

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
em Direito Constitucional

DARIO SPEGIORIN SILVEIRA

**A admissibilidade da prova ilícita no processo civil e o
princípio da proporcionalidade**

Brasília – DF
2008

DARIO SPEGIORIN SILVEIRA

**A admissibilidade da prova ilícita no processo civil e o
princípio da proporcionalidade**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: Professora Dra. Julia Maurmann Ximenes

Brasília – DF

2008

DARIO SPEGIORIN SILVEIRA

A admissibilidade da prova ilícita no processo civil e o princípio da proporcionalidade.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

A questão da prova ilícita e a possibilidade de sua utilização no processo é tema de grande importância que vem sendo muito discutido, hodiernamente, tendo a Doutrina e a Jurisprudência entendido que a prova ilícita no processo civil deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade. De fato, tal princípio é também um princípio de interpretação constitucional, e bem se presta a solucionar conflitos principiológicos, dentre eles, o conflito entre a proibição da prova ilícita e algum outro princípio constitucional.

Palavras-chave: Prova ilícita. Princípio da Proporcionalidade. Ponderação de interesses.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
1 Princípio da proporcionalidade.....	08
1.1 Considerações gerais.....	08
1.2 Origem e desenvolvimento.....	10
1.3 Princípio da proporcionalidade.....	11
2 Das provas.....	17
2.1 Conceito e finalidade da prova.....	17
2.2 Dos meios de avaliação das provas.....	20
2.3 Restrições do direito à prova - das provas ilícitas.....	23
3 A regra da inadmissibilidade da prova ilícita.....	27
3.1 Inadmissibilidade da prova ilícita.....	27
3.2 Prova ilícita por derivação.....	30
3.3 Admissibilidade da prova ilícita e o princípio da proporcionalidade.....	30
CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	42

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca mostrar critérios capazes de estabelecer a zona limítrofe entre a taxatividade na interpretação de uma norma jurídica, e aplicabilidade de um princípio quase que universalmente consagrado. Importante ressaltar a presença de um exercício hermenêutico com fim de delinear o exato limite da admissibilidade ou não das provas obtidas com infringência à norma jurídica.

Compreende-se uma atividade de realização de princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais, conferindo de algum modo uma interpretação sistemática no intuito de atender ao equilíbrio almejado do sistema, no que diz respeito à consecução de uma justiça não aparente, mas eficaz.

Trata o tema, de assunto extremamente controvertido, onde divergem as opiniões dos mais respeitáveis e ilustres juristas, principalmente quando falamos de doutrinadores de Processo Civil, Processo Penal e Direito Constitucional. A divergência não se mostra apenas em sede doutrinária, mas também no que tange às mais diversas decisões judiciais.

Pretende-se, tão somente, interpretar as possíveis antinomias, uma vez que é notório que o tema reclama uma urgente intervenção estatal. Visualiza-se proteger o direito ao devido processo legal bem como à instrumentalidade, que é a essência do Direito Processual, sem que isto seja um obstáculo para a justa aplicação do Direito.

A primeira parte deste trabalho visa traçar linhas gerais acerca do princípio da proporcionalidade em nosso ordenamento, deixando claro que, nos dias atuais, embora oriundo de uma abstração próprias dos princípios, a proporcionalidade está cada vez mais imperante em nosso Direito.

O segundo capítulo versa sobre o significado e a aplicação da prova no nosso Direito. Destaca-se artigo 131 do Código de Processo Civil que consagra o princípio da persuasão racional, habilitando o magistrado a valer-se do seu convencimento, à luz dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto constantes dos autos. Contudo, embora atrelado aos mandamentos legais, não se deve esquecer que o fim maior da atividade jurisdicional é dar uma solução justa ao caso concreto.

Por fim o último capítulo analisa a legitimidade das provas colhidas de forma ilícita e a possibilidade de apreciação das mesmas para a formação da convicção do julgador. A hipótese descrita se efetiva em razão da ponderação de interesses, onde, num caso concreto, ponderam-se os interesses para admitir-se a possibilidade de uma prova ilícita ser aproveitada no processo.

Enfim, é importante ressaltar que a intenção neste breve estudo, não é exaurir o exame de uma matéria tão complexa, mas sim a de levantar hipóteses e comparar algumas informações doutrinárias e jurisprudenciais em busca de alcançar uma conclusão.

1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Constituição, fundamento de validade do ordenamento jurídico, constitui um sistema de regras e princípios. A doutrina aponta para uma diferenciação entre regras e princípios constitucionais, ambos espécies do gênero norma constitucional.

As regras são normas com pouca ou nenhuma abstração, determinadas, que impõem, permitem ou proíbem, passíveis de aplicação direta. Já os princípios são dotados de um maior grau de abstração, visto que não disciplinam nenhuma situação jurídica específica, encerrando valores. São indeterminados, carecendo de mediações concretizadoras. Fundamentam as regras e servem como parâmetros de interpretação e de colmatação de lacunas.

Levando-se em conta as diferenciações entre regras e princípios, é imperioso reconhecer a possibilidade de existência de conflito entre as suas disposições. Assim, diante de duas regras que se encontram em choque, a contradição há de ser resolvida pela perda de validade de uma delas, aplicando o intérprete, ao caso concreto, a regra que entenda ser correta.

