

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**TRATAMENTO DAS PROVAS ILÍCITAS DIANTE DA VERDADE DOS FATOS NO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.**

por

Gabriella Alves Bandeira de Lima Fernandes de Sá

Orientador: Prof. Dr. Flávio Alves Martins

2018.1

TRATAMENTO DAS PROVAS ILÍCITAS DIANTE DA VERDADE DOS FATOS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.

por

Gabriella Alves Bandeira de Lima Fernandes de Sá

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro
(UFRJ) para a obtenção do Título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Flávio Alves
Martins

2018.1

GABRIELLA ALVES BANDEIRA DE LIMA FERNANDES DE SÁ

**TRATAMENTO DAS PROVAS ILÍCITAS DIANTE DA VERDADE DOS FATOS NO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do Grau de bacharel em Direito, sob a Orientação do **Professor Doutor Flávio Martins**.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2018

*A Deus, meus pais Marcos Sá e
Cristiane Sá, pelo carinho e
sustento inestimáveis.*

Agradecimentos

Em primeiro lugar, não posso deixar de agradecer a Deus por toda força, ânimo e saúde que me permitiu ter para alcançar o título de Bacharela em Direito.

Agradeço também aos meus maiores apoiadores, meus pais Marcos Sá e Cristiane Sá, pelo acompanhamento, incentivo e sustento desde criança ao estudo.

Do mesmo modo, à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, por ter me recebido de braços abertos durante esses cinco anos, através de seus mestres e professores que sempre estiveram dispostos a ensinar e esclarecer dúvidas, e notadamente ao professor Flávio Alves Martins, orientador do presente projeto, que, com muita paciência, foi de extrema importância durante a fase de conclusão da graduação.

Ao meu avô Bandeira e minha tia Cláudia Saab, que desde a infância despertaram meu interesse pelo estudo do Direito. E, em especial, ao Thiago Viana e Luciene Salvaterra por estarem sempre por perto me auxiliando diariamente na experiência da prática forense.

Não poderia deixar de mencionar, é claro, o Daniel Siqueira, por ter sido completamente compreensivo e parceiro durante esta etapa final. Aos colegas de trabalho e integrantes do escritório Castro, Barros, Sobral, Gomes Advogados, que tornaram mais leve a minha rotina na reta final da jornada acadêmica, bem como aos colegas da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, que participaram ativamente

desde o primeiro dia de aula até o último.

Por fim, aos amigos de infância, Juliana Araujo, Dahyna Iribarren e Tomás Sabino, que me proporcionaram momentos de grande distração durante a trajetória percorrida até a conclusão da presente monografia.

RESUMO

A presente monografia propõe-se a examinar, com base no ordenamento jurídico pátrio, na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a relevância do estudo da prova ilícita e sua aplicabilidade no âmbito do Direito Processual Civil, levando-se em conta o Princípio da Proporcionalidade, em detrimento da vedação constitucional quanto à sua utilização sob qualquer hipótese e, com isso, a possibilidade de passível colisão com outros direitos fundamentais de suma relevância expressos na Lei Maior.

Com isso, cristaliza-se a necessidade de prevalecer um direito fundamental sob outro de mesma valia, importando em tornar uma prova eivada de ilicitude como sendo válida para o deslinde do processo em casos específicos, diante do acesso à verdade dos fatos.

Palavras Chave: Prova – Prova ilícita – Direito Processual Civil – Princípio da Proporcionalidade – Relativização dos direitos fundamentais – Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

SUMÁRIO

Introdução.....	8
Capítulo 1: Aspectos gerais da prova	11
1.1 Conceito histórico de prova	12
1.2 Definições de acordo com a doutrina majoritária.....	16
1.3 Modalidades da prova	20
1.4 Características, função e finalidade	27
Capítulo 2: Vedação constitucional à prova ilícita: Inteligência do inciso LVI, artigo 5º da Constituição Federal	33
2.1 Evolução histórica da prova ilícita no direito positivo brasileiro	33
2.2 Conceito de prova ilícita	35
2.3 Necessária diferenciação de provas ilícitas e outras categorias de provas	37
2.3.1 Provas ilícitas e provas atípicas	37
2.3.2 Provas ilícitas e provas ilegítimas	38
2.4 Provas ilícitas por derivação ou Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada	39
Capítulo 3: O Princípio da Proporcionalidade diante do conflito entre princípios constitucionais: Ponderação de interesses	42
3.1 Origem história e fundamento legal do Princípio da Proporcionalidade	43
3.2 A proibição da prova ilícita à luz do Princípio da Proporcionalidade	47
Capítulo 4: Possibilidade de produção de provas ilícitas no Direito Processual Civil brasileiro diante da verdade dos fatos	49
4.1 Posições favoráveis e contrárias	49
4.2 Estudo de casos: Análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal do Rio de Janeiro	53
Síntese conclusiva	65
Referências Bibliográficas:	67

Introdução

A proposta do presente projeto de conclusão de curso de Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, é, através do método técnico-jurídico e de uma análise científica das doutrinas consultadas e do entendimento utilizado pelos Tribunais atualmente, demonstrar a possibilidade de admissão da prova ilícita, em casos excepcionais, no Direito Processual Civil brasileiro.

O conceito de prova sempre esteve ligado à ideia de reconstrução e esclarecimento dos fatos, e por isso, a admissibilidade da apresentação de provas em litígios processuais baseia-se em construir uma decisão judicial justa, pautada na verdade, e ao mesmo tempo adequada e eficaz sobre determinado fato controvertido.

Seguindo neste viés e tendo em vista que há no ordenamento jurídico brasileiro um conflito sobre a possibilidade de se permitir as provas ilícitas no campo processual civil, impõe-se necessário cristalizar o entendimento jurídico sobre a utilização deste instrumento processual, objetivando a sua maleabilidade e sua aceitabilidade, à luz do Princípio da Proporcionalidade.

O conflito que ocorre é pautado na limitabilidade do direito à prova. Isso porque os direitos de acesso à Justiça, ao devido processo legal, bem como ao contraditório e ampla defesa servem como fundamento para se admitir a prova no Processo Civil. Desta forma, a prova torna-se o meio para chegar ao conhecimento do magistrado os fatos relevantes para o julgamento da causa.

O que deve-se destacar inicialmente, é que o direito à prova é, na verdade, um direito instrumental que possibilita, por meio da exata comprovação dos fatos, que um indivíduo poderá obter o provimento jurisdicional, dando efetividade aos seus direitos postulados.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura, de forma explícita, no inciso LVI do artigo 5^o¹, que as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis, e portanto, não pode haver, em especial, violação aos direitos de outros titulares em qualquer face de sua produção, de modo que a verdade dos fatos não pode ser buscada no processo a qualquer custo.

Ademais, a utilização da prova ilícita no Processo Civil se torna necessária apenas quando através dessa prova se pode buscar a “verdade real”, devendo ocorrer uma ponderação de interesses dos direitos ou bens jurídicos que variam de acordo com o caso concreto.

O presente estudo, portanto, aborda inicialmente no Capítulo 1, o conceito histórico, modalidades, definições e função da prova no Direito Processual Civil, para, após, adentrar, no Capítulo 2, que versa acerca da prova ilícita, a qual é vedada constitucionalmente.

Neste aspecto, será ainda diferenciada a prova ilícita das provas atípicas e ilegítimas, além de exposto sobre a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

O capítulo 3, por sua vez, traz a aplicabilidade do Princípio da Proporcionalidade diante do conflito entre princípios constitucionais, demonstrando sua origem histórica e fundamento legal. Neste mesmo capítulo é disposto ainda, sobre o tratamento da prova ilícita à luz do Princípio da Proporcionalidade.

Por fim, o capítulo 4 invoca as posições favoráveis e contrárias à produção de provas ilícitas, e aponta sobre o entendimento do tema no Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, através da apresentação de julgados.

Ante o exposto, cumpre reforçar que o objetivo deste trabalho é observar os elementos que levam a não admitir no ordenamento jurídico pátrio as provas obtidas por meios ilícitos, tendo em vista o conflito que existe entre os valores garantidos constitucionalmente, tais como a ampla garantia dos direitos individuais e coletivos e a preponderância através da utilização do chamado Princípio da Proporcionalidade.

É, portanto, no confronto entre a segurança social e segurança das liberdades individuais que se encontra a problemática a ser abordada nesta oportunidade.

Capítulo I: Aspectos gerais da prova

No presente estudo, a prova no Direito Processual Civil é o principal elemento. Imperioso, deste modo, trabalhar com seu conceito histórico, adaptações, características e definições, para que, através destes elementos, possa-se elucidar as questões convenientes ao tema proposto. Diante disso, é de fundamental importância a identificação do conceito de prova, discriminando principalmente a sua finalidade.

O tema “prova” no direito civil e no direito processual civil é a atividade das partes processuais de trazer ao litígio fatos que são relevantes à decisão da causa, servindo de convencimento ao entendimento do magistrado, sendo sua finalidade reproduzir nos autos elementos relevantes para que o conflito seja solucionado.

Assim, para que as normas jurídicas possam ser aplicadas e o processo solucionado, torna-se necessário que os fatos relevantes sejam reproduzidos pelos sujeitos processuais, de modo que essa atividade de reprodução dos fatos relevantes é chamada de prova.

Outrossim, prova é, ainda, por simples definição encontrada em dicionário jurídico:

“Prova: demonstração da existência ou da veracidade daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou se contesta. Todo meio lícito e apto a firmar a convicção do juiz na sua decisão. Em matéria processual, a prova é tão importante que constitui a própria alma do

processo, sem a qual este não existiria.”²

A palavra “prova” possui diversas conotações, mas é basicamente utilizada com a ideia de reconstrução e, no âmbito processual, é a reconstrução de um fato que possa capacitar o magistrado a formar seu convencimento e assim, poder exercer a sua função com base na verdade dos fatos.

Ou seja, a prova é o instrumento processual adequado para que o juiz consiga ter acesso, de forma imparcial, ao ocorrido objeto do litígio, como será aprofundado neste capítulo.

1.1. Conceito histórico de prova

O estudo adentra na seara do direito processual, destinando-se a elucidar sobre a origem e a evolução da prova, abrangendo o ordenamento pátrio no que tange ao assunto.

A prova sempre teve, e continua tendo, papel fundamental para a resolução de lides, apesar de ter sofrido alterações ao longo do tempo, como será exposto a seguir.

Nos tempos da antiguidade, o Direito não dispunha de uma legislação ou código escrito, de modo que era transmitido apenas através da forma verbal pelos sacerdotes, através da tradição (do latim *traditio*, *tradere* = “entregar”, “passar adiante”), dando procedência ao que seriam as primeiras decisões judiciais.

² COSTA, Wagner Veneziani e out. Dicionário jurídico, São Paulo: Madras, 2003, p. 244.

Paulo Dourado Gusmão³, acerca de como funcionava o Direito positivado nos primórdios, diz:

“O direito, nos primeiros tempos, manteve-se vigente graças à memória dos sacerdotes, que foram os primeiros juízes, e que guardavam em segredo as regras jurídicas. Depois, vigorou nas decisões do conselho dos mais velhos. Transmitiu-se oralmente a princípio. Era então tradição sagrada. Cada caso rememorava e devia ser decidido fielmente como o antecedente. Nesse tempo, inexistiam códigos ou leis. Segredo era o conhecimento do direito, guardado com muito zelo pelos sacerdotes ou pelos mais velhos, que assim, mantinham as suas posições sociais e privilégios. Com o tempo, o direito tornou-se conjunto de decisões judiciais, casuístico, mantido ainda em segredo. Muito depois, tais decisões, sendo ininterruptamente repetidas, tornaram-se costumeiras. Surge assim da sentença o costume jurídico. Mas em algumas comunidades a indiscrição de uma escriba revela o segredo guardado pelos juízes (sacerdotes), tornando-o público, como ocorreu em Roma com o Lus Flavianun, direito dos Pontífices revelando em 304 a.C. pelo escriba Gneo Flavio. Então, das sentenças surgiu a lei, ou melhor, o código. Finalmente em outras comunidades, reis-legisladores-sacerdotes reduziram a escrito as principais sentenças imemorais como fizeram Hamurabi e os reis sumerianos anteriores.”

