante, inclusive. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Paulo Brossard, Sydney Sanches e Presidente (Min. Octavio Gallotti), que o indeferiam. Impedido o Ministro Néri da Silveira. Plenário, 16.12.93.

¹³⁹ RIBEIRO, Luis Jose de Jesus. op.cit., p.95.

¹⁴⁰ RIBEIRO, Luis Jose de Jesus. op.cit., p.95.

Insta estabelecer algumas considerações sobre o artigo 5º, inciso XII, da Carta Magna, que estabelece que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso...”. Esse último caso trata dos dados e das comunicações telefônicas. Nesse ponto a corrente contrária à inconstitucionalidade da Lei 9.296/96, entende que, aparentemente, a inviolabilidade do sigilo abrange 4 hipóteses: 1) correspondência epistolar, 2) telegráfica, 3) de dados e 4) das comunicações telefônicas. Ora, se o texto estivesse assim, obviamente o último caso diria respeito à telefonia. Porém, a redação é diferente. O inciso XII do art. 5º da CF cuida de dois assuntos distintos: o primeiro aborda a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas e o segundo trata dos dados e das comunicações telefônicas. E essa parte da doutrina vai além ao justificar que, se houvesse sido substituída a conjunção “e” entre as palavras “correspondência” e “das comunicações telegráficas” por uma vírgula, a interpretação seria outra. Porém, como não foi essa a redação conferida ao texto constitucional, trata-se de duas hipóteses diversas, quais sejam: 1) correspondência e comunicação telegráfica; 2) transmissão de dados e comunicações telefônicas.¹⁴¹

Firmando este entendimento já há algumas decisões judiciais, como se pode observar do aresto abaixo.

“APELAÇÃO CRIMINAL – PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL – QUEBRA DE SIGILO DE DADOS MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – ADMISSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO. 1. O princípio constitucional de proteção a intimidade não é absoluto, de molde ser possível a quebra do sigilo de dados. 2. Não se pode, porém, conceber a quebra indiscriminada, sob pena de grave violação a direito deva se submeter ao crivo do judiciário. 3. Apelação criminal provida.”¹⁴²

Agora, interpretando o comando constitucional, podem-se distinguir com limpidez quatro propósitos jurídicos diferentes: a) correspondência; b) comunicações telegráficas; c) transmissão de dados; d) comunicações telefônicas. Referente à correspondência e às comunicações telegráficas, itens “a” e “b”, a vedação é

¹⁴¹ RIBEIRO, Luis Jose de Jesus.op.cit.,p.96.

¹⁴² BRASIL: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 3ª REGIÃO.5ª Turma. ACR – APELAÇÃO CRIMINAL – 8822 – processo: 1999.03.99.025996-6 – UF: SP – Órgão Julgador: QUINTA TURMA – Data da Decisão: 23.11.1999 – Documento: TRF300051875 – DJU 22.8.2000,p.658. Relator Juiz Fausto do Sanctis.

absoluta, ou seja, é absolutamente proibido invadir ou por a descoberto correspondência e comunicações telegráficas. Já no que tange aos dados e comunicações telefônicas, a vedação é relativa, ou seja, em algumas hipóteses, reguladas em lei, é possível a sua violação. Dessa forma, pode-se afirmar, de forma segura, que a transgressão das comunicações telefônicas e de dados prevista pela atual Carta Magna é ruptura à formalidade da inviolabilidade para fins de investigação criminal.¹⁴³

Conseqüentemente, analisadas essas premissas, e interpretando de forma mais sistemática o dispositivo constitucional em questão, tem-se que a interceptação telefônica só poderá ser autorizada por ordem de juízo criminal, não sendo admitido que o juízo cível ou trabalhista possa emitir tal ordem, ou seja, falta competência dos demais juízos para tal.¹⁴⁴