Já em se tratando da colisão entre princípios, a solução reside em fixar qual ou quais dos valores em conflito deverá prevalecer, evitando-se o sacrifício de uns em benefício dos outros.

Para bem compreendermos a estrutura do posicionamento adotado, é preciso ter em vista a clara diferenciação entre os princípios e as regras inseridas em um sistema de normas.

Adotando-se o brilhante estudo de J. J. Gomes Canotilho, entende-se que:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: applicable in all-or-nothing fashion); a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de optimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida de suas prescrições, nem mais nem menos.¹

Se adoptássemos um sistema de regras, exclusivamente, não haveria qualquer espaço para a complementação das lacunas constitucionais e legais, exigindo, portanto, uma exaustiva regulamentação por parte do poder público, não obstante prestigiasse demasiadamente a segurança jurídica. Por outro lado se adoptássemos um sistema de princípios, tão somente implicaria na inexistência de regras específicas, conduzindo a uma falibilidade do sistema em função da insegurança jurídica acarretadora desse.

Nesse sentido, há necessidade de adopção de um sistema misto, aberto, de regras e princípios formadores de um sistema constitucional único.

De acordo com a lição de J. J. Gomes Canotilho:

Os princípios são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite “ligar” ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional ... O sistema jurídico necessita de princípios (ou os valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, estado de direito; são as exigências de optimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos.²

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.035-1.036.

² CANOTILHO, J. J. Gomes: ob. cit., p. 1.037.

1.2 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO PRINCÍPIO NO DIREITO EUROPEU E NOS ESTADOS UNIDOS

Inicialmente, a idéia de proporcionalidade abrangia somente o Direito Penal. A partir de Beccaria, cristalizou-se o entendimento de que as sanções criminais deviam ser proporcionais à gravidade dos delitos praticados. Daí já no século XIX, o princípio da proporcionalidade alcança o Direito Administrativo, onde passa a ser conhecido como “*medida para as limitações administrativas da liberdade individual*.”³

Esta trajetória inicia-se na França, onde a jurisprudência do *Conséil D’État*, a partir de julgamentos de *recours pour excès de pouvoir* – instrumento processual pelo qual o cidadão pode requerer a reforma de decisões administrativas em casos de excesso de poder – elaborou a doutrina do desvio de finalidade. Esta autoriza a invalidação de ato administrativo discricionário, praticado por autoridade competente, quando inspirado por finalidade contrária à lei. O desenvolvimento desta teoria permitiu, com o passar do tempo, que a jurisdição administrativa passasse a controlar a compatibilidade dos atos da administração com os interesses coletivos tutelados, e a proporcionalidade dos mesmos, diante das restrições aos direitos dos administrados.

Na verdade, a constitucionalização do Princípio da Proporcionalidade no Direito Europeu só veio a ocorrer após a II Guerra Mundial, na Alemanha, como reação às barbaridades cometidas pelo legislador nazista. A preocupação da corte constitucional germânica, levou-a a transplantar para o direito constitucional daquele

³TOLEDO, Suzana de Barros. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 33.

país o denominado princípio da proibição do excesso, “*que passou a ser utilizado como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis.*”⁴

Muito embora o Princípio da Proporcionalidade não se encontre explícito no texto da Lei Fundamental Alemã de 1949, hoje a doutrina e a jurisprudência afirmam o seu caráter de princípio implícito, decorrente da cláusula de Estado de Direito, tendo em vista também o seu desenvolvimento histórico a partir do Poder de Polícia do Estado.

Nota-se ainda, que o reconhecimento e desenvolvimento do Princípio da Proporcionalidade nas Nações Européias ocorreu paralelamente à superação de experiências totalitaristas, o que representa um indício eloqüente da ligação entre este princípio e a vontade de efetivação dos direitos fundamentais.

Na *common law*, o princípio da razoabilidade teve a sua origem remota na cláusula *law of the land* inscrita no artigo 39 da Magna Carta de 1215. Porém, o direito inglês não adotou ao longo da sua história qualquer sistema de controle de constitucionalidade, fato que inibiu o desenvolvimento posterior do princípio naquele país.

No entanto, por influência do direito inglês, do qual herdaram o sistema da *common law*, os Estados Unidos acolheram o princípio da razoabilidade, a partir da interpretação evolutiva da cláusula do *due process of law*. A compreensão do significado desta norma tem variado bastante no tempo, percorrendo um itinerário histórico que retrata com fidelidade a evolução dos valores e costumes naquele país. Assim observou Carlos Roberto de Siqueira Castro:

O devido processo legal tornou-se, ao lado do princípio da isonomia, o principal instrumento de argumentação de que lançou mão a

⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 71.

doutrina e a jurisprudência no vibrante processo de transformação do Direito Constitucional dos Estados Unidos da América.⁵

Portanto, no âmbito internacional, a doutrina alemã, a título de ilustração, utiliza indistintamente as nomenclaturas *proporcionalidade* e *proibição do excesso*. Os americanos são mais caros ao uso do termo *razoabilidade*, o qual, nada obstante, é também usado com conteúdo diverso ao da proporcionalidade, embora se complementem.