Neste momento de evolução do direito, os juristas da época (sacerdotes ou reis), invocavam as divindades adoradas para saberem quem possuía a verdade, e para que com essa intervenção divina se chegasse ao criminoso ou o responsável pela culpa de determinado ato, que conduziria à sansão do mesmo.

Naquele momento, o processo era extremamente rígido e formal, assim como os meios de provas, as quais poderiam ser utilizadas somente quando restritas às hipóteses legais, não tendo o juiz qualquer liberdade, e agindo como um mero executor, que somente averiguava a existência ou não da prova.

³ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo de Direito*. 26. Ed. Ver. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 285-286.

Entretanto, com o surgimento do Direito Comum, que nada mais é do que a fusão entre as normas e institutos do direito romano com o direito germânico, Theodoro Júnior⁴ assevera que:

“Com o Direito Comum surgiu o Processo Comum, que vigorou entre os séculos XI e XVI, tendo vestígios seus nas legislações processuais do Ocidente até os dias de hoje. O processo comum era escrito, lento e excessivamente complicado, mas ele se expandiu por toda a Europa e dele foi retirado a sua essência que, aprimorado, vieram inspirar o processo moderno. As provas e a sentença regressaram a se espelhar no sistema romano, mas, no entanto se admitia a força erga omnes das coisas julgadas, esse por influência do direito germânico. No que se refere a influência do direito canônico, foi o acolhimento do processo sumário, que visava eliminar alguns formalismos.”

No entanto, após a Revolução Francesa, foi ilustrado o conceito de livre convencimento do juiz, procurando-se acabar com o que restava dos resquícios da tarifa legal de provas, iniciado no Processo Penal, e, mais tarde, incorporado ao Processo Civil.

Theodoro Júnior⁵ relata que somente a partir do século XX é outorgada ao juiz a autoridade para analisar as provas e produzi-las *ex officio*⁶, tendo como objetivo a busca da equidade em sua decisão, deixando, assim, de ser um mero espectador da vitória da parte litigante mais hábil no processo.

Com isso, o processo civil proporcionou uma maior

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 1 v. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 14.

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 1 v. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 15.

⁶ Expressão latina que significa "por dever do cargo"; diz-se do ato oficial que se realiza sem provocação das partes.

concentração de poderes nas mãos dos juízes para a elaboração e apreciação das provas.

A partir de uma breve passagem pela origem histórica de prova, pode-se perceber que, como já visto, o direito probatório em sua trajetória é marcado por uma jacente transformação na busca de um processo mais célere e efetivo, visando a simplificação processual na tentativa de torná-lo mais rápido e concedendo maiores poderes ao magistrado.

Ou seja, sobre a prova nos tempos da antiguidade e sua conotação atual, o que é mais relevante à sua mutação diz respeito ao poder dos magistrados em utilizar as provas apresentadas nos autos conforme restituído à sua própria consciência, o que não remete ao livre capricho de opinião ou mero arbítrio da apreciação das provas.

Ora, livre convencimento não significa adotar o entendimento que quiser, pois o juiz, apesar de poder agir livremente na apreciação das provas, deverá motivar sua decisão, fundamentando-a, de modo que sua avaliação deve ser ajustada às regras impostas pelo ordenamento jurídico, conforme expresso no artigo 11 do CPC⁷.

Com o advento do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), pode-se observar que o mesmo traz diversas modalidades e meios de prova, amplamente utilizados nos processos, seja no sistema penal ou cível, a fim de combater qualquer distorção suscitada pelas partes.

⁷ Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Portanto, a respeito da prova e sua evolução histórica, ressalta-se que as mesmas passaram por uma grande transformação, o que caracteriza enorme conquista à sociedade, já que é possível, assim, garantir julgamentos mais justos e equânimes, alimentando a justiça, pelo menos na teoria e segundo a doutrina moderna brasileira.

1.2. Definições de acordo com a doutrina majoritária

O vocábulo “prova” possui vários conceitos, e por isso admite vários sentidos, tanto na linguagem popular quanto no seu uso técnico. Dentre esses conceitos e sentidos, o que interessa no presente estudo é o seu entendimento jurídico.

Este elemento é um dos temas fundamentais do Processo Civil, visto que para julgar, o juiz necessita examinar a veracidade dos fatos alegados, principalmente pelo autor, que é quem propõe a demanda, e na maioria das vezes é quem realmente necessita do provimento jurisdicional.

Desse modo, o juiz precisa saber quais são os fatos controvertidos no processo, para que, dessa forma, possa partir para a análise das provas produzidas pelas partes, que irão ajudá-lo a formar o seu convencimento e decidir o caso, dando a cada um o que for devido.

Inicialmente, pelo estudo desta palavra, temos, segundo Plácido e Silva⁸:

“Do latim proba, de probare (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entender-se, assim, no sentido jurídico, a demonstração, que se faz, pelos meios legais, da existência

⁸ SILVA, De Plácido. Vocabulário Jurídico. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 491.

ou veracidade de um ato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado.”

No domínio do Processo Civil, a palavra “prova” pode significar tanto a atividade que as partes realizam para demonstrar a existência de fatos formadores de seus direitos, quanto o instrumento por meio do qual essa verificação se faz.

O doutrinador Ovídio Araújo Baptista da Silva⁹ ensina a origem do vocábulo “prova”, bem como seu significado sob o viés do Processo Civil, nos seguintes termos:

“A prova tem inúmeros significados, tanto na linguagem vulgar quanto no uso que os cientistas e particularmente os juristas fazem do vocábulo. As ciências experimentais geralmente valem-se da expressão para significar o ensaio, a verificação ou a confirmação pela experiência de um dado fenômeno, objeto da investigação científica.

No domínio do processo civil, onde o sentido da palavra prova não difere substancialmente do sentido comum, ela pode significar tanto a atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência dos fatos formadores de seus direitos, que haverão de basear a convicção do julgador, quanto o instrumento por meio do qual essa verificação se faz. No primeiro sentido, diz-se que a parte produziu a prova, para significar que ela, através da exibição de algum elemento indicador da existência do fato que se pretende provar, fez chegar ao juiz certa circunstância capaz de convencê-lo da veracidade da sua afirmação. No segundo sentido, a palavra prova é empregada para significar não mais a ação de provar, mas o próprio instrumento utilizado, ou o meio com que a prova se faz.”

Na lição de Luiz Guilherme Marinoni, a prova no direito processual é *“todo meio retórico regulado pela lei, e dirigido a , dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer*

⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Curso de processo civil: processo de conhecimento. 6ª ed. rev. e atual. com as Leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 335-336.

*o Estado-juiz da validade das proposições, objeto da impugnação, feita no processo.”*¹⁰

No mesmo sentido são os escólios de Vicente Grego Filho¹¹:

“A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico: sua finalidade prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.”

A prova é, portanto, estabelecimento de *“um fato supostamente verdadeiro”*¹², sendo que esta não é um instrumento capaz de abrigar a determinação da verdade absoluta acerca dos fatos alegados, no pretenso direito.

Como bem coloca o doutrinador e jurista Cândido Rangel Dinamarco¹³:

“A verdade e a certeza são dois conceitos absolutos, e, por isto, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo (a segurança jurídica, como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou segurança, com base na qual o juiz proferiria seus julgamentos). O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo da norma, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção desses nas categorias adequadas.”

Michele Taruffo esclarece que nesse campo *“a prova então, assume a função de fundamento para a escolha racional da hipótese*

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 292.

¹¹ GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, volume 2, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 194.

¹² BENTHAM, Jeremy. Tratado de las pruebas judiciales, v. 1. Buenos Aires. Ejea. 1971, p. 19 apud: SILVA, Ovídio A. Baptista. Curso de processo civil. Volume I. 5ª edição revista e atualizada. São Paulo. R. T. Editora. 2000, p. 339.

¹³ DINAMARCO. Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 449.

*destinada a constituir o conteúdo da decisão final sobre o fato.”*¹⁴

Não obstante, João Batista Lopes conceitua ainda a prova sob o aspecto subjetivo e objetivo, sendo aquele o agrupamento dos meios produtores da existência de fatos relevantes ao processo, e este, a convicção íntima do juiz sobre a realidade dos fatos alegados pelas partes no processo¹⁵.

Na mesma diretriz, posiciona-se Humberto Theodoro Júnior, jurista de notável saber jurídico, ao salientar que o critério objetivo é o instrumento ou meio apto a demonstração dos fatos, como por exemplo, os documentos, as perícias e as testemunhas. Subjetivamente, afirma o autor estar a prova quanto aos fatos alegados intrínseco ao estado psíquico (espírito) do juiz, quando à convicção deste.¹⁶

Dentre os conceitos citados, abstrai-se que a prova é a base que compõe a convicção do magistrado sobre os fatos que elucidam a causa, ou seja, é a demonstração dos fatos alegados pelas partes no litígio ou da veracidade de suas afirmações.

Concluindo, pode-se dizer que a prova é o elemento integrador da convicção do juiz com os fatos da causa, e por isso, a sua explícita importância no campo do Direito Processual Civil, aqui abordado.

¹⁴ TARUFFO, Michele. La prova dei fatti giuridici, cit, p. 421. Apud: MARIONONI, Luiz Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 292.

¹⁵ LOPES. João Batista. A prova no direito processual civil. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 22.

¹⁶ THEODORO JÚNIOR. Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 36ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 2001, p. 366-367.

1.3. Modalidades da prova

A prova é um “meio” entre os fatos acontecidos no mundo real e o processo. Os meios de prova são as diversas formas pelas quais se pode chegar ao conhecimento desses fatos.

Existem meios de provas típicos e atípicos. As primeiras são as que têm expressa previsão no ordenamento jurídico. O Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal regulamentam diversos tipos de prova, tais como prova documental e testemunhal, depoimento pessoal, confissão, prova pericial, prova emprestada e ata notarial.

As provas constituídas pelo meio atípico, por sua vez, são aquelas produzidas de maneira diversa das previstas no referidos códigos, ou seja, não possuem embasamento legal.

Acerca das modalidades de provas, serão tratadas, nesta oportunidade, apenas as que o Código de Processo Civil pátrio dispõe, tendo em vista o tema específico do presente trabalho, que é referente ao “Tratamento das provas ilícitas diante da verdade dos fatos no Direito Processual Civil brasileiro.”

O Código de processo Civil de 2015 elencou algumas espécies de provas a serem produzidas, no entanto, a doutrina majoritária entende não ser um rol taxativo, podendo haver outros meios de provas desde que não transgridam o ordenamento jurídico brasileiro.

Dentre todas as provas utilizadas no dia-a-dia forense, empregadas no processo civil brasileiro, temos o depoimento pessoal, a confissão, prova documental, emprestada, testemunhal e pericial, bem como a ata notarial, a serem descritas e caracterizadas.

O depoimento pessoal, tutelado pelo artigo 385 do CPC¹⁷, que se aplica tanto ao Autor como ao Réu, devido ao ônus que ambos possuem de comparecer em juízo e esclarecer os pontos que lhe forem questionados. Este tipo de prova se demonstra de grande valia, pois o magistrado, ao perceber alguma questão controvertida ou até mesmo ficando em dúvida quanto a existência ou modo de ser de um fato específico, pode questionar a parte diretamente, prevendo por meio da linguagem corporal a veracidade das informações contidas no processo.

A confissão, segundo a definição do CPC/2015¹⁸, ocorre de forma judicial ou extrajudicial quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário.

Os fatos confessados judicialmente não dependem de provas, sendo a confissão a prova suficiente contra a parte confitente. Apesar de ser irrevogável, a lei prevê a hipótese de sua anulação quando decorrer de erro de fato ou coação.