Com isso, deduz-se que, para que a quebra de sigilo das comunicações telefônicas seja considerada prova ilícita e admissível, deverá ser respeitado o princípio do juiz natural (juiz criminal) que é justamente instituir regras objetivas de competência jurisdicional, assegurando a liberdade e a equanimidade, neutralidade do órgão julgador devendo estar presentes os requisitos da Lei nº 9.296/1996, onde, conforme o artigo 2º, “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”. Ainda, extrai-se do comando normativo que, necessariamente, o processo será mantido em segredo de justiça e que a interceptação de comunicação telefônica, de qualquer espécie, correrá em processo separado, apensado aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, sempre conservando o segredo das gravações e transcrições respectivas.¹⁴⁵

Posto isso, é óbvio que, se não autorizada, a interceptação telefônica (em sentido estrito e a escuta telefônica), telemática ou de informática configura crime, punível, até pela própria Lei 9.296/96 em seu artigo 10: “Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar

¹⁴³ RIBEIRO, Luis Jose de Jesus.op.cit.,p.96.

¹⁴⁴ RIBEIRO, Luis Jose de Jesus.op.cit.,p.97.

¹⁴⁵ RIBEIRO, Luis Jose de Jesus.op.cit.,p.97.

segredo de justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão de dois a quatro anos e multa.”¹⁴⁶

Com relação à tipificação penal da escuta telefônica sem ordem judicial a jurisprudência tem se firmado da seguinte maneira:

“HABEAS CORPUS – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – CONFIGURADO – DENÚNCIA BASEADA EM PROVA ILÍCITA – ORDEM CONCEDIDA PARA O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1 – Configura prova ilícita a existência de interceptação telefônica sem a existência prévia de ordem judicial. 2. – Ordem concedida para trancar a ação penal e determinar o envio das peças ao Ministério Público Federal para abertura de inquérito policial, relativamente a escuta telefônica ilicitamente efetuada.”¹⁴⁷

Aqui, por oportuno, vale lembrar que as gravações telefônicas que se fundam na captação da comunicação produzida por um dos participantes, sem que o outro tenha conhecimento, não são enquadradas na norma jurídica estabelecida na Lei nº 9.296/96, e conseqüentemente da vedação do art. 5º, XII, da Constituição, ponderando-as, dessa forma, como provas lícitas, autorizadas portanto a serem produzidas sem que se necessite de autorização judicial prévia. Isso porque, quando se tem um diálogo reservado entre duas pessoas, qualquer uma delas pode registrá-lo, com ou sem conhecimento da outra, e isso é decorrente de uma interpretação do direito de intimidade do art. 5º, inciso X, da Carta Magna.¹⁴⁸

Importante ressaltar a decisão, até então inédita, do Tribunal Superior do Trabalho referente a essa matéria, datada de 1991:

“GRAVAÇÃO TELEFÔNICA. A aceitação no processo judiciário do trabalho, de gravação de diálogo telefônico mantido pelas partes e oferecida por uma delas, como prova para elucidação de fatos controvertidos em juízo, não afronta suposto direito líquido e certo da outra parte, a inviolabilidade do sigilo da comunicações telefônicas, porque essa garantia se dá em relação a terceiros e não aos interlocutores. Recurso Ordinário a que se nega provimento, para ser confirmado o acórdão regional, que negou a segurança requerida.”¹⁴⁹

E nesse mesmo sentido, em uma decisão mais recente julgou o STF:

¹⁴⁶ RIBEIRO, Luis Jose de Jesus.op.cit.,p.97.

¹⁴⁷ BRASIL:TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 3ª Região – Acórdão Classe: HC – HABEAS CORPUS – 9086 – Processo: 1999.03.00.0400205-3 – UF:MS – Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA – Data da decisão: 14.12.1999 – Documento: TRF300050413 – DJU 9.5.2000, p.203. Relator Juiz Roberto Haddad.

¹⁴⁸ RIBEIRO, Luis Jose de Jesus.op.cit.,p.98.