Pode-se ainda dizer, que em linhas gerais, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, conquanto decorrentes de matrizes históricas diferentes, são na prática, fungíveis, pois almejam o mesmo resultado, que é coibir o arbítrio do Poder Público, invalidando leis e atos administrativos caprichosos, contrários à pauta de valores agregados pela Constituição.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal parece ter adotado a clássica denominação de princípio da proporcionalidade, uma vez que vem sendo utilizada reiteradamente, desde o primeiro acórdão em sede de controle de constitucionalidade, utilizando-o como argumento jurídico, em 1993⁶. Vejamos:

EMENTA - Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição a vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: argüição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e PARS., 25, PAR. 2., 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da argüição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis a economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida.

⁵ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p.32.

⁶ ADin nº 855/PR, STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 01.10.1993

1.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: SIGNIFICAÇÃO E APLICAÇÃO

É cediço que na hipótese de conflito entre princípios, o intérprete deve lançar mão do princípio em tela, buscando a harmonização entre as normas colidentes, elegendo um dos valores, sem provocar, com isso, o total desrespeito aos demais.

Portanto, o princípio da proporcionalidade consiste em ponderar os valores que se encontram em estado de aparente contradição, privilegiando o princípio que entenda mais adequado, respeitando-se o máximo possível todos os demais envolvidos no conflito.

Nesse sentido, doutrina Willis Santiago Guerra Filho:

Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representando pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso a um 'princípio dos princípios', o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma 'solução de compromisso', na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao (s) outro (s), e jamais lhe (s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu 'núcleo essencial'. (...) ⁷

Ressalte-se que, inobstante o princípio da proporcionalidade não ser expressamente previsto pela Carta Magna, sua pertinência ao ordenamento jurídico é uma exigência do Estado Democrático de Direito. De fato, do parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, resulta que o princípio da proporcionalidade vigora no direito pátrio, realizando o importante papel de impor ao aplicador das normas constitucionais o dever de sopesar os princípios e direitos fundamentais, quando em situação de conflito.

O princípio da proporcionalidade, no desempenho de seu mister, subdivide-se em:

- a) princípio da adequação, que determina que o meio escolhido para atingir o fim do colimado seja adequado, isto é, se preste a atingir o fim desejado;
- b) princípio da exigibilidade, segundo o qual, o meio a ser empregado deve ser exigível, ou seja, se revele o menos agressivo aos valores assegurados constitucionalmente;
- c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que exige que o meio escolhido para alcançar o fim desejado seja o mais vantajoso, no sentido de privilegiar um ou mais princípios, desrespeitando o mínimo possível os demais com eles colidentes.

Conforme preleciona Willis Santiago Guerra Filho:

O “princípio da proporcionalidade em sentido estrito” determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o conteúdo essencial de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.⁸

A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso no Direito Constitucional envolve, como observado, a apreciação de necessidade e adequação.

Indubitável é a manifestação do princípio da proporcionalidade no ordenamento jurídico pátrio, notadamente na ordem constitucional, funcionando como verdadeiro instrumento de defesa dos direitos e liberdades constitucionais.

⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago: op. cit., p. 59.

⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago: op. cit., p. 67-68.

Nesse sentido, o artigo 5º, inciso XII, da CF/88, ao tratar do sigilo de correspondência e de comunicação. Importante ressaltar que apesar da exceção constitucional referir-se apenas à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade é absoluta, de modo que os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, em obediência aos ditames do princípio da proporcionalidade.

Portanto, depreende-se que o inciso mencionado deve ser interpretado de maneira a permitir que, em situações excepcionais, a lei ou a decisão judicial poderão fixar os casos de quebra da inviolabilidade da correspondência das comunicações telegráficas e de dados, sempre com o intuito de preservar o interesse público.

A título de ilustração o professor Alexandre de Moraes cita o posicionamento da primeira turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 70.814-5/SP, relator Min. Celso de Mello, DJ, seção I de 24/06/1994, página 16.650:

EMENTA: Inviolabilidade das correspondências e lei das execuções penais: stf - Carta de Presidiário interceptada pela administração penitenciária – Possibilidade excepcional e desde que respeitada a norma do artigo 41, parágrafo único da lei 7.210/84 – Inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salva guarda de práticas ilícitas.⁹

Assim, à luz do princípio da proporcionalidade, o Pretório Excelso, diante do conflito entre o princípio constitucional que resguarda o sigilo das correspondências e o valor segurança pública, prestigia este último, solucionando, assim, a contradição entre os bens jurídicos em exame, tutelados pelo ordenamento constitucional.

⁹ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 146.

Por último, embora o princípio em exame não seja previsto de modo explícito pela Constituição Federal, o mesmo se encontra em vigor, por constituir fundamento do Estado Democrático de Direito, difundindo-se, portanto, pelo ordenamento jurídico pátrio, vinculando-se de modo especial ao Direito Constitucional, por via dos direitos fundamentais.