A prova documental, por sua vez, visa corroborar o fato alegado pela parte e é considerada autêntica, seja ela fotografia, desenhos, escritos fiscais ou gravações, quando, após apresentada em juízo, estiver em consonância com o disposto no artigo 411, III do CPC/2015¹⁹.

¹⁷ Art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício.

¹⁸ Art. 389. Há confissão, judicial ou extrajudicial, quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário.

Art. 390. A confissão judicial pode ser espontânea ou provocada.

§ 1º A confissão espontânea pode ser feita pela própria parte ou por representante com poder especial.

§ 2º A confissão provocada constará do termo de depoimento pessoal.

¹⁹ Art. 411. Considera-se autêntico o documento quando:

I - o tabelião reconhecer a firma do signatário;

II - a autoria estiver identificada por qualquer outro meio legal de certificação, inclusive eletrônico, nos termos da lei;

III - não houver impugnação da parte contra quem foi produzido o documento.

Um outro exemplo de prova documental são os livros empresariais, pois os mesmos se revestem de certa presunção de veracidade, diante do rigor de sua formalidade, cabendo, no entanto, prova em sentido contrário. Atualmente, na era virtual, as fotografias digitais extraídas da rede mundial de computadores (internet) também são consideradas provas documentais, atestando aquilo que as imagens reproduzem.

A prova testemunhal consiste na declaração, em juízo, de uma pessoa diversa das partes do processo, que tenha presenciado, por meio da visão ou audição, à época do acontecimento que deu origem ao litígio, algum fato relevante sobre a questão a ser decidida no processo em que depõe, conforme disposto no artigo 442 e seguintes do CPC²⁰.

A princípio, qualquer pessoa pode ser testemunha, com exceção das pessoas incapazes, impedidas ou suspeitas, como os interditados, acometidos por enfermidade a ponto de não poderem discernir os fatos ocorridos, os cegos, os surdos, e os menores de dezesesseis anos.

Além disso, são considerados impedidos pela lei para depor: o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, o que é parte na causa, e os sujeitos que intervêm em nome de uma parte, como o tutor, representante legal da pessoa jurídica, o juiz ou o advogado.

Por fim, a lei declara que são suspeitos de depor em juízo aqueles que são inimigos da parte ou o seu amigo íntimo, e os que tiverem interesse no litígio.

²⁰ Art. 442. A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso.

Outrossim, a prova pericial, presente no artigo 464 e seguintes do CPC²¹, consiste em um exame técnico, sob a supervisão de um profissional de uma área especializada, que por sua vez emitirá um laudo técnico, contendo a exposição do objeto da perícia, a análise técnica ou científica realizada pelo perito, a indicação do método utilizado e a resposta conclusiva de todos os quesitos apresentados pelos sujeitos do processo.

Desta forma, havendo algum fato controvertido, o qual se depende da constatação de profissional especializado, cabe ao magistrado utilizar a prova pericial para dirimir qualquer dúvida. Neste sentido segue decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²², onde se aplicou esse entendimento:

“Agravo de Instrumento em face de decisão que determinou a realização da prova pericial contábil na fase de cumprimento de sentença. Nos termos do art. 370 do CPC, o juiz é o verdadeiro receptor das provas, cabendo a ele rejeitar a produção probatória inútil, protelatória ou desnecessária ao deslinde do feito, e pelo fato da necessidade da produção da prova pericial. Diante do fato de haver divergência de cálculos apresentado pelas partes, nada impede ao Juiz de buscar o real valor devido através do deferimento da prova pericial. Com efeito, a complexidade da apuração dos valores não demonstra permitir solução mediante simples análise de documentos. Recurso que se conhece e se nega provimento.”

Agravo de Instrumento nº 0048199-58.2017.8.19.0000 - RELATORA: DES. NATACHA NASCIMENTO GOMES TOSTES GONÇALVES DE OLIVEIRA - 26ª CÂMARA CÍVEL DO CONSUMIDOR TJ.RJ - DJ-e: 21/09/2017.

Ainda sobre a modalidade das provas no ordenamento jurídico pátrio, a previsão legal da prova notarial, ou ata notarial, é uma novidade trazida pela Lei 13.105/2015.

²¹ Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

²² Agravo de Instrumento nº 0048199-58.2017.8.19.0000 - RELATORA: DES. NATACHA NASCIMENTO GOMES TOSTES GONÇALVES DE OLIVEIRA - 26ª CÂMARA CÍVEL DO CONSUMIDOR TJ.RJ - DJ-e: 21/09/2017.

Trata-se de uma prova que certifica uma circunstância, um fato, através de um tabelião, sendo lavrada em um cartório notarial, conforme expressa no artigo 384 do CPC.²³

A título de exemplo, pode-se citar uma ofensa realizada pela internet, que pode ter seu registro apagado. Portanto, a ata notarial é um meio de autenticar a veracidade da existência daquela ofensa na data específica em que a mesma ocorreu, enquanto houver seu registro.

Outro exemplo de utilidade desse meio de prova consiste na sua lavratura para certificar o estado de um imóvel no momento da entrega do bem para fins de rescisão contratual de aluguel, sendo constatado o perfeito estado do bem a fim de se evitar uma possível incidência de multa contratual.

Importante ressaltar que, em regra, a ata notarial certifica o estado do bem ou uma situação em si, naquele exato momento, equivalente a uma testemunha, não devendo ser registrado como o bem chegou àquele estado ou quem realizou aquela ofensa, ou seja, a autoria, pois não há como atestar fatos imperceptíveis a ótica do tabelião.

Portanto, a ata notarial é um excelente meio de prova, pois além de ser um documento produzido por um agente público, transmite veracidade quanto aos fatos contidos na sua narração.

²³ Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

Existe ainda outra modalidade de prova, que é a prova emprestada, a qual tornou-se tipificada no ordenamento jurídico pátrio após a vigência da lei 13.105 de 2015, o Novo Código de Processo Civil, sendo considerada aquela que, não obstante ter sido produzida em outro processo, é transferida para demanda distinta, a fim de produzir os efeitos de onde não é originária, de acordo com o artigo 372 do CPC²⁴.

Muito autores criticavam este meio de prova por alegarem não ser um meio compatível com o princípio do contraditório, ao buscar em outro processo, uma prova produzida por outras partes diversas do caso concreto. Contudo, o CPC de 2015 condiciona a prova emprestada ao direito do contraditório, de modo que não há afronta a este princípio de forma alguma.

Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, as partes de ambos os processos, tanto o da origem como o do destino da prova emprestada, não precisam ser necessariamente as mesmas para a sua utilização. No entanto, alguns tribunais haviam entendido de forma diversa, razão pela qual foi editado o Enunciado nº 30 da CJF da 1ª Jornada de direito processual civil²⁵.

Por fim, a prova ilícita, por ser vedada pela Lei Maior, não é abarcada pelo Código de Processo Civil, mas, por ser objeto de estudo da presente monografia, deve ser levada em consideração como uma modalidade.

²⁴ Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

²⁵ Enunciado nº 30 CJF - "É admissível a prova emprestada, ainda que não haja identidade de partes, nos termos do art. 372 do CPC".

Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

Sendo assim, a prova ilícita é aquela obtida por meio de algum tipo de violação às limitações constitucionais ou infraconstitucionais. Desta forma, é nula qualquer tipo de prova que seja constituída através da abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou telecomunicação do indivíduo.

Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil prevê no seu artigo 5º inciso LVI²⁶ que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Considera-se inadmissível não apenas a prova obtida por meio ilícito, mas também, as provas decorrentes do meio de prova obtido ilicitamente por derivação, também conhecido como Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, a qual aduz que os meios probatórios, que, não obstante produzidos validamente em momento ulterior, acham-se afetados pelo vício da ilicitude originária que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal.

Por todo o exposto, se constata a importância das provas no processo civil, um dos fundamentos que norteia uma decisão judicial, tendo em vista que a valoração da prova é um elemento indispensável para o esclarecimento dos fatos alegados no processo, sendo sua finalidade evidenciar a controvérsia das circunstâncias ou reafirmar um direito em conflito entre as partes, função esta que será abordada a seguir no próximo item deste capítulo.

²⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

1.4. Características, função e finalidade da prova

A prova, objeto de estudo do presente artigo, evoca a racionalização da busca da verdade tanto no âmbito material quanto no processual. Por isso, sua função no processo é essencial, já que somente o real conhecimento dos fatos ocorridos no conflito pode gerar uma correta aplicação do direito.

Sendo assim, um dos princípios mais importantes do processo de conhecimento é a busca da verdade substancial obtida, que ocorre obviamente por meio de prova.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, *“o juiz, no processo de conhecimento, tem por função precípua a reconstrução dos fatos a ele narrados, aplicando sobre estes a regra jurídica abstrata contemplada pelo ordenamento positivo.”*²⁷

No entanto, é de conhecimento geral a impossibilidade de se atingir a verdade real acerca do modo de acontecimento de um determinado fato, visto que não é possível retornar ao momento do acontecimento para visualizar como este se passou.

Nas palavras de Fredie Didier Jr., *“a verdade real é algo inatingível.”* E continua o autor: *“É utopia imaginar que se possa, com o processo, atingir a verdade real sobre determinado acontecimento.”*²⁸

Dentre as suas características, temos que a prova (i) busca demonstrar a veracidade dos fatos controversos, (ii) possibilita um teste de consistência das afirmações contrapostas entre o autor e o

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme e out. Manual do Processo de Conhecimento. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 253.

²⁸ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 6ª ed. Salvador: Juspodium, 2006, p. 484.

réu e (iii) é elemento de convencimento e e formação da convicção do juiz.

Diante da sua primeira característica, a prova, quando no decurso da fase probatória no processo, serve para para demonstrar a existência de um fato, sendo este o seu sentido objetivo.

O seu viés subjetivo, no entanto, trata-se da certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.

José Carlos Barbosa Moreira destaca que a prova é *“um ponto de partida, é algo que permite ao juiz adquirir o conhecimento de certo fato.”*²⁹ No mesmo sentido, Lunardi sintetiza prova como sendo *“os meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos.”*³⁰

A segunda característica da prova, correspondente à possibilidade de um teste de consistência das afirmações contrapostas entre o autor e o réu, o que significa demonstrar, de modo que não seja suscetível de refutação, a verdade do fato arguido.

Nesse sentido, as partes, através de documentos, de testemunhas, de indícios, de presunções etc., demonstram a existência de certos fatos passados, tornando-os presentes, a fim de que o juiz possa formar um juízo, para dizer quem tem razão. O Autor, quando propõe a ação, e o Réu, quando oferece sua resposta, hão de invocar fatos com que procurem justificar a pretensão de um e a resistência do outro.

²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual. São Paulo. Saraiva, 1977, p. 58.

³⁰ LUNARDI, Fabrício Castagna. Curso de Direito Processual Civil. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 289.

Por último, a terceira característica aborda sobre o objeto do processo de conhecimento, que são as provas dos fatos alegados pelos litigantes, de cuja apreciação o juiz deverá definir a solução jurídica para o litígio estabelecido entre as partes. Assim, do exame dos fatos e de sua adequação ao direito objetivo, o juiz extrairá a solução do litígio que será revelada na sentença.

Com relação aos fatos, a prova pode ser direta ou indireta. Direta é a que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos. Indireta, a que evidencia um outro fato, do qual, por raciocínio lógico se chega a uma conclusão a respeito dos acontecimentos apresentados nos autos.

Como dito anteriormente, o que se prova são os fatos alegados, não sendo necessário que todos sejam provados, pois há a necessidade deles serem relevantes para o processo, não devendo o juiz permitir que sejam produzidas provas que não tenham a mínima conexão com a lide, pois tal permissão somente iria atrasar o andamento da resolução do caso.

Porém, até mesmo nos fatos relevantes para o processo, há alguns que não necessitam de prova, conforme exposto no artigo 374 do CPC de 2015.³¹ Ou seja, independente da posição doutrinária, existe no Código de Processo Civil vigente a afirmação de que determinados fatos não dependem de prova, como é o caso dos fatos notórios e os não controversos, bem como os alegados por uma parte e confessados pela outra e aqueles em cujo favor milita a presunção legal de existência ou de veracidade, pois estes são tomados como

³¹ Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos no processo como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

verdadeiros, eis que, pela sua substância, já são supostos como comprovados.