¹⁴⁹ TST Ac n.:1564 – DECISÃO: 17.9.1991 – TIPO: ROMS – N.:11134 – ANO – 1990 – REGIÃO: 02 – UF: SP – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ÓRGÃO JULGADOR – SEÇÃO ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS – DJ 27.9.1991, p.13395. Rel. Ministro Ermes Pedro Pedrassani.

“HABEAS CORPUS. PROVA. LICITUDE. GRAVAÇÃO TELEFÔNICA POR INTERLOCUTOR. É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem a ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação ao direito a privacidade quando interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista. Ordem indeferida.”¹⁵⁰

Portanto, concluindo uma introdução do presente capítulo para darmos início a estudo mais profundo sobre cada tipo de prova ilícita no processo do trabalho, tem-se que estão fora do regime jurídico da Lei 9.296/96, conseqüentemente, a interceptação entre presentes e as gravações clandestinas.¹⁵¹

3.2. Interceptação entre presentes (Interceptações ambientais)

A captação dolosa de diálogo entre presentes, realizado por um terceiro, no mesmo local em que se encontre cada um dos indivíduos que fazem parte desta conversa, sem que estes tenham conhecimento, intitula-se interceptação entre presentes, ou interceptação ambiental. Não se diferencia, de forma capital, da interceptação em sentido estrito, posto que nas duas situações ocorre violação do direito à intimidade.¹⁵²

Logo, interceptação é definida como sendo a intromissão de alguém estranho à conversa mantida por pelo menos duas pessoas. Por sua vez, se for feita no próprio ambiente, ou seja entre presentes, mas com ciência de pelo menos uma das pessoas que compõem a conversa, caracteriza-se como sendo escuta ambiental. Destarte, se nenhuma delas tiver ciência dessa intromissão, considera-se como sendo interceptação ambiental.¹⁵³

Visando esclarecer este conceito, César Mariano conceitua interceptação entre presentes como sendo a “interceptação realizada em conversa telefônica pessoal (entre presentes) sem o conhecimento dos interlocutores, ocorrendo a interceptação ambiental”.¹⁵⁴

É de suma importância definir o conceito de interceptação entre presentes já que a Constituição Federal e a lei ordinária proíbem e punem a interceptação

¹⁵⁰ HC – 75338/RJ – HABEAS CORPUS. Relator Ministro Nelson Jobim – Publicação DJ 25.9.1998, PP. 00011 – EMENT vol. 01924-01, PP. 00069 – Julgamento 11.3.1998 – Segunda Turma.

¹⁵¹ RIBEIRO, Luis Jose de Jesus.op.cit.,p.98 - 99.

¹⁵² AVOLIO, Luiz Francisco Torquato.op.cit.,p.104.

¹⁵³ RABONESE, Ricardo,**Provas Obtidas Por Meios Ilícitos**.Porto Alegre:Sintese,1999,p.46

¹⁵⁴ SILVA, César Mariano da,**Provas Ilícitas**.Rio de Janeiro:Forense,2004,p.37

telefônica (ou *strictu sensu*) ilícita, não fazendo referência a gravação ou escuta clandestina nem a interceptação ambiental.¹⁵⁵

A falta de uma disciplina normativa não impediu, contudo, que esse meio particularmente corrupto e eficaz de obtenção de prova assumisse uma crescente disseminação na praxe investigatória. Em alguns casos de ampla repercussão, suscitaram-se argumentos que variaram da inadmissibilidade desse meio de prova a sua indiscriminada admissibilidade.¹⁵⁶

Essa reflexão poderia servir para abranger outras hipóteses de lesão à privacidade que devem ser analisadas em termos de sua admissibilidade como prova.¹⁵⁷