Neste diapasão, conclui Paulo Bonavides *in literis*:

Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito, bem como regra que tolhe toda a ação limitada do poder do Estado no quadro da juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional Brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade.¹⁰

Outro ponto de vista interessante é destacado por Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, colocando o princípio da proporcionalidade como Princípio Geral de Direito. Vejamos

Embora aparentemente redutora da fundamentação do princípio da proporcionalidade, essa posição aponta uma compreensão do princípio da proporcionalidade como princípio geral do direito. São muitas as manifestações que se colhem na jurisprudência sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade como princípio geral do direito.

Assinale-se que também entre nós tem-se utilizado o princípio da proporcionalidade na solução de conflitos federativos ou na superação de conflitos de atribuições entre órgãos constitucionais diversos. Neste sentido mencione-se a Intervenção Federal n. 2.915 na qual se assentou que 'a intervenção federal como medida extrema deve atender à máxima da proporcionalidade. suscitada.¹¹

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 355.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 319.

2 DAS PROVAS

2.1 CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA

Sabe-se que nenhum direito reconhecido na Constituição pode revestir-se de um caráter absoluto, a questão probatória, derivada da ampla defesa não quer dizer que o interessado possa valer-se a qualquer momento de qualquer prova, mas, apenas, que pode utilizar-se daquelas provas aptas a evidenciar os fatos cruciais a serem apreciados, isto é, aquelas que podem influenciar no julgamento.

O vocábulo prova advém da expressão em latim “*probatio*”, com o significado de verificação, exame, inspeção. De acordo com os dicionários, resumidamente, quer dizer: aquilo que mostra a verdade de uma proposição ou a realidade de um fato.

Na linguagem comum, prova se utiliza como comprovação da verdade de uma proposição; somente se fala de prova a propósito de alguma coisa que foi afirmada e cuja exatidão se trata de comprovar; não pertence à prova o procedimento mediante o qual se demonstre uma verdade não afirmada senão, pelo contrário, aquele mediante o qual aquele se demonstra ou se encontra uma verdade afirmada.

Tecnicamente a expressão prova pode ser vista em dois sentidos: objetivo e subjetivo. O primeiro representa o conjunto de meios produtores da certeza jurídica, ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos determinantes para a solução de uma demanda. Do aspecto subjetivo, é a própria convicção que se forma no íntimo de quem julga a respeito da existência ou não de fatos alegados.

Luiz Guilherme Marioni e Sérgio Cruz Arenhart advertem que a expressão prova, em processo, comporta diversos significados. A prova pode significar atividade lógica desenvolvida pelo juiz no conhecimento dos fatos. Também pode representar o procedimento através do qual os instrumentos de cognição se formam e servem de mecanismos que serão utilizados pelo juiz no momento de conceder a prestação jurisdicional suscitada.¹²

A prova é um direito decorrente da garantia do devido processo legal e imprescindível para a formação do convencimento do juiz acerca dos fatos jurídicos apresentados pelas partes. Ademais, podemos dizer que a prova é um instrumento utilizado pelas partes para a consecução do fim colimado, que é a composição do conflito de interesse com eficácia e justiça.

Nas palavras de Moacyr Amaral Santos, tem-se resumidamente o sentido da importância do procedimento probatório: *“Provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa.”*¹³ Explica ainda o citado mestre que a prova tem um objeto, uma finalidade e um destinatário.

O direito de ação apresenta como garantia a ele inerente o devido processo legal, tendo em vista que esse constitui o instrumento indispensável para o interessado pleitear a tutela estatal de sua pretensão. Ao provocar a atividade jurisdicional do Estado, o autor da ação dispõe de uma série de mecanismos que decorrem da garantia do devido processo legal, dentre as quais podemos destacar a ampla defesa e o contraditório, que possibilitam às partes a faculdade de provar a veracidade dos fatos alegados, além de manifestarem-se acerca de todos os atos

¹² MARIONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Tomo 1, p. 69.

¹³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

processuais praticados pelos sujeitos do processo, o que proporciona a ampla participação dos litigantes na formação do convencimento do magistrado.

A prova, por sua vez, é utilizada para a reconstituição dos fatos que servem de base para a pretensão do autor e para a resistência apresentada pelo réu. Esses fatos, ao serem amparados pelo ordenamento jurídico, geram efeitos tais como direitos, pretensões, ações, exceções e passam a ser chamados de fatos jurídicos. Nesse sentido, Pontes de Miranda ressalta a necessidade da parte, em juízo, provar, em princípio, tanto os elementos fáticos, ou seja, *“é indispensável que a prova trazida aos autos verse a respeito dos fatos e da norma jurídica aplicável ao caso concreto.”*¹⁴

No âmbito processual, a prova é o instrumento utilizado pelas partes para demonstrar a verdade dos fatos jurídicos ao magistrado. Entretanto, o instituto da prova não está adstrito ao direito processual, pois há meios de prova previstos no direito material que são imprescindíveis para a caracterização do instituto jurídico que venha a ser utilizado em favor de uma das partes.