Outrossim, analisando o direito à prova sob a perspectiva constitucional do artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988³², que dispõe sobre o princípio do contraditório, a doutrina divide em três dimensões este elemento que, por ser decorrente de um princípio constitucional fundamental, é também caracterizado como uma garantia constitucional: (i) direito de produzir prova em juízo, (ii) direito de participar da produção de prova e (iii) direito de se manifestar sobre a prova produzida.

O direito à prova é característico, então, por assegurar às partes a utilização de todos os meios de prova imprescindíveis à demonstração das alegações a respeito dos fatos.

Cumprе ressaltar, entretanto, que tal direito não é absoluto, podendo ser limitado, excepcionalmente, quando conflitar com outros valores e princípios constitucionais, como, por exemplo, o princípio da proibição da prova ilícita, disposto no artigo 5º, inciso LVI da nossa Lei Maior, objeto principal do presente estudo.

Compreende-se, portanto, que a prova nada mais é do que a versão dos fatos narrados pelas partes, não sendo necessariamente os fatos efetivamente ocorridos em determinada situação que, com base em suas características, a partir dela será levado ao juízo elementos que ajudem o magistrado a formar seu convencimento e solucionar o litígio, com base no ordenamento jurídico.

³² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Ou seja, a finalidade da prova se concentra em convencer o juiz sobre as alegações apresentadas pelo autor em sua petição inicial, bem como pelo réu em sua contestação, com o objetivo de se prolatar uma sentença justa e favorável à luz da verdade real.

Por outro lado, como muitas vezes não é possível solucionar a lide extraindo tão somente a verdade real, no entendimento de Theodoro Júnior, *“deve-se reconhecer que o direito processual se contenta com a verdade processual, ou seja, aquela que aparenta ser, segundo os elementos do processo, a realidade”*.³³

Assevera Fredie Didier, que corrobora os escólios de Theodoro Júnior: *“A verdade real é algo inatingível. É utopia imaginar que se possa, com o processo, atingir a verdade real sobre determinado acontecimento.”*³⁴

Observa-se, então, que a função e finalidade precípua da prova é promover ao magistrado a possibilidade de obtenção da verdade substancial, agindo como verdadeiro modo de reconstrução de um determinado fato e fornecendo elementos que sirvam para formar o convencimento do juiz.

Não obstante, trazendo a finalidade da prova, já apresentada com vigor nesta oportunidade ao objeto de estudo desta monografia, pergunta-se: Qualquer tipo de prova pode ser aceita pelo juiz a fim de buscar formar o seu convencimento ou existe alguma restrição? Em quais hipóteses há exceção à inadmissibilidade da prova? E por qual motivo?

³³ THEODORO JÚNIOR. Humberto. Curso de direito processual civil. 36ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 370.

³⁴ DIDIER JR. Fredie. Curso de direito processual civil. 6ª ed. Salvador: Juspodium, 2006, p. 484.

Diante destas indagações, será abordado no próximo capítulo a respeito da prova ilícita, seu conceito e aplicabilidade nos processos.

Capítulo II – Vedação constitucional à prova ilícita: Inteligência do artigo 5º, LVI da Constituição Federal

Dentre tantos meios de prova existentes, este artigo científico propõe-se a apresentar e analisar a prova ilícita no campo do Processo Civil.

O capítulo anterior buscou delimitar a evolução histórica, o conceito, características e modalidades de prova, quais as etapas para sua apresentação e meios. Foi abordado também, porém de forma breve, sobre a prova ilícita e a sua proibição no ordenamento jurídico.

Neste capítulo será aprofundada a vedação constitucional existente à produção de prova ilícita, de acordo com o artigo 5º, LVI da Lei Maior, assim como sobre a confusão que pode ocorrer entre a mesma e outras categorias de provas.

2.1. Evolução histórica da prova ilícita no direito positivo brasileiro

Conforme relatado, o sistema brasileiro rejeita, genericamente, a prova ilícita, consoante dispõe o inciso LVI do artigo 5º da Consituição Federal.

A respeito do conceito deste tipo de prova, pode-se destacar que houve evolução a seu respeito com o passar do tempo, pois, antes da Constituição Federal de 1988 existiam duas correntes doutrinárias a respeito da prova ilícita.

A primeira, predominante, prestigiava a busca da verdade real, não importando a maneira pela qual seria obtida. Nesta hipótese, a ponderação era em favor do princípio da investigação da verdade, ainda que baseada em fatos ilícitos.

A segunda, minoritária, entendia que a prova lícita era ilegal e moralmente ilegítima. Posteriormente, a inadmissibilidade da prova ilícita passou a predominar em diversos ordenamentos jurídicos, tais como o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal.

Os adeptos da teoria da admissibilidade da prova ilícita, como os autores Yussef Cahali e Washington de Barros Monteiro³⁵, prestigiavam a busca da verdade real, não importando o meio pelo qual a prova foi obtida e devendo o juiz, assim, aproveitar o seu conteúdo.

Assim, mediante qualquer conflito entre o direito à intimidade e o direito à prova, o primeiro, que está entre as liberdades públicas, deveria ceder quando em confronto com a ordem pública e as liberdades alheias.

A parte minoritária da doutrina, que se posicionava pela inadmissibilidade da prova ilícita, antes da promulgação da Constituição de 1988, lastreava-se no artigo 332 do Código de Processo Civil de 1973³⁶, entendendo que essa prova não era legal e nem moralmente legítima.

Posteriormente, chegou-se ao entendimento de que a essência da verdade nunca poderá ser alcançada, uma vez que não é possível reconstruir os fatos pretéritos da mesma forma que se passaram. Com

³⁵ Cr. Referências de Luís Alberto Thompson Flores Lenz, Os meios moralmente legítimos de prova. Revista dos Tribunais 621/279, 1987 em AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, 2003, p. 73.

³⁶ Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

base neste argumento o posicionamento doutrinário de vários ordenamentos jurídicos passou a ser pela inadmissibilidade da prova ilícita.

Mais precisamente no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, o legislador fez uma opção clara pela vedação às provas ilícitas de forma bem radical. Contudo, essa posição não deve ser entendida em termos absolutos, como se passará a demonstrar mais adiante no presente estudo.

2.2. Conceito de prova ilícita

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante ao cidadão que não são admissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos.

Ou seja, ainda que o conceito de prova ilícita e sua utilização possa ser precisado pelas palavras da lei, esta não pode esvaziar a garantia constitucional. A legislação infraconstitucional deve densificar o conceito a partir do contraste com outros valores e princípios constitucionais.

O princípio da proibição da prova ilícita trata de uma exceção à regra da liberdade dos meios de prova, impondo um limite à apresentação e produção de provas, conforme disciplinado pelo Código de Processo Civil Brasileiro, em seu artigo 369.³⁷

³⁷ Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

As provas ilícitas, segundo Pietro Nuvolone, são espécies do gênero “provas vedadas” ou ilegais, que compreendem as provas ilícitas propriamente ditas, e as provas ilegítimas, as quais serão posteriormente diferenciadas.³⁸

Tendo como base a classificação utilizada por Nuvolone, verifica-se que a prova será ilegal, portanto vedada, sempre que houver violação ao ordenamento jurídico como um todo, ou seja, violação expressa tanto em relação às leis quanto aos princípios, quer sejam de natureza material ou meramente processual.

A Constituição Federal de 1988 destaca, ainda, que são consideradas provas ilícitas, dentre outras, aquelas previstas nos incisos III, X, XI e XII do artigo 5º, quais sejam, respectivamente, as provas colhidas mediante tortura, maus-tratos, desrespeito à intimidade, violação de domicílio e a violação do sigilo das comunicações.

Salienta Eduardo Cambi³⁹ que as provas ilícitas “*seriam aquelas que violariam normas de direito substancial e que a ilicitude ocorre no momento da colheita da prova.*”, enquanto Teresa Armenta Deu⁴⁰ conceitua a prova ilícita em apertada síntese como sendo aquela que “*vulnera um direito material.*”

Cumprido destacar que, de acordo com o Código de Processo Penal, friamente trazido aqui, as provas ilícitas, por força do seu artigo 157⁴¹, são consideradas como as provas obtidas em violação às normas constitucionais ou legais.

³⁸ Apud: Ada Pellegrine Grinover. Liberdades públicas e processo penal, 1976, p. 126.

³⁹ CAMBI, Eduardo. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 65.

⁴⁰ DEU, Teresa Armenta. A prova ilícita: um estudo comparado. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 40.

⁴¹ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Não obstante a classificação própria da prova ilícita, existem outras modalidades de prova que podem confundir, no decurso do processo, até o mesmo o magistrado, tendo em vista a manifesta similaridade existente entre as categorias.

Diante disso, no próximo ponto serão destrinchadas as diferenciações entre as provas ilícitas, provas atípicas e provas ilegítimas, para que se consiga, por meio desta monografia, garantir a elucidação acerca da especificidade do tipo de prova objeto deste estudo.

2.3. Necessária diferenciação de provas ilícitas e outras categorias de provas

2.3.1 Provas ilícitas e provas atípicas

Não se pode confundir a atipicidade probatória com a ilicitude probatória. A Constituição Federal de 1988 não veda a admissão no processo de prova obtida por meio que não está previsto em lei.

Desse modo, não estar previsto em lei, no sistema jurídico brasileiro, não pode equivaler ao que é ilícito, como bem lembra Eduardo Cambi⁴²: *“A prova atípica pode ser lícita ou ilícita, bem como a prova ilícita pode ser típica ou atípica.”*

Assim, na hipótese de descumprimento de uma norma probatória expressa, é necessário saber se o meio resultante é moralmente legítimo, onde se fala de prova atípica; ou se é moralmente ilegítimo, quando a prova é considerada ilícita.

Portanto, é atípica a prova que não encontra-se prevista como

⁴² CAMBI, Eduardo. A prova civil: Admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 64.

tal no ordenamento, já a licitude se delineia com referência a uma prova que, mesmo sendo concretamente prevista, é afetada por vícios que a contaminam em algum aspecto particular.

A chave para proceder a distinção de tais conceitos é verificar se o descumprimento de uma norma de produção probatória viola os princípios constitucionais.

Em caso positivo, apresenta ilicitude ou ilegitimidade, e, caso negativo, considera-se uma simples atipicidade, ou seja, haverá vício, mas não haverá sanção.

2.3.2 Provas ilícitas e provas ilegítimas

Considerando a prova ilícita e a prova ilegítima como espécies de prova vedada ou ilegal, cabe neste momento distinguí-las.

A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual, ou seja, sua produção ocorre de forma ilegítima, muito embora sua origem seja lícita.

Diferentemente, a prova ilícita entende-se como a prova colhida mediante infrações às normas ou princípios de direito material, sobretudo de direito constitucional, visto que a problemática da prova ilícita, como será tratado mais adiante, prende-se sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, liberdade e dignidade humana.

Desta forma, a principal diferença entre estas duas categorias de provas é, principalmente, em relação à origem, enquanto a semelhança decorre do fato de serem, em regra, vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Neste viés, Fernando Capez⁴³ resume prova ilegítima como sendo aquela prova vedada de afrontar a natureza processual. Ou seja, necessariamente a vedação decorrente dela ocorre dentro do processo.

A doutrinadora Teresa Deu⁴⁴, no mesmo sentido, define que a prova ilegítima nada mais é que “*uma violação ao direito processual.*”

E mais. A prova ilegítima é, consoante os ensinamentos de Silva e Silva⁴⁵:

“A prova ilegítima é aquela que contraria o ordenamento jurídico processual, sendo produzida no processo contrariando as normas contidas na legislação processual pertinente, seja quanto à forma, seja quanto ao momento processual oportuno a sua produção.”