Apesar da razão dos preceitos de proibição de provas apoiar-se antes que mais nada na defesa dos indivíduos em relação às diversas formas de se captar a conversa que surgiram com o avanço da tecnologia, de modo que dificultou a prevenção de possíveis escutas, algumas situações podem ser consideradas. Assim, uma pessoa que se digna a escutar atrás da porta uma conversa realizada por outras, invade a privacidade destas, praticando violação ao direito de segredo. E, neste mesmo sentido, se uma pessoa, ao invés de colocar o ouvido atrás da porta, simplesmente põe um gravador oculto dentro da sala em que está ocorrendo essa conversação, de igual modo viola o direito de segredo. Em ambas as hipóteses, Avolio não vê como refutar a natureza de interceptação, porque é preciso considerar os dois aspectos do direito à intimidade. Ainda que, como uma situação adversa, alguém escute de forma direta fazendo uso de gravador, registrando assim um diálogo em língua alienígena, ou seja, que não é de seu conhecimento, efetivamente não esteja praticando propriamente a interceptação, resta caracterizada tal prática, uma vez que o destinatário desta interceptação dita ambiental, terá pleno conhecimento da língua, ferindo o direito de reserva.¹⁵⁸

Portanto, apesar de serem interceptações em sentido técnico, não se encaixam no texto do art. 5º, XII, da Carta Política, pois este trata apenas da quebra do sigilo das comunicações telefônicas e de dados.¹⁵⁹

¹⁵⁵ SILVA, César Mariano da.op.cit.,p.39.

¹⁵⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato.op.cit.,p.106.

¹⁵⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato.op.cit.,p.106.

¹⁵⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato.op.cit.,p.107.

¹⁵⁹ RIBEIRO, Luis Jose de Jesus.op.cit.,p.99.

Nesse sentido, os diálogos privados interceptados postergam o direito à intimidade, de igual modo garantido pela Carta Magna no artigo 5º, inciso X. O direito à intimidade é a garantia que o indivíduo tem de ter privacidade sem ser incomodado por estranhos.¹⁶⁰

Assevera Carlos Bittar que:

“é o direito que se reveste das condições fundamentais dos direitos da personalidade, devendo-se enfatizar-se a sua condição de direito negativo, ou seja, expresso exatamente pela não exposição a conhecimento de terceiro de elementos particulares da esfera reservada do titular.”¹⁶¹

Por derradeiro, tem-se que a Lei n. 9.296/96 não regulou as interceptações ambientais e, portanto, na falta de regulamentação específica, comumente, a prova adquirida através da interceptação ambiental será tida como ilícita por violar o inciso X, do artigo 5º da Carta Magna, pelo menos enquanto não houver norma específica que aborde a matéria de forma efetiva. Entretanto, esta ficará obrigada a defender, de forma efetiva, as declarações espontâneas do suspeito ou acusado, fraudulentamente gravadas, em razão da predominância da garantia estabelecida na Constituição do direito de permanecer calado, ou seja, ao silêncio.¹⁶²

3.2.1. Gravações Clandestinas

A gravação clandestina consiste no ato de registro de conversação própria por um de seus interlocutores, fraudulentamente, feita por intermédio de aparelho eletrônico ou telefônico (gravação clandestina propriamente dita) ou no ambiente da conversação (gravações ambientais).¹⁶³

Nesse sentido, assevera Carlos Dario que:

“a gravação clandestina ocorre quando um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, grava o seu próprio diálogo. Se essa gravação for de conversação telefônica, haverá a gravação telefônica (ou gravação clandestina propriamente dita); já, se a gravação for de conversa pessoal (entre presentes), tem-se a gravação ambiental.”¹⁶⁴

Alexandre de Moraes define a gravação clandestina como sendo:

¹⁶⁰ RIBEIRO, Luis Jose de Jesus.op.cit.,p.99.

¹⁶¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**.2ªed.Rio de Janeiro: Forense,1995.p.104.

¹⁶² RIBEIRO, Luis Jose de Jesus.op.cit.,p.99.

¹⁶³ RABONESE, Ricardo.op.cit.,p.46.