No direito processual estão delineadas as regras instrumentais concernentes à atividade probatória, vez que é nessa área que as normas jurídicas são aplicadas, pelo juiz, ao caso concreto, servindo as provas como respaldo para que a prestação jurisdicional de tutela jurídica seja justa e eficaz, isto é, as provas serão utilizadas tanto pelas partes como pelo magistrado para demonstrar a certeza de algum fato ou ato jurídico; já no direito material há indicações normativas do modo pelo qual deve ser feita a prova de determinado fato ou ato jurídico, para que, no processo, o juiz possa apreciá-la e, em seguida, por fim ao litígio. Todavia, as provas indicadas no direito material acerca de determinado fato jurídico, ao serem apresentadas no

processo pelas partes, revestem-se do caráter instrumental do processo, vez que é o meio utilizado pelas partes para contribuir na formação do convencimento do juiz.

Por fim, esclarece Barbosa Moreira:

O direito à prova implica no plano conceptual na ampla possibilidade de utilizar quaisquer meios probatórios disponíveis. A regra é a admissibilidade das provas e as exceções precisam ser cumpridamente justificadas.¹⁵

As provas servem para que o magistrado possua a maior carga de elementos possíveis que lhe permitam reconstruir de modo racional e verdadeiro, as situações fáticas que sustentam a controvérsia; por conseguinte, o julgador não é totalmente livre para dar razão àquele que deseje, mas sim à parte que melhor lhe convença da existência dos fatos que vão tornar possível uma boa prestação jurisdicional. Por intermédio das provas, portanto, a descoberta da verdade torna-se um meio para a obtenção da justiça da decisão.

Assim, a finalidade da prova é levar ao convencimento do juiz a certeza da existência ou inexistência dos fatos alegados pelas partes, isto é, convencer o magistrado com suas alegações, pois este tem o dever de indicar na sentença os motivos de sua convicção.

2.2 DOS MEIOS DE AVALIAÇÃO DAS PROVAS

No que toca à avaliação das provas, três sistemas se espalham em diversos ordenamentos jurídicos, e, em certos momentos históricos de algumas sociedades: o

¹⁴ MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Tomo 4, p. 245.

¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as Provas Illicitamente Obtidas. *Revista de Processo*. São Paulo. N. 89. P. 146 . Jan/Mar 1996.

da prova legal, o da íntima convicção e o da persuasão racional ou livre convencimento motivado.

Oportuna é a lição elaborada por Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça ao sistematizar de maneira concisa os sistemas acima noticiados:

No sistema das provas legais, o juiz aferia a prova diante de uma hierarquia legal, tratando-se do sistema adotado no direito romano primitivo, bem como no direito medieval, onde predominava a aplicação mecânica da lei. No sistema da íntima convicção ou prova livre, diversamente do sistema das provas legais, consagra a idéia de que a valoração é livre, dispensando justificação dos motivos que permitiram o convencimento final. Aplica-se no julgamento do Tribunal do Júri que consagra a soberania dos vereditos nos termos do artigo 5º, XXXVII, c, da Carta Magna. O sistema do livre convencimento ou da persuasão racional, em regra admite todos os meios desde que não violem a moral, as leis, e a Constituição. Há uma completa e irrestrita valoração das provas por parte dos juízes, não havendo, contudo, hierarquia sobre as mesmas. A todas as provas se confere um caráter relativo, exatamente pela possibilidade de valoração livre do magistrado.

Neste contexto, vale lembrar a existência de, em um primeiro momento, do primitivo sistema dos ordálias, onde a avaliação dos meios de provas era totalmente distorcida dos padrões democráticos hoje existentes. Pois bem, acreditava-se que, aquele que fosse inocente receberia a proteção divina, não sendo atingidos pelos métodos de convencimento dos julgadores.

O sistema evoluiu para o chamado método da prova legal, sendo certo que ainda muito haveria por progredir. Esse sistema consistia na atribuição de pesos a cada tipo de prova, de modo que, ao final, o juiz faria uma espécie de contagem matemática do valor da cada provada para se chegar a um resultado. A superação deste sistema se deu em razão de não propiciar ao juiz uma análise do conjunto probatório como um todo, mas apenas a avaliação individualizada de cada prova carreada aos autos.

Sendo superado tal sistema, chegou-se ao da íntima convicção, onde foi concedida ampla liberdade ao julgador para formar o seu convencimento, o que significa dizer que a convicção de quem julga seria formada da forma que parecer mais adequada, através de fatos e impressões, inclusive aqueles que tiveram conhecimento extrajudicialmente. Observe que não era necessária haver fundamentação.

Evidente que tal método não é o mais correto, contudo, ainda hoje sobrevive, sobretudo em sociedades não democráticas, onde podem prevalecer juízes descomprometidos com os ideais de justiça.

A evolução dos sistemas nos levou a chegar ao método do livre convencimento motivado, onde permanece a liberdade de o magistrado, não obstante a motivação que deverá fornecer para indicar os caminhos do seu convencimento.

No método do livre convencimento motivado, ou da persuasão racional, o juiz deve manter-se adstrito às provas carreadas aos autos. Assim, o que se depreende é que foram impostos limites à liberdade outrora concedida ao magistrado, quais sejam: ater-se às provas constantes dos autos e à fundamentação que baseia o seu convencimento.