Sendo assim, diferenciando as duas conceituações em poucas palavras, a prova ilegítima é aquela em que há colisão de uma norma de direito instrumental, ou seja, à sua produção no processo. Já a prova ilícita, é obtida quando houver afronta à norma de direito material, estando ligada diretamente ao meio e maneira pela qual foi colhida.

2.4. Provas ilícitas por derivação ou Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada

A prova ilícita por derivação é aquela que foi obtida de forma lícita, porém, retirada a partir de uma informação de prova colhida por meio ilícito.

⁴³ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 300.

⁴⁴ DEU, Teresa. A prova ilícita. Um estudo comparado 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.40.

⁴⁵ SILVA, Luiz Cláudio; SILVA, Franklyn Roger Alves. Manual de Processo e Prática Penal. 4ª ed. rev. e. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 222-223.

A título exemplificativo, é o caso de não ser admitida uma ação de busca e apreensão, formalmente lícita, derivada de uma escuta telefônica clandestina. Outra situação, por exemplo, é quando uma confissão é obtida mediante tortura, revelando o acusado onde se encontra o produto do crime, que vem a ser apreendido regularmente.

Cumprido saber, então, se estas provas, formalmente lícitas, porém derivadas de provas ilícitas, podem ser utilizadas em via processual, servindo inclusive para formar a convicção do magistrado.

Advinda da Suprema Corte Norte Americana, o princípio do *“the fruit of poisonus tree”*, conhecido como a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, trata da questão afirmando que se a prova, em caráter principal, for inconstitucional, sua prova derivada estará contaminada.

Mesmo a Constituição Federal de 1988 não tendo disposto sobre a questão da admissibilidade das provas derivadas, a doutrina e a jurisprudência pátria consideram a tese dominante de que é proibido o uso de provas obtidas por consequência daquelas vedadas pelo ordenamento.

Neste sentido, entendem-se como provas ilícitas por derivação, portanto, aquelas provas adquiridas em conformidade com o ordenamento jurídico e de forma lícita, porém a sua origem derivou de uma informação obtida de prova ilicitamente colhida; com isso, a prova lícita acaba se tornando imprópria e inadequada para ser utilizada no processo.

Tal entendimento se consubstancia no sentido de que a utilização no processo da prova derivada de prova ilícita *“poderia servir de expediente para contornar a vedação probatória: as partes poderiam sentir-se estimuladas a recorrer a expedientes ilícitos com o*

*objetivo de servirem-se de elementos de prova até então inatingíveis pelas vias legais.*⁴⁶”

Esta teoria, é, portanto, uma metáfora legal que faz comunicar o vício da ilicitude da prova obtida, com violação à regra de direito material a todas as demais provas produzidas a partir daquela.

A lógica da terminologia é a de que se a fonte da evidência (ou a própria evidência), ou seja, a "árvore" estiver contaminada, então tudo que for coletado (os "frutos") estará contaminado também, sendo o seu objetivo o de coibir as provas ilícitas por derivação, proibindo-as.

No entanto, esta não é uma teoria absoluta, cabendo duas hipóteses de exceção para a admissibilidade das provas obtidas a partir de atos ilícitos, a primeira é *“independent source”* - fonte independente, que ocorre se a relação entre a ação ilegal e a prova obtida for muito tênue; e a segunda é *“inevitable discovery”*- descoberta inevitável, que procede quando a prova decorrente da ilícita puder ser, inevitavelmente, descoberta por outro meio legal, já que um fato pode ser objeto de várias provas, sendo estas ainda independentes entre si.

E é exatamente sobre as exceções e condições em que a produção da prova ilícita é aceita no ordenamento jurídico pátrio que o foco deste estudo será passado, como será analisado no próximo capítulo.

⁴⁶ AVOLIO. Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 2ª ed, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 73.

Capítulo III: O Princípio da Proporcionalidade diante do conflito entre princípios constitucionais: Ponderação de interesses

Neste tópico, passa-se a abordar a respeito da ponderação de interesses, ou equilíbrio de interesses, que caracteriza-se por pesar e comparar interesses que se encontram em conflito, levando em consideração o caso concreto, a fim de resolver as controvérsias constitucionais.

O equilíbrio de interesses constitucionais tem como principal critério substantivo o princípio da dignidade humana, presente no artigo 1º, III, da CF⁴⁷, que representa o vértice axiológico da Constituição Federal, visto que o homem é o fim último da ordem constitucional, e não apenas um dos interesses da mesma. Toda ponderação, portanto, deve respeitar primeiramente a dignidade da pessoa humana.

Cumprido destacar que, havendo conflito de interesses constitucionais, deve-se valorizar o princípio que mais preservar a dignidade da pessoa humana no caso concreto.

E, apesar do princípio da unidade da Constituição conferir coesão ao ordenamento jurídico, não se pode negar a existência de tensões constitucionais, em virtude da diversidade de ditames, os quais, por vezes, chocam-se entre si, em determinadas situações.

⁴⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;

Nesse caso, não sendo possível ao intérprete harmonizar as normas constitucionais a concretizar, deverá este procurar a solução que menos restrinja a eficácia de cada uma das normas em conflito, em busca da otimização da tutela dos bens jurídicos protegidos.

Nas sociedades pluralistas e democráticas, como é o caso da sociedade brasileira, a diversidade de valores e ideias se insere na Constituição, que acaba por colher normas (regras e princípios) potencialmente divergentes, as quais podem entrar em conflito na solução de casos concretos.

Quando o embate ocorre entre princípios, não é possível harmonizá-los, devendo o intérprete utilizar o método da ponderação de interesses, mediante a aplicação do Princípio da Proporcionalidade, que será analisado mais precisamente no próximo tópico.

3.1. Origem histórica e fundamento legal do Princípio da Proporcionalidade

Uma vez exposta a vedação constitucional existente no ordenamento jurídico pátrio acerca da presença das provas ilícitas em litígios processuais, deve ser trazido também a visão sob o aspecto do Princípio da Proporcionalidade.

A transposição do Princípio da Proporcionalidade para o plano constitucional deve-se em boa parte ao papel do Tribunal Constitucional Alemão, devidos aos sucessivos pronunciamentos e expressões claramente associadas ao pensamento da proporcionalidade⁴⁸.

⁴⁸ Apud GUERRA FILHO, W. S. O. O princípio constitucional da proporcionalidade. Ensaios da teoria constitucional. Fortaleza, 1989, p. 72.

A concepção atual de proporcionalidade ainda adota o conceito do direito germânico, tendo em vista que no ordenamento jurídico brasileiro é visto assim como na Alemanha como sendo correspondente a *“uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados.”* Assim, *“para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessário não só a existência de normas para pautar essa atividade e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derrogar (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 assim⁴⁹.”*

Seguindo a tendência do direito alemão, para que o objetivo do Princípio da Proporcionalidade seja plenamente alcançado, é necessário esclarecer a sua decomposição, que é feita em três subprincípios, quais sejam: (i) adequação; (ii) necessidade ou exigibilidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito ou proibição do excesso.

De acordo com o subprincípio da adequação, a medida administrativa ou legislativa proveniente do Poder Público deve ser apta a atingir os fins que a inspiraram. Já o subprincípio da necessidade, determina a adoção da medida menos gravosa possível para atingir certo objetivo. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, aduz que o benefício trazido pela norma deve ser superior ao ônus imposto por ela⁵⁰.

⁴⁹ BverfGE 30, 316, Apud GUERRA FILHO, W. S. O Princípio constitucional da proporcionalidade. Ensaios de teoria constitucional. Fortaleza, 1989, p. 75.

⁵⁰ A respeito disso, bem explica Daniel Sarmiento, com a metáfora da balança: “Em uma lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança prender para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas se

Merece esclarecimento, então, que o Princípio da Proporcionalidade permite o sopesamento entre os princípios e os direitos fundamentais, no caso de conflito, proporcionando uma solução que respeite, ao máximo, todos os interesses envolvidos pelas partes processuais, as quais compõem o litígio.

O doutrinador e jurista Gilmar Ferreira Mendes aborda a ideia de que o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade possuem o mesmo significado, definindo-os da seguinte maneira:

“O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.”⁵¹

Tratando-se do ordenamento jurídico pátrio, o Princípio da Proporcionalidade, é, então, como já ilustrado pelo Ministro Gilmar Mendes, também conhecido como Princípio da Razoabilidade, e está implícito na Constituição Federal, tendo como sede material a cláusula do devido processo legal, amparada no artigo 5º, inciso LIV da CF⁵².

O Princípio do Devido Processo Legal é a base sobre a qual todos os outros princípios se sustentam, inclusive o Princípio da Proporcionalidade. Desta forma, pode-se deduzir que o Princípio do Devido Processo Legal permite o controle da razoabilidade das leis, bem como o Princípio da Proporcionalidade serve como justa medida para a atuação do Princípio do Devido Processo Legal, restringindo

ocorrer o contrário, patente será a sua inconstitucionalidade.” (SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. 1 ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmens Júris, 2003, p. 89).

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Saraiva, 2009, p. 142-143.

⁵² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

alguns direitos, na situação concreta.

Conclui-se, portanto, que o Princípio da Proporcionalidade é um importante instrumento para a manutenção da unidade axiológica da Constituição, através da sua capacidade de sopesar princípios e valores, objetivando encontrar uma solução para fato descrito.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também tem se utilizado e aplicado o Princípio da Proporcionalidade em casos concretos.

A Corte Suprema teve oportunidade de acolher a perspectiva teórica de Alexy quanto à proporcionalidade, que foi expressamente mencionada no voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, durante o julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.424-2/RS, conforme transcrito a seguir:

“A máxima da proporcionalidade, na expressão de Robert Alexy (Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main, 1986), coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo — tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental. A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.”

(STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524)

Ante o exposto, têm-se que, para solucionar determinado caso concreto apresentado, onde há uma evidente contrariedade entre princípios fundamentais, não existe dúvida que, ao analisar o relacionamento dialético entre os meios e os fins, conjugado com a funcionalidades dos três subprincípios da proporcionalidade, será conquistada uma solução adequada, necessária e proporcional para solução da contrariedade entre os valores em jogo.

3.2. A proibição da prova ilícita à luz do Princípio da Proporcionalidade

Na visão constitucionalista, o Princípio da Proporcionalidade acabou se tornando consubstancial à ideia de Estado de Direito diante da sua íntima e direta ligação aos direitos fundamentais.

Neste sentido, José Eduardo Suppioni de Aguirre expõe que:

“Uma primeira reflexão faz-se necessária a respeito de quais os valores que podem ser postos em confronto, e, por conseguinte, serem tomados como parâmetros seguros para a aplicação da teoria da proporcionalidade. A preocupação se justifica na aplicação do princípio em nível judicial. Como, por exemplo, contrapor determinados valores e interesses colocados na mesma categoria constitucional? Seria o interesse ligado ao valor verdade processual-convencimento do juiz mais importante que o interesse ligado ao valor privacidade? Como delimitar a adequação e a exigibilidade num sistema que veda a produção de provas ilícitas?”⁵³

Considerando o fato do Princípio da Proporcionalidade estar implícito na Constituição, como solucionador de conflitos principiológicos, imprescindível se faz demonstrar a sua aplicabilidade em relação às provas ilícitas.

⁵³ AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. Aplicação ao Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2005, p. 239.

Na verdade, a ponderação deve ser feita diante das circunstâncias *in casu*, entre o direito que seria realizado através da prova e o direito da personalidade que foi por ela desconsiderado. Por isso, para que haja eventual admissão da prova ilícita nos autos, deve-se sopesar um interesse específico com outro interesse específico contraposto, e não com a sua generalização.

Como já analisado, a possibilidade de produzir provas em um processo judicial é uma garantia constitucional conferida a todos os litigantes. Entretanto, deve-se ter em mente que tal garantia comporta limites, em razão da existência de outras garantias que também carecem de proteção, tendo o constituinte impedido a utilização das provas a que denominou de ilícitas.