¹⁶⁴ SILVA, César Mariano da.op.cit.,p.37.

“a captação e a gravação de conversa pessoal, ambiental ou telefônica ocorrida no mesmo momento em que a conversa se realiza, feita por um dos interlocutores, ou por terceira pessoa com o seu consentimento, sem que haja conhecimento dos demais interlocutores. Essa conduta afronta o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, diferentemente das interceptações telefônicas que afrontam o inciso XII do art. 5º da Carta Magna.”¹⁶⁵

Tendo em vista a diversidade de critérios para definir as modalidades de interceptações telefônicas, vê-se instaurada uma problemática conceitual. Esse conceito posto por Alexandre de Moraes é criticado por parte da doutrina vez que o traço distintivo básico entre a gravação ambiental e a gravação clandestina seria justamente o instrumento utilizado para a captação de sons, devendo ser a gravação clandestina realizada necessariamente por um dos interlocutores e não por terceira pessoa. Assim, a principal diferença entre a escuta ambiental e a gravação clandestina consiste em que, na escuta ambiental, a interceptação é realizada por um terceiro, enquanto na gravação clandestina a captação de sons tem origem em um de seus interlocutores.¹⁶⁶

Importante trazer por oportuno os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover:

“Aquele que grava as suas próprias conversas não é terceiro, com relação as mesmas, nem toma conhecimento de notícias que de outra forma desconheceria: limita-se a documentar fatos já conhecidos. A gravação de telefonemas próprios permanece, portanto, fora da disciplina das interceptações, embora possa configurar outra modalidade de violação da intimidade.”¹⁶⁷

Assim, a gravação realizada pelo participante da conversa não é ilícita, pois é uma gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro, chamada gravação clandestina, ou seja, não é interceptação telefônica nem se encontra legislada pela Lei 9.296/96 e inexistente tipo penal que a incrimine.¹⁶⁸

Logo, sob este enfoque, a prova obtida através de gravação clandestina seria irrestritamente admissível, pois qualquer pessoa pode gravar sua própria conversa. O que não se admite é a veiculação imprópria, uma vez que, fazendo um paralelo com nosso ordenamento, a comunicação do teor da carta ou de outros dados pelo

¹⁶⁵ Alexandre de Moraes *apud* MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade, **Provas Ilícitas: limites á licitude Probatória**.Rio de Janeiro:Lúmen Juris,2001,p.104.

¹⁶⁶ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade.op.cit.,p.104.

¹⁶⁷ Ada Pellegrini Grinover *apud* MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade, **Provas Ilícitas: limites á licitude Probatória**.Rio de Janeiro:Lúmen Juris,2001,p.99.

¹⁶⁸ GRECO FILHO, Vicente, **Interceptação Telefônica**, São Paulo:Saraiva,1996,P.4-5.

destinatário a terceiro, sem o consentimento do remetente, não configura crime contra a inviolabilidade da correspondência, embora possa tipificar o de divulgação de segredo.¹⁶⁹

Diante dessas análises, parece válido fazer uma consideração: é que, apesar dessa espécie de gravação não ser tipificada como crime, a prova poderá constituir-se ilícita quando houver violação à intimidade. Logo, como a gravação clandestina não está abrangida pela Lei 9.296/96, pode ser utilizada como prova em processo judicial, como prova lícita, desde que não caracterize uma afronta ao direito à intimidade que implique na falta de justa causa para a sua admissibilidade.¹⁷⁰

Dentro dessa ótica e conforme já se frisou, vem sendo declarada lícita a gravação fraudulenta de diálogo próprio para atestar a prática de crime, igualando-se, nesse particular, a situação de quem age em estado de legítima defesa, que exclui a antijuricidade de justa causa.¹⁷¹