Note-se que o livre convencimento motivado implica na necessidade de motivação da sentença. Assim, este sistema de apreciação das provas é científico e está vinculado ao devido processo legal, tendo em vista sua vinculação à persuasão racional do julgador, que deve exteriorizá-la na sentença, esclarecendo quais provas formaram a sua convicção, de tal modo que a conclusão mantenha um liame com a prova dos autos. Assim, este sistema tenta afastar-se das arbitrariedades.

Recente decisão do Superior Tribunal de Justiça ilustra bem o sistema da persuasão racional, vejamos a ementa da decisão:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ.. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DESTE STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A matéria debatida no corpo do especial refere-se à prova constante dos autos, de sorte, que seu reexame é vedado pelo Enunciado da Súmula 07.

2. Fundamentar a sentença significa indicar de forma lógica as razões pelas quais se deve à lide determinada solução.

3. Em se tratando de matéria de prova, interessante o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual, o magistrado à luz das alegações de ambas as partes, bem as circunstâncias existentes nos autos, formula sua decisão, justificando as razões de seu convencimento, sem estar adstrito a tal ou qual prova.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 703.258/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 18.12.2007, DJ 11.02.2008 p. 1)

Pois bem, vale ainda acrescentar que o sistema, hoje em nosso ordenamento jurídico, possui raiz constitucional, sendo que a primeira parte do artigo 93, inciso IX da Constituição estipula que “ *Todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade(...).*”

Portanto, no sistema da nossa Constituição Federal respaldado pelo nosso Diploma Processual Civil, o juiz é livre para examinar todas as provas dos autos, inclusive decidir sobre a necessidade ou não de produzi-las, extraindo delas os fundamentos de sua decisão. Vigora, portanto, o princípio do livre convencimento motivado.

2.3 RESTRIÇÕES DO DIREITO À PROVA - DAS PROVAS ILÍCITAS

Deve-se analisar o direito à prova a partir de uma perspectiva constitucional, considerando-o como um direito fundamental, visto que decorre dos direitos

fundamentais ao contraditório e ao acesso à justiça. O direito à prova é um direito que está implícito na Constituição Federal, sendo derivado da garantia do contraditório, contida no art. 5º, inciso LV, da mesma.

Com o reconhecimento constitucional do direito à prova, as leis processuais não podem impedir ou restringir a atividade probatória sem a demonstração de justificativas racionais que visem a tutela de outros valores ou interesses considerados mais relevantes na situação concreta.

Os meios de prova admitidos em nosso processo como idôneo são os seguintes: depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, prova documental, prova testemunhal, prova pericial e inspeção judicial. É importante ressaltar que o artigo 332 do Código de Processo Civil condiciona a admissibilidade das provas em juízo a que sejam morais e legais.

Devemos considerar como moralmente legítimos todos os meios de prova que a lei expressamente preveja e regule, uma vez que o artigo 332 dispõe que todos os meios legais são hábeis para provar os fatos da causa, assim como os moralmente legítimos. Fez-se, portanto, uma distinção pouco precisa entre o Direito e a moral, como se os dois campos em verdade não se tocassem

O tema intitulado prova ilícita recai, juridicamente na pesquisa a respeito da relação entre o ilícito e o inadmissível no procedimento probatório e, mais, em um enfoque de política legislativa, no contra-senso entre a procura da verdade em prol da sociedade e o respeito a direitos fundamentais que podem ser afetados por uma investigação.

Em função disso, busca-se conceituar as provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro, o valor que essas trazem ínsito em seu bojo em termos de admissibilidade ou reprovabilidade do conteúdo das provas.

A primeira observação a ser feita está na missão de se diferenciar os diferentes tipos de prova proibida. A doutrina ao tratar do tema costuma colocar a prova ilícita como a que contraria normas de direito material. Já a prova ilegítima é aquela que afronta o direito processual. Neste sentido Ada Pellegrini afirma que:

A prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada em lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida.¹⁶

Ainda nesta linha, o constitucionalista Celso Ribeiro Bastos assim resume: *“quando a proibição é colocada por uma lei processual, a prova seria ilegitimamente produzida e quando a proibição é de natureza material, a prova será ilicitamente obtida.”*¹⁷

Assim, pode-se resumir da seguinte forma: as provas vedadas pelo nosso ordenamento jurídico são as obtidas contra disposições legais ou apresentadas em juízo em conflito com o procedimento adequado. E ainda há de se rejeitar aquelas provas que embora de acordo com as formalidades legais, se mostrem comprometidas em sua credibilidade ou veracidade.

Vale ressaltar que, embora a doutrina diferencie a prova ilegítima da prova ilícita, sendo esta obtida com violação à regra de direito material, e aquela com violação às normas de direito processual, o artigo 5º, LVI da Constituição refere-se

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 131.

¹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 229.

apenas às provas ilícitas *stricto sensu*, deixando para o direito processual estabelecer as normas procedimentais que devem nortear a colheita de provas.

3 A REGRA DA INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA. A PONDERAÇÃO DE INTERESSES E A POSSIBILIDADE DE ADMITIR-SE A PROVA ILÍCITA.