Ainda assim, a doutrina moderna aceita a tese do abrandamento da proibição da prova ilícita somente em casos excepcionais, que poderá ocorrer à luz do Princípio da Proporcionalidade.

Nessa toada, a prova ilicitamente obtida tem sido alvo de grandes discussões jurisprudenciais e doutrinárias, prevalecendo o entendimento de que o juiz não deva considerá-las, tendo em vista a vedação constitucional existente, as quais serão estudadas no capítulo a seguir.

Capítulo IV: Possibilidade de produção de provas ilícitas no Direito Processual Civil brasileiro diante da verdade dos fatos

Dentro do tema das provas ilícitas, é indispensável verificar os principais argumentos favoráveis e contrários à sua admissão no Processo Civil, bem como da validade que os mesmos possam ter perante a atual configuração legislativa, doutrinária e jurisprudencial.

4.1. Posições favoráveis e contrárias

O argumento mais utilizado para justificar a admissibilidade da prova ilícita é o de que não haveria vedação expressa, circunstância que, aliada à taxatividade das nulidades processuais, tornaria obrigatória a admissão de todas as provas ilícitas, desde que pertinentes e relevantes.

Como se ressaltou anteriormente, a prova ilícita é entendida como uma violação de normas de direito material. No entanto, são as normas processuais que determinam se as provas são admissíveis ou não.

Em razão da autonomia do direito processual em face do direito material, se uma determinada violação de norma na obtenção da prova não estava prevista como causa de exclusão da prova pelas regras procedimentais, então o elemento de prova respectivo deveria permanecer no processo.

Desta forma, seria necessário apenas considerar a pertinência e relevância da prova. Neste sentido, Franco Cordero entende que para verificar a admissibilidade de uma prova no processo, o fundamental é observar se sua introdução é consentida em abstrato pela lei processual, não importando os meios que foram utilizados para sua

obtenção⁵⁴.

Gian Granco Ricci, por sua vez, entende que no caso de se referir à atividade material anterior à produção do documento em juízo, a ilicitude não tem relevo e a prova conserva todo o seu valor. Segundo o autor, isso significa que a prova pré-constituída que tenha chegado às mãos da parte de modo ilícito terá eficácia normal de prova plena, da mesma forma que teria se tudo se houvesse desenvolvido em modo regular, e não de simples indícios⁵⁵.

Podem-se encontrar, ainda, outros argumentos a favor da admissibilidade das provas ilícitas.

O dever das partes de dizer a verdade, no Processo Civil, como dito acima, tornaria obrigatória a admissão das provas ilícitas que visassem a demonstrar a falsidade de uma alegação, buscando-se a verdade substancial a qualquer custo.

Além disso, o interesse na descoberta da verdade e a celeridade processual também justificam a admissão de todos os meios capazes de proporcionar maior certeza, o que consequentemente, iria conceder maior celeridade ao julgamento e desfecho do litígio.

No Brasil, todavia, a própria vedação das provas ilícitas é uma garantia constitucional de modo que, em princípio, qualquer violação de direito material tornaria a prova ilícita e, por conseguinte, inadmissível.

⁵⁴ CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*, Milano: Giuffré, 1963, p. 163.

⁵⁵ RICCI, Gian Franco. Le prove illecite nel processo civile. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*. 1987, p. 70.

A ausência de vedação, existente em outros países, portanto, não pode ser alegada no Brasil como motivo para a aceitabilidade de provas ilícitas depois do advento da Constituição Federal de 1988, que as proscreeu de maneira expressa, como já visto.

Em razão dessa vedação constitucional, assim como legal explícita, não se pode mais aceitar a defesa da admissibilidade da prova ilícita pura e simplesmente.

Somente é concebível a admissão de uma prova manifestamente ilícita se a sua ilicitude for meramente aparente, seja porque não houve violação do direito material, ou porque o agente agiu albergado por alguma excludente de ilicitude, ou até mesmo se existir um conflito entre bens jurídicos no caso concreto que permita a aplicação da proporcionalidade para admitir o aproveitamento das provas ilícitas.

No entanto, Luis Galvez Muñoz lembra que quase todos os países que acolhem a proibição de admissão no processo das provas conseguidas de modo inconstitucional se viram necessariamente obrigados a admitir exceções.

Para o autor, de uma ou de outra forma, e com um alcance menor ou maior, foi necessário em determinados países admitir a aplicação condicionada da regra de exclusão, a fim de preservar alguns valores dignos de proteção. Em umas ocasiões, a regra já nasceu revestida de matizes e exceções, como um compromisso entre a defesa dos direitos fundamentais e a obtenção da verdade processual, mas em outras foi o passar do tempo e o contraste com a realidade que a acabou flexibilizando⁵⁶.

⁵⁶ MUÑOZ, Luis Galvez. *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*. Navarra: Arazandi, 2003, p. 194. Apud MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil* v. 5 Tomo I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 367.

A flexibilização da admissibilidade da prova também decorre da circunstância de que a escolha entre admissibilidade e inadmissibilidade como consequência de um ilícito não permite uma correta graduação das consequências de acordo com suas características, em especial, a sua gravidade.

Não há espaço para circunstâncias agravantes ou atenuantes, de modo que a violação de um direito quando da obtenção da prova pode ser desmesuradamente castigada com a improcedência da ação, o que para o Autor de determinada ação ajuizada, é o fim da tentativa de exercer o seu direito.

Acerca das posições contrárias à admissibilidade de prova ilícita, Allorio, que é, segundo Ricci, o mais severo defensor da ineficácia da prova ilicitamente admitida, considera que o livre convencimento do juiz se aplica somente às provas adquiridas no pleno respeito da legalidade e não àquelas que, se fosse dada a devida observância à lei, não teriam nunca sido adquiridas⁵⁷. Seus argumentos são embasados na supremacia da norma constitucional e do perigo de relativizar a interpretação e a aplicação dos direitos e garantias fundamentais.

Antes da Constituição de 1988, o STF já se pronunciava a respeito da inadmissibilidade das provas ilícitas, em acórdão (RE 85.439/RJ, Segunda Turma, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, julgado em 11.11.1977) cujo julgamento obteve a seguinte ementa:

“PROVA CIVIL. GRAVAÇÃO MAGNÉTICA, FEITA CLANDESTINAMENTE PELO MARIDO, DE LIGAÇÕES TELEFÔNICAS DA MULHER. INADMISSIBILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO EM PROCESSO JUDICIAL, POR NÃO SER MEIO LEGAL NEM MORALMENTE LEGÍTIMO (ART. 332 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO).”⁵⁸

⁵⁷ RICCI, Gian Franco. Le prove illecite nel processo civile. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*. 1987, p. 40.

⁵⁸ RE 85.439/RJ, Segunda Turma, relator ministro Xavier de Albuquerque, julgado em 11.11.1977.

Em seu breve voto o Ministro Xavier de Albuquerque declarou:

“Tenho como patente, por outro lado, à luz do que dispõem a respeito o Código Penal e o Código Brasileiro de Telecomunicações, a ilegalidade do meio probatório de que se valeu, até aqui com a aquiescência das instâncias ordinárias, o recorrido, meio que também não pode ser considerado moralmente legítimo, por mais progressistas e elásticos que sejam os padrões de moralidade que se possa utilizar.”

No Brasil, depois da Constituição de 1988, a inadmissibilidade passou a ser dispositivo expresso, de forma que alguns defendem a aplicabilidade literal da norma constitucional que veda a admissão das provas ilícitas.

No entanto, a maioria dos autores e doutrinadores brasileiros admite alguma forma de temperamento da regra, em que pese a jurisprudência nacional não acompanhe a doutrina moderna.

Dessa forma, no atual estágio da ciência jurídica, existem muito mais posições a favor da possibilidade da prova ilícita, do que contra.

4.2. Estudo de casos: Análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

A respeito do assunto, vale observar a lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁵⁹:

“Para que o juiz possa concluir se é justificável o uso da prova, ele necessariamente deverá estabelecer uma prevalência axiológica de um dos bens em vista do outro, de acordo com os valores do seu momento histórico e diante das circunstâncias do caso concreto. Não se trata – perceba-se

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme e out. *Manual do Processo de conhecimento*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 322.

bem – de estabelecer uma valoração abstrata dos bens em jogo, já que os bens têm pesos que variam de acordo com as diferentes situações concretas. O princípio da proporcionalidade (...) exige uma ponderação dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o peso que é conferido ao bem respectivo na respectiva situação”.

Isso significa que o juiz não pode estabelecer um padrão de como irá julgar os casos conflituosos, mas sim que julgará cada caso como único e incomparável, avaliando as especificidades que a situação conflituosa lhe apresentar.

Nos sistemas jurídicos em geral, os valores por eles protegidos encontram-se escalonados, conforme o grau de importância atribuído aos mesmos pela sociedade.

A materialização dos valores e direitos que se mostram mais importantes, em casos específicos, pode-se dar através da aceitabilidade processual de provas colhidas por meios ilícitos. Tais provas seriam consideradas ilícitas, caso fosse utilizada uma avaliação meramente formal da ilicitude. Mas, aplicando-se o Princípio da Proporcionalidade, essas provas podem ser aceitas no processo, em determinado e pontual caso concreto.

Assim, muitas vezes a interpretação restritiva da norma não é a mais adequada para se atender aos direitos em conflito no processo.

Com efeito, a doutrina moderna tem interpretado o art. 5º, inciso LVI, da Carta Magna à luz do Princípio da Proporcionalidade, a fim de que seja amenizado o rigor de tal norma, sendo que tal princípio deverá estabelecer os interesses veiculados no processo, as prioridades, a necessidade, a adequação, bem como a prática da menor restrição para atingir o objetivo da justiça.

A jurisprudência nacional ainda diverge bastante a respeito desse tema, mas já existem muitas decisões fundamentadas no Princípio da Proporcionalidade, como se pode observar do trecho abaixo, extraído de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, num mandado de segurança, que teve como relator o Ministro Cezar Peluso⁶⁰:

"Uma das hipóteses exemplares de interesse público ou social, capaz de justificar, quando menos por inconveniência perceptivelmente grave, limitação ou atenuação do caráter público dos atos do Poder Judiciário, está na exigência de resguardo de direitos e garantias individuais, tutelados pela mesma Constituição da República. Daí vem que, como expressões típicas de interesse público ou social transcendente, a inviolabilidade constitucional da intimidade, da vida privada e das comunicações do impetrante (art. 5º, X e XII, da Constituição da República) - a qual só cede a fato excepcional, em nome doutro interesse público, quando não haja meios alternativos de investigação, mas observadas sempre as regras legais e na estrita medida da necessidade concreta (proporcionalidade de expediente restritivo de direito fundamental) - se propõe como barreira intransponível aos poderes de investigação e à publicidade dos atos judiciais e, conseqüentemente, das Comissões Parlamentares de Inquérito, por força do disposto no artigo 58, § 3º, c.c. artigo 93, IX, da Constituição Federal".

Nessa linha de entendimento, o Supremo Tribunal Federal admitiu que a administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, pode, de forma excepcional, interceptar correspondência remetida aos apenados, já que a inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

Desse modo, o princípio da proibição da prova ilícita e o direito à intimidade cederão, no caso concreto, prevalecendo o valor da segurança pública, como se pode observar da ementa colacionada abaixo⁶¹:

⁶⁰ Mandado de Segurança nº 25716MC/DF, DJ 16/12/2005. Relator Min. Cezar Peluso.

⁶¹ HC 70814 / SP – São Paulo, DJ 24-06-1994. 1ª Turma do STF. Relator Min. Celso de Mello.

“E M E N T A: HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO – OBSERVÂNCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO. - A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contém a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei. - A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal. - A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus.”

Com isso, conclui-se que, diante dos interesses em jogo, prevalece o social, devendo ser guindado a um segundo plano o de cunho individual, recebendo-se e considerando-se a gravação clandestina, com esteio no Princípio da Proporcionalidade que se desdobra nas máximas da necessidade e adequação que se postam no campo das possibilidades fáticas e da lei da ponderação que representa o campo das possibilidades jurídicas.