3.2.2.A Interceptação Telefônica como prova no Processo do Trabalho

No que diz respeito à competência do juiz trabalhista para autorizar a interceptação telefônica, informática ou telemática, resguarda-se, com base na unidade da jurisdição, da possibilidade de valer-se da prova emprestada da ação penal para o processo do trabalho, assegurando que a parte contra quem se vai produzir a prova obtida mediante escuta ou gravação, dentre outros meios, seja a mesma em ambas as esferas e que seja observado o princípio do contraditório. A justificativa de que não há violação de qualquer espécie funda-se na unidade de jurisdição e no princípio do juiz natural.¹⁷²

Nesta esteira, segue-se o entendimento de Luiz Torquato Avolio, que enfatiza que não se impede o resultado da interceptação telefônica legalmente obtida como prova emprestada no processo civil, sempre observado o requisito mínimo para a utilização dessas provas produzidas fora do processo, qual seja, a observância do contraditório.¹⁷³

¹⁶⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato.op.cit.,p.108.

¹⁷⁰ RANGEL, Ricardo Melchior de Barros.op.cit.,p.78.

¹⁷¹ RIBEIRO, Luis Jose de Jesus.op.cit.,p.101.

¹⁷² RIBEIRO, Luis Jose de Jesus.op.cit.,p.101.

¹⁷³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **As Provas ilícitas no Processo Civil**. Revista Panorama da Justiça.São Paulo: Escala,n.26,2000.p.24-25.

3.2.3. Câmeras Televisivas

Com o grande avanço da tecnologia, as empresas se modernizaram e quase todas investiram em sistemas de segurança televisivos, tanto internos como externos, a fim de se precaverem de roubos e furtos, ao menos intimidando os bandidos. Ocorre que esses circuitos televisivos passaram a ser meios de prova contra empregados em determinadas situações.¹⁷⁴

Aqui é um pouco diferente das demais provas por interceptações e gravações, pois a tutela da intimidade só resta abalada se o empregador ocultar do empregado a existência das câmeras televisivas.¹⁷⁵

É assim visto que existem dois tipos de sistemas de monitoração atualmente que são a sigilosa ou oculta e a aberta ao público, que é a comum aos prédios residenciais, *shopping centers*, e outros centros comerciais dentre outros exemplos. As câmeras, conhecidas com aquele aviso tradicional: “sorria, você está sendo filmado”, são as denominadas abertas ao público, e dessas o empregado não pode alegar desconhecimento da filmagem, visto que é dado o conhecimento público e notório de sua instalação.¹⁷⁶

Uma questão de grande importância é a que diz respeito ao direito de imagem. Será que existe a possibilidade do empregado alegar em juízo que o filme obtido em decorrência de tais gravações não deve ser admitido por ofensa ao direito de imagem?

A resposta é não porque a atual Constituição fez distinção clara e inequívoca quanto ao direito à intimidade e o direito à imagem, que são bem distintos. O direito à imagem consiste em um conjunto de caracteres que a identifica no meio social ou pelo vínculo que une a pessoa à sua expressão externa.¹⁷⁷

Segundo os ensinamentos de Canotilho e Vital Moreira, o direito à imagem tem um conteúdo rigoroso, abrangendo o direito de cada um de não ver o seu retrato

¹⁷⁴ RIBEIRO, Luis Jose de Jesus.op.cit.,p.106.

¹⁷⁵ RIBEIRO, Luis Jose de Jesus.op.cit.,p.106.

¹⁷⁶ RIBEIRO, Luis Jose de Jesus.op.cit.,p.107.

¹⁷⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**.2ª ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1995.p.87.

exposto em público sem seu consentimento e, ainda, de não se ver apresentado em forma gráfica ou montagem ofensiva e maldosamente distorcida ou infiel.¹⁷⁸

Destarte, não há que se falar em uso ilícito da prova, pois não se está a expor a vida privada da pessoa.¹⁷⁹

Nesse sentido, devem ser observadas as limitações ao direito à preservação da imagem, ou seja, qual grau de notoriedade da pessoa, por exemplo: o exercício de cargo público, os serviços de justiça e da polícia, existência de fins científicos, didáticos ou culturais, fatos de interesse público dentre outros casos.¹⁸⁰

¹⁷⁸ J.J. Gomes Canotilho; Vital Moreira *apud* RIBEIRO, Luis Jose de Jesus. **A Prova Ilícita no Processo do Trabalho**, São Paulo: LTr. 2004, p.107.