3.1 INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

A admissibilidade ou não das provas ilícitas dentro de um contexto processual com o fim de instruir o processo e influenciar na decisão final, diante dos valores da dignidade e personalidade humanas, resultam em um grande drama processual, onde renomados juristas buscam uma solução, devendo-se para tanto, delinear os limites, tendo por base o estudo das sociedades brasileiras e as evoluções sociais.

Há duas tônicas diferentes no que tange à admissibilidade ou não das provas ilícitas, tendo cada qual seus fundamentos e conseqüências extremamente delineados.

Em sendo o direito à prova correlato ao direito de ação e de defesa, se estes são amplos e irrestritos conforme previsão constitucional, também o direito à prova assim deve ser entendido. Portanto, a regra consiste na admissibilidade de toda e qualquer prova no processo, como meio hábil de se convencer o juízo do direito material alegado.

Todavia, não obstante o direito à prova seja fundamental na estrutura do Estado Democrático de Direito, há outros valores igualmente relevantes que devem ser levados em consideração, e por esta razão, a própria constituição previu exceções, encontrando a sua baliza nas liberdades fundamentais.

Barbosa Moreira, explica com maestria, citando a questão da provas adquiridas com infração a uma norma jurídica. Segundo ele, existem duas teses radicais:

De acordo com a primeira tese devem prevalecer em qualquer caso o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, de sorte que a ilicitude da obtenção não subtraia à prova o valor que possua como elemento útil para formar o convencimento do juiz, a prova será admissível, sem prejuízo da sanção a que fique sujeito o infrator. Já para a segunda tese, o direito não pode prestigiar o comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegitimamente obtida.¹⁸

O princípio da inadmissibilidade da prova ilícita está previsto tanto na Constituição Federal como no Código de Processo Civil. O inciso LVI do artigo 5º da CF diz que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos. Já o CPC de maneira mais ampla viabiliza ao processo tanto os meios legais como os moralmente legítimos.

A inadmissibilidade da prova ilícita é defendida por forte corrente doutrinária, cujo fundamento consiste na impossibilidade de o juiz utilizar a prova ilícita como fundamento de sua decisão, aliando-se tal esteio à efetivação de um cumprimento às regras formais que tutelam os direitos e garantias fundamentais do homem.

Portanto, as prova que infringem o Direito material consagrado em normas e princípios gerais do Direito são tidas por inadmissíveis no processo, tendo por consequência a nulidade.

A referida vedação imprime dimensão ética ao processo, que não pode perseguir a verdade material a qualquer custo. Desse ponto de vista, o respeito aos direitos fundamentais das partes passa a representar um limite infranqueável à

instrução processual, resultando a sua inobservância na imprestabilidade das provas colhidas. Como decidiu o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Penal 307-3 DF, Rel. Min. Ilmar Galvão:

A prova ilícita, entre nós não se reveste de necessária idoneidade jurídica como meio de formação e convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.¹⁹

Ainda que com objetivos voltados para o Direito Penal, esclarece o mestre Tourinho Filho que:

Não se admitem as prova conseguidas mediante torturas, tais como interrogatórios fatigantes, exaustivos, mesmo porque obtidas em preterição do artigo 5º, III da Lei Maior. Metem-se a rol, entre as provas não permitidas, àquelas objeto da captação clandestina de conversações telefônicas, de microfones dissimulados para captar conversações íntimas, o diário onde algumas pessoas registram, com indisfarçável nota de segredo, os acontecimentos mais importantes do seu dia-a-dia. Tais provas não podem ser permitidas porque violatórias da vida íntima da pessoa, e, como se sabe, a Constituição confere privacidade como se constata pelo artigo 5º, X e XII.²⁰

Do ponto de vista específico do Processo Civil, relevantes e esclarecedoras para a presente tese são as palavras de Ada Pellegrini:

Toda vez que uma prova for colhida em desrespeito aos princípios constitucionais expressos ou implícitos, no que concerne ao direito à intimidade e de seus desdobramentos, a referida prova não poderá ser admitida no processo.²¹

Dessa forma, aceitas as provas por serem lícitas na sua essência e forma, ou por se enquadrarem na exceção constitucional, a consequência será a sua admissibilidade, produzindo efeitos para o órgão julgador, ao lado do conjunto

¹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 109.

¹⁹ MORAES, Alexandre de. *Ob. cit.*, p. 258.

²⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 3.

probatório processual; todavia, se inadmissíveis as provas por estarem inquinadas de ilegalidade, tanto substancial quanto processual, a consequência lógica será sua inadmissibilidade, a não produção de efeitos, e por fim, seu desentranhamento.

3.2 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

Quando a forma de obtenção da prova for contrária ao ordenamento, infringindo normas jurídicas, o conteúdo, objeto da prova, seria maculado por esta ilicitude, não sendo hábil a promover o convencimento judicial. A consequência prática consistiria, como já dito, no desentranhamento das provas, e ainda para alguns, no impedimento do juiz originário da causa, uma vez que, na verdade, tais documentos, ainda que expurgados materialmente do processo, inevitavelmente produziram inevitavelmente alguma influência no critério subjetivo de valoração das provas pelo juiz, não havendo meios, salvo o impedimento para, para vedar tal influência.