Destarte, a prova ilícita, que é, em regra, proibida no juízo cível, poderá nele ser admitida, a partir da aplicação do Princípio da Proporcionalidade, se o bem jurídico a ser protegido superar a privacidade, justificando o sacrifício desta, o que vai depender manifestamente do caso concreto, ou seja, da hipótese elencada nos autos.

O que deve-se frisar é que a prova ilícita somente será admitida, se o bem jurídico tutelado superar uma violação à intimidade ou privacidade ocorrida, dentre outras.

O entendimento da jurisprudência brasileira tem seguido a linha do entendimento doutrinário, pugnando pela necessidade de se levar em conta os bens conflitantes no caso concreto sempre à luz do princípio da proporcionalidade. Este posicionamento é corroborado pelo julgado abaixo:

*“Constitucional e Processual Penal. “Habeas Corpus”. Escuta Telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. **O inciso LVI do artigo 5º da Constituição, que fala que ‘são inadmissíveis...as provas obtidas por meio ilícito’, não tem conotação absoluta.** Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. **A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da ‘atualização constitucional’, base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa.** A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da ‘razoabilidade’. O ‘princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas’ também lá pede temperamentos⁶²”.*

Outrossim, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, os arestos mais recentes aprimoram as situações excessivas em que há a aceitabilidade da prova ilícita, como exposto na ementa abaixo:

“APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA PENAL ESTIPULADA EM CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES, SENDO DEFESO A CONTRATAÇÃO DE QUALQUER PROFISSIONAL DESTES ESCRITÓRIO OU DE ESCRITÓRIO EM QUE ESTE VENHA OU ESTEJA TRABALHANDO, DURANTE O PERÍODO DE VIGÊNCIA DESTES CONTRATOS E TRÊS ANOS APÓS A RESCISÃO DO

⁶² HC nº 3982/RJ, STJ, 6ª T., Rel. Min. Adhemar Maciel, D.J. 26.02.96, denegada a ordem, por unanimidade.

MESMO. GRAVAÇÃO AMBIENTAL DEVIDAMENTE RECONHECIDA COMO PROVA ILÍCITA, DIANTE DA VIOLAÇÃO À INTIMIDADE DA OCASIÃO, SENDO A CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA ADQUIRIDA E FORNECIDA POR UM DOS INTERLOCUTORES CONSIDERADA LICITA. ATENÇÃO AO INCISO XII DO ARTIGO 5º DA CF E DO ARTIGO 332 DO CPC. POSICIONAMENTO DO STF (JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM AG REG. 630944/BA). EQUILÍBRIO CONTRATUAL ENTRE AS PARTES CONTRATANTES, SENDO OBSERVADA A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. LIBERDADE DE CONTRATAÇÃO QUE SOFRE MITIGAÇÃO EM CONTRAPONTO À CLÁUSULA PENAL ESTIPULADA PELAS PARTES. DANO MORAL. CONQUANTO A PESSOA JURÍDICA NÃO POSSUA O SUBSTRATO PSICOLÓGICO INERENTE ÀS PESSOAS NATURAIS, PODE POSTULAR INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL (ENUNCIADO N. 227 DA SÚMULA STJ), QUANDO AFETADA EM SUA HONRA OBJETIVA, CAUSANDO-LHE DESCRÉDITO PERANTE TERCEIROS E AFETANDO O SEU BOM NOME NO MUNDO CIVIL E COMERCIAL EM QUE ATUA, O QUE IN CASU, RESTOU PROVADO. RECURSO DO PRIMEIRO APELANTE QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO, COM BASE NO ARTIGO 557 § 1º A DO CPC PARA FIXAR O DANO MORAL EM 10% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO POR DANO MATERIAL, EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CONDENAÇÃO DO RÉU ORA SEGUNDO APELANTE AS CUSTAS E HONORÁRIOS DE SUCUMBENCIA EM 10% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. ENUNCIADO Nº 326 DA SÚMULA DO STJ “NA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL, A CONDENAÇÃO EM MONTANTE INFERIOR AO POSTULADO NA INICIAL NÃO IMPLICA SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA” E AO ENUNCIADO N. 105 DA SÚMULA DO TJRJ “A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL, FIXADA EM VALOR INFERIOR AO REQUERIDO, NÃO IMPLICA, NECESSARIAMENTE, EM SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA”. RECURSO DO SEGUNDO APELANTE QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM BASE NO ARTIGO 557 CAPUT DO CPC.”⁶³

A ementa do acórdão citado acima, traz a hipótese em que foi apresentada uma “gravação ambiental”, que, pela leitura do artigo 5º, inciso XII da CF⁶⁴, é considerada prova ilícita. No entanto, diante do

⁶³ TJRJ – Apelação nº 0375355-18.2012.8.19.0001, Des. Rel. GUARACI DE CAMPOS VIANNA, 19ª Câmara Cível, j. 03.02.2015.

⁶⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

posicionamento do STJ no Ag. Reg. 630944/BA⁶⁵, é considerada lícita.

O Agravo Regimental destacado na decisão supracitada menciona que a correspondência eletrônica, quando esta for própria, ou seja, fornecida por um dos interlocutores, não é prova adquirida ilicitamente, afastando qualquer ofensa ou violação ao inciso XII do artigo 5º da CF.

Este é o posicionamento do STF, como bem decidiu o Relator Ministro Cezar Peluso, 2ª Turma, no julgamento do Agravo Regimental do Recurso Extraordinário citado, afirmando que a prova pode ser considerada clandestina, mas não ilícita, pois é situação diferenciada, uma vez que a pessoa que forneceu a conversa, dela participou.

Em outro julgado, este elaborado pelo Des. Relator Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, da 3ª Câmara Cível do TJRJ, o mesmo também foi a favor do não acolhimento da preliminar de nulidade do processo por violação diante da utilização de prova ilícita por derivação, segundo o recorrente e apontando que trata-se apenas de mero incorformismo do Réu com o posicionamento do Ministério Público, nada tendo a ver com ilicitude probatória:

*“ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPUTAÇÃO DE UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE VIATURAS POLICIAIS PELO DELEGADO DE POLÍCIA, DE USO DO AUDITÓRIO DA DELEGACIA DE POLÍCIA PARA MINISTRAR AULAS PARTICULARES E DE PERSEGUIÇÃO DOS SERVIDORES QUE FORMULARAM A DENÚNCIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **PRELIMINAR DE NULIDADE DO***

⁶⁵ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. UTILIZAÇÃO EM PROCESSO JUDICIAL. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. CONTROVÉRSIA REFERENTE À NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA. ALEGAÇÃO DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA. 1. É lícita a prova produzida a partir de gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, quando não existir causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. 2. Não caracteriza cerceamento de defesa a decisão que, motivadamente, indefere determinada diligência probatória. Precedentes: Als 382.214, da relatoria do ministro Celso de Mello; e 144.548-AgR, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence. Agravo regimental desprovido.

PROCESSO POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO PROMOTOR NATURAL, DA IGUALDADE SUBSTANCIAL E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, BEM COMO PELA UTILIZAÇÃO DE PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO, FORMULADA EM CONTRARRAZÕES. NULIDADE INEXISTENTE. MERO INCONFORMISMO DO RÉU COM O POSICIONAMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

INTERESSES DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS QUE FORMULARAM A DENÚNCIA PELOS ATOS DE IMPROBIDADE QUE NÃO MERECE SER PERQUIRIDO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL QUE SOMENTE OCORRE QUANDO HÁ LESÃO AO EXERCÍCIO PLENO E INDEPENDENTE DAS ATRIBUIÇÕES DO REPRESENTANTE MINISTERIAL. INOCORRÊNCIA. RÉU QUE NÃO CONSEGUIU DEMONSTRAR QUALQUER DETURPAÇÃO NA MARCHA REGULAR DO PROCESSO APTA A FUNDAMENTAR A ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, À IGUALDADE SUBSTANCIAL E, EM CONSEQUÊNCIA DESSAS VULNERAÇÕES, À PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO. ESTRITA OBSERVÂNCIA DO RITO PROCESSUAL E DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, PREVISTO NO ART. 5º, LIV DA CRFB, ASSIM COMO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO (ART. 5º, LV, CRFB), ASSIM SE ALCANÇANDO A JUSTIÇA SUBSTANCIAL, QUE GUARDA ESTREITA RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA COM A JUSTIÇA PROCESSUAL. PRELIMINAR QUE SE REJEITA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE É INSTRUMENTO IDÔNEO DE CONTROLE JUDICIAL VISANDO À CONSERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. ATO DO RÉU DE UTILIZAR A VIATURA POLICIAL PARA DESLOCAR-SE ATÉ SUA RESIDÊNCIA, EM GUARAPARÍ, ESPÍRITO SANTO, QUE RESTOU PARCIALMENTE COMPROVADO. CONFISSÃO PARCIAL DO RÉU. ART. 334, I, CPC. MINISTÉRIO PÚBLICO QUE APONTAVA QUE O TRAJETO FOI REALIZADO DIVERSAS VEZES, MAS DELINEOU-SE NOS AUTOS A COMPROVAÇÃO DE SUA OCORRÊNCIA EM DUAS OCASIÕES. DEMONSTRAÇÃO DE QUE O RÉU UTILIZAVA A VIATURA COM FREQUÊNCIA, PORÉM, PARA DESLOCAR-SE PARA MUNICÍPIOS VIZINHOS, COM VISTAS A MINISTRAR AULAS EM CURSOS PREPARATÓRIOS PARA CONCURSO PÚBLICO E PARA TER ACESSO À RODOVIÁRIA, DE ONDE SEGUIA DE ÔNIBUS PARA SUA RESIDÊNCIA. RESOLUÇÃO DA SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA (Nº 252 DE 07 DE AGOSTO DE 1978) QUE VEDA A UTILIZAÇÃO DOS VEÍCULOS OFICIAIS PARA FINS NÃO RELACIONADOS COM O SERVIÇO PÚBLICO. CLARA UTILIZAÇÃO DA VIATURA POLICIAL PARA FINS PARTICULARES, COM PERCEBIMENTO DE VANTAGEM PATRIMONIAL INDEVIDA EM RAZÃO DO EXERCÍCIO DO CARGO (ART. 9º, LEI 8.429/1992), COM LESÃO AO ERÁRIO (ART. 10, LEI 8.429/1992) E VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 11, LEI 8.429/1992). CONDUTA IMPROBA. PRECEDENTE