¹⁷⁹ RIBEIRO, Luis Jose de Jesus. *op.cit.*, p.107.

¹⁸⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *op.cit.*, p.93.

4. CONCLUSÃO

Após **fazer** o presente estudo sobre a prova ilícita por interceptações e gravações, sem que se tenha esgotado a matéria, mister é fazer algumas considerações de forma resumida e conclusiva que se traçaram ao longo da exposição.

O estudo do tema é de grande relevância posto **que**, como dito ao longo do **trabalho**, essas provas ditas ilícitas não são disciplinadas pela norma processual trabalhista e por isso temos que buscar em outras fontes do direito respostas para solidificar à matéria.

A prova, no que tange ao direito processual, é o meio para demonstrar a veracidade ou não de determinado fato com a finalidade de convencer o juiz acerca da sua existência ou inexistência. O juiz, **por** sua vez, ao menos no campo do direito, é sempre o destinatário da prova que vai fazer a análise e julgar.

Quanto maior for o contato do juiz com os fatos a provar, mais eficaz será o julgamento. **Por** isso, **ao** longo do estudo, observa-se que os meios de prova são **essenciais** para o convencimento do juiz.

O Juiz tem a liberdade para fazer o exame das provas, porém tem a responsabilidade de analisar com cautela, não podendo deixar se influenciar por fatores externos ao processo para que não cometa **injustiças**. **Dessa** forma, a verdade processual é o estágio mais próximo da certeza que é a que **deve ser** alcançada aqui no campo do processo.

Observa-se ainda ao longo do estudo que as provas obtidas por meios ilícitos são as que foram utilizados com a violação do direito material que como dito não podem ser confundidas com as provas inadmissíveis onde estas por algum motivo sequer podem ter ingresso no processo.

A Constituição trouxe como regra em seu art. 5º, LVI, que “são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, porém pode se observar que como toda boa regra, tem exceções e estas se encaixam na teoria da **proporcionalidade** que permite a utilização da prova ilícita em situação excepcional em que esteja em jogo interesse de maior valor **que, por exemplo**, no campo trabalhista pode ser a manutenção no emprego ou para rebater uma justa causa.

O STF **atualmente**, no que concerne **à** prova ilícita por derivação, tem decidido no sentido de que existe comunicabilidade da **ilicitude da prova**, porém aqui da mesma forma deve-se analisar com a devida cautela qual é o interesse de maior valor em jogo **para** que não se cometa nenhuma atrocidade.

Quanto às interceptações de comunicação telefônica e as comunicações em meios telemáticos, temos que, após o advento da Constituição Federal de 1988, estas só podem ser consideradas ilícitas desde que fira a intimidade e desde que preenchidos os requisitos **da Lei** 9296/96, mais uma vez, tem-se o bom senso de analisar o que está em jogo, pois se ferir a intimidade da pessoa humana, é claro que é um bem jurídico de extrema relevância e por isso devem ser afastadas do processo estas interceptações obtidas por meios ilícitos.

Já quanto às câmeras **televisivas**, verifica-se que é lícito desde que o empregado tenha ciência da existência de tais equipamentos portanto não fere o direito à imagem.

Por fim, após analisado esse importante tema, chegamos a conclusão de que por mais que tenha uma norma clara na **Constituição** que vede as provas ilícitas, estes meios de provas que são ilícitos podem ser admitidos no processo desde que obedeçam o critério da proporcionalidade ponderando se for o caso, qual direito restará menos lesado, privilegiando o interesse coletivo ao particular.

5. Bibliografia

ARANHA, Adalberto José Camargo, **Da Prova No Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **As Provas ilícitas no Processo Civil**. Revista Panorama da Justiça. São Paulo: Escala, n.26, 2000.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**. São Paulo: RT, 2000.

AZENHA, Nivia Aparecida de Souza. **Prova Ilícita no Processo Civil**, Curitiba: Juará, 2005.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

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

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Comentários ao Código Penal. Parte Especial**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FREGADOLLI, Luciana. **O Direito a Intimidade e a Prova Ilícita**. Belo Horizonte, Del Rey, 1997.

GRECO FILHO, Vicente, **Interceptação Telefônica**, 1ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, ANTONIO MAGALHÃES. **As Nulidades no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal**: as interceptações telefônicas. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

HC – 75338/RJ – HABEAS CORPUS. Relator Ministro Nelson Jobim – Publicação DJ 25.9.1998, PP. 00011 – EMENT vol. 01924-01, PP. 00069 – Julgamento 11.3.1998 – Segunda Turma.

HC- 72588/PB *HABEAS CORPUS*. Relato Ministro Maurício Corrêa Publicação DJ 4.8.2000, PP.00003 EMENT vol.01998-02, PP.00289 Julgamento 12.6.1996 – Tribunal Pleno – Observação – Votação: Por maioria, vencidos os ministros Carlos Velloso, Octávio Galloti, Sydney Sanches, Neri da Silveira e Moreira Alves.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: intellectus, 2003.

MARTINS, Pedro Batista. Comentários ao código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.II, n.249.1941.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 32 ed. São Paulo: Atlas: 2011.

MELLO, Rodrigo Pereira de. **Provas Ilícitas e sua Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade, **Provas Ilícitas: limites á licitude Probatória**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3ª. Ed. Rev. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t.4.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2003. Tomo III.

RABONESE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. Porto Alegre: Síntese, 1989.

RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. **A Prova Ilícita e a Interceptação Telefônica No Direito Processual Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro. Forense, 2000.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Tendências modernas da prova**. RJ n. 218. dez-1995.

RIBEIRO, Luis Jose de Jesus. **A Prova Ilícita no Processo do Trabalho**, São Paulo: LTr. 2004.

SANTOS, José Aparecido. **Curso de processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeira linhas de Direito Processual Civil**. 25.ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.2.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1.

STF. Ação Penal 307-3, Relator: Ministro Ilmar Galvão; voto do Ministro Sydney Sanches, *in* Revista Forense, vol. 335.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Curso de Direito Processual do Trabalho II**, São Paulo:LTr. 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa.**Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1992.

TRF – 3ª Região – Tipo de Doc: Acórdão Classe: HC – *HABEAS CORPUS* – 9086 – Processo: 1999.03.00.0400205-3 – UF:MS – Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA – Data da decisão: 14.12.1999 – Documento: TRF300050413 – DJU 9.5.2000, p.203. Relator Juiz Roberto Haddad.

TRF – 3ª REGIÃO. Tipo de doc: Acórdão classe: ACR – APELAÇÃO CRIMINAL – 8822 – processo: 1999.03.99.025996-6 – UF: SP – Órgão Julgador: QUINTA TURMA – Data da Decisão: 23.11.1999 – Documento: TRF300051875 – DJU 22.8.2000,p.658. Relator Juiz Fausto do Sanctis.

TST Ac n.:1564 – DECISÃO: 17.9.1991 – TIPO: ROMS – N.:11134 – ANO – 1990 – REGIÃO: 02 – UF: SP – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ÓRGÃO JULGADOR – SEÇÃO ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS – DJ 27.9.1991, p.13395. Rel. Ministro Ermes Pedro Pedrassani.

TUCCI, Rogério Lauria.**Direitos e garantias individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

VARGAS, José Cirilo.**Processo Penal e Direitos Fundamentais**.Belo Horizonte:Del Rey, 1992.