DO STJ. DOLO QUE SE MOSTRA EVIDENTE. RÉU QUE POSSUIU VONTADE CONSCIENTE DE USUFRUIR DO PATRIMÔNIO PÚBLICO COM VISTAS A RECEBER VANTAGEM PESSOAL MEDIANTE DESLOCAMENTO GRATUITO COM A VIATURA POLICIAL, AO INVÉS DE DESLOCAR-SE COM O USO DE SEUS PRÓPRIOS RECURSOS, SEJA EM AUTOMÓVEL PARTICULAR, TAXI OU TRANSPORTE COLETIVO. DOLO GENÉRICO QUE SE MOSTRA SUFICIENTE PARA CONFIGURAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES DO STJ. SEGUNDO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONSISTENTE NA CONDUTA DE MINISTRAR AULAS REMUNERADAS NO AUDITÓRIO DA DELEGACIA QUE NÃO FOI COMPROVADO. PROVA COLHIDA NOS AUTOS QUE DELINEOU A UTILIZAÇÃO DO ESPAÇO FÍSICO DA DELEGACIA DE POLÍCIA PARA QUE O RÉU MINISTRASSE AULAS PARA A COMUNIDADE, NÃO HAVENDO DEMONSTRAÇÃO SEGURA DE QUE AS MESMAS ERAM REMUNERADAS. AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA NECESSÁRIOS A JUSTIFICAR A APLICAÇÃO DAS PENAS DA LEI DE IMPROBIDADE. MERA IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA, APTA A PERMITIR PUNIÇÃO, EM TESE, NAQUELA SEARA. PRECEDENTE DO STJ. TERCEIRO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA IMPUTADO AO RÉU QUE IGUALMENTE NÃO FOI DEMONSTRADO. APONTADO ABUSO DE PODER DO RÉU AO INSTAURAR SINDICÂNCIAS CONTRA OS SERVIDORES QUE O DENUNCIARAM. AUSÊNCIA DE DOLO DE RETALIAÇÃO DO RÉU AO INSTAURAR OS REFERIDOS PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES. PROVA TESTEMUNHAL QUE APONTOU DIVERSOS DESVIOS DE CONDUTAS DOS ENTÃO DENUNCIANTES. PERSEGUIÇÃO QUE, MESMO QUE COMPROVADA, CONFIGURARIA DESVIO FUNCIONAL. PUNIÇÃO CABÍVEL APENAS EM SEDE ADMINISTRATIVA, NÃO TENDO GRAVIDADE SUFICIENTE PARA SE REVESTIR DE ATO DE IMPROBIDADE. ARBITRAMENTO DA PENALIDADE. DANO AO ERÁRIO QUE SERIA DE DIFÍCIL, SENÃO IMPOSSÍVEL APURAÇÃO, TENDO EM VISTA QUE NÃO SE PODE APURAR A DISTÂNCIA INDEVIDAMENTE PERCORRIDA PELA VIATURA POLICIAL SOB O COMANDO DO RÉU. BAIXO GRAU DE REPROVAÇÃO DA CONDUTA. APLICAÇÃO AO RÉU DA PENA DE MULTA CIVIL SOBRE O VALOR DE SUA REMUNERAÇÃO, PELA VIOLAÇÃO AO ART. 11, LEI 8.429/92. ARBITRAMENTO QUE DEVE LEVAR EM CONTA O DANO CAUSADO, CONSIDERANDO-SE TAMBÉM O POTENCIAL DE EXEMPLARIDADE NEGATIVA INERENTE À CONDUTA PERPETRADA. TAMBÉM, POR SEU CARÁTER PEDAGÓGICO, DEVE SERVIR A MULTA DE EXEMPLO, PARA COIBIR A PRÁTICA DE ATOS FUTUROS, SIMILARES AOS QUE EMBASARAM A CONDENAÇÃO. ARBITRAMENTO DA MULTA CIVIL EM VALOR EQUIVALENTE A 01 (UMA) VEZ A ÚLTIMA REMUNERAÇÃO PERCEBIDA PELA RÉU. ARBITRAMENTO EQUILIBRADO E EM HARMONIA COM O

ART. 12, III, DA LEI 8.429/92. OBSERVÂNCIA DA PROPORCIONALIDADE E DA NECESSÁRIA REPROVAÇÃO DA CONDUTA EM ANÁLISE. PRECEDENTES DO STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO DE CONDENAÇÃO EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CRITÉRIO DA SIMETRIA. RECURSOS AOS QUAIS SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.⁶⁶

Por fim, segue mais um importante aresto do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em que, é aceito como meio de prova uma gravação de conversa entre as partes:

“O presente recurso cinge-se a apreciar a decisão que rejeitou a utilização da gravação telefônica como meio de prova pela agravante. Cumpre pontuar que, a prova ilicitamente obtida fere direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal, além de outras garantias definidas em normas infraconstitucionais, capazes de violar direitos como a integridade física, a propriedade, inviolabilidade do domicílio, sigilo da correspondência e da comunicação telefônica. No entanto, os direitos fundamentais vinculados à intimidade e à dignidade da pessoa humana encontram ampla proteção nas demandas cíveis, especialmente nas causas familistas, que são confrontados na suposição de proteção de um valor maior, permitindo quebrar o sigilo e o uso de provas obtidas de forma incomum, mas ponderáveis pelo princípio da proporcionalidade. Assiste razão a agravante quando afirma que rejeitar a gravação da conversa procedida por sua irmã como meio de prova, é colidir com outros direitos fundamentais, pois o abrandamento da proibição da prova ilícita em casos excepcionais para tutelar direitos constitucionais proporcionalmente mais valorados deve prevalecer, já que a essência da questão está em encontrar o equilíbrio entre os dois valores contrapostos. Sendo a gravação em questão o único meio de prova possível e não sendo o seu conteúdo algo que atinja a dignidade, a honra do agravado, mas sim, ao contrário, se verdade a afirmação da agravante, demonstra atitude ilícita do agravado, em pretender subtrair bem do patrimônio comum em benefício próprio e não se pode proteger sua privacidade, sob pena de proteger a torpeza, a ilicitude. Aliás, se o agravado não quer que seja ouvida a gravação é porque tem certeza de que o conteúdo é a respeito do assunto. Desta forma, ainda que obtida de modo involuntário a gravação telefônica, neste caso, deve ser utilizada como meio de prova, tendo em vista ser este o único meio que a agravante teria de provar que o referido imóvel teria sido adquirido pelo casal na constância da união. Inadmissível seria o dolo, a malícia, a torpeza na captação da prova, que é o que, aliás,

⁶⁶ TJRJ – Apelação nº 0000054-07.2005.8.19.0027, Des. Rel. LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO, 3ª Câmara Cível, j. 29.07.2014.

*está proibido em linhas gerais no artigo 332 do CPC. No caso em questão não foram estes os meios utilizados para a aquisição da prova. Além disso, um direito não pode servir para encobrir uma ilicitude, sendo função do juiz dar valor ao conteúdo da prova e não ao modo como ela foi obtida, ainda que violado algum direito registrado em lei. **Logo, neste caso, se o juízo afastar a gravação telefônica como meio de prova, terminará afetando direito protegido pela ordem constitucional e pela dignidade da pessoa humana. Não me parece, na hipótese, poderando os valores garantidos constitucionalmente, que a melhor solução, seja proteger o interesse do agravado em prejudicar sua ex-companheira. Por estas razões, dou provimento monocrático ao recurso nos termos do art. 557, § 1º-A do CPC, para que seja aceita como meio de prova, a gravação da conversa em questão.***⁶⁷

Esclarece o presente julgado que os direitos fundamentais vinculados à intimidade e à dignidade da pessoa humana encontram ampla proteção nas demandas cíveis, especialmente nas causas familistas, permitindo quebrar o sigilo e o uso de provas obtidas de forma incomum, de forma ponderável pelo princípio da proporcionalidade.

É de saltar aos olhos este julgado, pois, em que pese haja a vedação constitucional explícita à prova ilícita, nas sábias palavras do Des. Relator Marcos Alcino de Azevedo, “sendo a gravação em questão o único meio de prova possível e não sendo o seu conteúdo algo que atinja a dignidade, a honra do agravado, mas sim, ao contrário, se verdade a afirmação da agravante, demonstra atitude ilícita do agravado, em pretender subtrair bem do patrimônio comum em benefício próprio.”

Destarte, atualmente, a doutrina e a jurisprudência dominante no Brasil, sobretudo no STJ e TJRJ, buscam temperar o caso fático à luz do entendimento da aplicação do Princípio da Proporcionalidade, pois, deve-se observar em casos extremos, qual direito deve prevalecer

⁶⁷ TJRJ – Agravo de Instrumento nº 0033980-50.2011.8.19.0000, Des. Rel. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES, 19ª Câmara Cível, j. 26.12.2011.

para que melhor se preserve a dignidade da pessoa humana.

Com efeito, a proibição da prova ilícita não é absoluta, podendo ceder quando em colisão com outro direito fundamental de maior peso, como foi demonstrado através dos arestos citados.

Ante o exposto, de acordo com os valores tutelados pela sociedade atual, a regra, no Processo Civil, deve ser a inadmissibilidade das provas ilícitas, que só excepcionalmente deverão ser admitidas em juízo se, pela análise do caso concreto, não houver outro meio de tutelar direito fundamental que sobreleva-se à sua proibição.

Síntese conclusiva

O presente estudo objetivou enfocar o Princípio da Proporcionalidade como instrumento hábil a permitir a utilização da prova ilícita no Processo Civil.

Segundo este princípio, ao se verificar um conflito entre garantias constitucionais, dever ser feita uma ponderação sobre qual interesse deve prevalecer na análise do caso concreto.

Sendo assim, em casos extremos, é possível a admissão da prova ilícita no Direito Processual Civil, com as devidas ressalvas, por meio do Princípio da Proporcionalidade.

Nota-se que, pela análise doutrinária e jurisprudencial, o referido princípio está sendo invocado atualmente como fundamental solucionador de conflitos principiológicos, de forma que, através dele, analisa-se no caso concreto qual direito deve se sobrepor em relação ao outro para melhor garantir a dignidade da pessoa humana em jogo.

Importante ressaltar que essa admissibilidade só deve ocorrer em casos excepcionais e está altamente condicionada à necessidade da parte, devido à clara violação de outro direito, muito mais relevante para o caso, que, por não possuir outro meio de prova, pode tornar admissível a sua conduta.

Outrossim, faz-se importante analisar a imprescindibilidade da prova em questão. Portanto, procurou-se salientar que a vedação à prova ilícita não é absoluta, como não o é nenhum princípio constitucional.

A análise da aceitação da prova ilícita deve ser feita com base no Princípio da Proporcionalidade, e tal princípio, conforme demonstrado, tem sido considerado o meio idôneo a equacionar os conflitos entre princípios constitucionais, podendo permitir no caso concreto que um determinado princípio, por ter prevalecido na ponderação de interesses, afaste a proibição da prova ilícita e, assim, esta seja utilizada no processo.

Desta forma, a prova, a princípio considerada ilícita, excepcionalmente, poderá ser admitida no Processo Civil, e utilizada, tanto pelo Autor, quanto pelo Réu, desde que analisada à luz do Princípio da Proporcionalidade, ponderando-se os interesses em jogo na busca da justiça para o caso concreto, como demonstrado nos julgados mencionados neste estudo.

Referências Bibliográficas:

AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. **Aplicação ao Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2005.

AVOLIO. Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 2ª ed, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BENTHAM, Jeremy. **Tratadi de las pruebas judiciales**, v. 1. Buenos Aires. Ejea. 1971, p. 19 apud: SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil. Volume I**. 5ª edição revista e atualizada. São Paulo. R. T. Editora. 2000.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Wagner Veneziani e out. **Dicionário jurídico**, São Paulo: Madras, 2003.

DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita: um estudo comparado**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 6ª ed. Salvador: Juspodium, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**, volume 2, São Paulo, Saraiva, 1997.

GUERRA FILHO, W. S. O. **O princípio constitucional da proporcionalidade. Ensaio da teoria constitucional**. Fortaleza, 1989.

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

LUNARDI, Fabrício Castagna. **Curso de Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. **A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme e out. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Saraiva, 2009.

MUÑOZ, Luis Galvez. **La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales**. Navarra: Arazandi, 2003, p. 194. Apud MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil** v. 5 Tomo I. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RICCI, Gian Franco. **Le prove illecite nel processo civile**. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*. 1987.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 1 v. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 14.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de direito processual civil**. 36ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Agravo de Instrumento nº 0048199-58.2017.8.19.0000 - RELATORA: DES. NATACHA NASCIMENTO GOMES TOSTES GONÇALVES DE OLIVEIRA - 26ª CÂMARA CÍVEL DO CONSUMIDOR TJ.RJ - DJ-e: 21/09/2017.

Mandado de Segurança nº 25716MC/DF, DJ 16/12/2005. Relator Min. Cezar Peluso.

STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004.

TJRJ – Apelação nº 0375355-18.2012.8.19.0001, Des. Rel. GUARACI DE CAMPOS VIANNA, 19ª Câmara Cível, j. 03.02.2015.

TJRJ – Apelação nº 0000054-07.2005.8.19.0027, Des. Rel. LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO, 3ª Câmara Cível, j. 29.07.2014.

TJRJ – Agravo de Instrumento nº 0033980-50.2011.8.19.0000, Des. Rel. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES, 19ª Câmara Cível, j. 26.12.2011.