O exercício da pretensão em juízo será sempre lícito, apenas sendo considerado ilícito o meio de sua obtenção. Portanto, as provas em si sempre serão hábeis à formação do convencimento judicial, apenas sendo evitadas de ilicitude, aquelas que forem obtidas por meio inidôneos.

Diante deste impasse apresentado, em que certas provas são expressamente vedadas pelo texto constitucional, surge o embate, quanto à natureza desses provas e a sua consequência no âmbito do provimento jurisdicional. Neste sentido, uma das derivações deste intrincado problema é a teoria dos frutos da árvore venenosa, que é uma doutrina de procedência norte-americana, que consagra o entendimento de

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do Direito Processual de acordo com a Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1990. p. 206.

que as provas, em via principal, que forem inconstitucionais, contaminam e invalidam as demais provas a ela relacionadas.

Não obstante a prova derivada seja essencialmente lícita e admissível no ordenamento jurídico, com a aplicação dessa doutrina, a ilicitude desta contamina o seu conteúdo, tendo, por consequência, a extensão da inadmissibilidade processual.

Em decisão a respeito do tema, assim se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

Acórdão condenatório suficientemente fundado. Prova argüida de ilicitude, mas que não constitui elemento decisivo para condenação além de demandar, a averiguação da assertiva do impetrante.(...) ²²

Entende o Supremo Tribunal Federal que a admissão da prova vedada, não gerará a nulidade do processo, se a condenação não estiver fundada exclusivamente nela. Não há dúvida que esse temperamento que o STF vem buscando é a melhor maneira de resolver o problema da contaminação, de modo que se encontra a medida certa para proteger a intimidade, sem que se tenha de tornar a justiça extremamente cega ao ponto de rejeitar o que é evidente.

A grande controvérsia quanto à validade e conseqüente admissibilidade das provas eivadas de ilicitude, está presente no momento em que representam o único meio de provar o direito material alegado.

Parte da doutrina sustenta como inválidas as provas derivadas, aduzindo para tanto a proteção aos direitos e garantias individuais, com o fim de impedir que por via transversa se viole o disposto no artigo 5º, LVI da Constituição Federal. Assim, não se poderia acatar como válida, uma prova ainda que secundária tivesse emanado de uma ilicitude originária.

²² V. HC 72528/MG, STF, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 02/02/1996.

Neste sentido segue posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

A doutrina da invalidade probatória do *fruits of the poisonous tree* é a única capaz de dar eficácia a garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita. E ainda, a admissão da prova ilícita só não induz a nulidade, quando irrelevante por seu objeto ou, então, quando pudesse afirmar seguramente que outras provas, colhidas independentemente da existência daquela proibida, bastariam à condenação.²³

Ressaltam os adeptos desta teoria, que esta deve tornar-se imperativa, sob o argumento da possibilidade de inoperância da cláusula constitucional proibitória da prova ilícita, ademais isto representaria um estímulo para a continuidade da colheita dessas provas, e um impulso ao desrespeito dos direitos fundamentais do processo.

Por razões que a seguir serão aduzidas prefiro discordar, *data venia*, do posicionamento acima transcrito, tendo em vista o clamor pela análise da proporcionalidade dos valores em conflito e não pela aplicação cega e irrestrita do preceito constitucional.

3.3 ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Não só a proibição do uso da prova ilícita é garantia constitucional, como também o direito à prova o é. Assim, pode surgir conflito entre os princípios constitucionais do acesso à justiça e do direito à prova, de um lado, e, de outro, o da proibição do uso da prova ilícita. Surgindo tal conflito principiológico, faz-se necessária a aplicação da técnica da ponderação de interesses, mediante a

²³ V. HC 69912-0/RS, STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 26/11/1993.

utilização do princípio da proporcionalidade, para que, no caso concreto, o julgador possa decidir qual dos princípios deve prevalecer.

Nova corrente doutrinária e jurisprudencial, seguindo linha oposta à acima exposta, tende a admitir, em determinados casos, algumas provas tidas como ilícitas, para formar a convicção do ente julgador, em certas situações, onde as circunstâncias evidenciadas autorizam a aplicação do já mencionado princípio da proporcionalidade.

José Roberto Bedaque defende a admissibilidade das provas ilícitas ressaltando que a completa desconsideração das provas ilícitas não seria a melhor solução. Ressalta que a proibição da prova ilícita pode significar um provimento jurisdicional que não corresponde à realidade substancial. Diante o mesmo autor esclarece:

A repulsa genérica de tal prova não contribui para o restabelecimento do ordenamento jurídico já violado pelo ato ilegal daquele que a obteve. E, se a solução encontrada pelo juiz, em virtude dessa desconsideração, não corresponder àquilo que ocorreu no mundo dos fatos, teremos duas violações da ordem legal: aquela praticada pela parte, que se utilizou de um meio ilegal; e a outra cometida pela parte contrária, cujo comportamento, também ilegal, restará aprovado pelo próprio órgão judiciário.²⁴

Hoje, não está o Poder Judiciário adstrito a um sistema preestabelecido de valoração das provas. É livre, mas tem o dever de fundamentar as razões do seu convencimento. A liberdade na valoração da prova de forma alguma pode se confundir com a liberdade de produção de prova, estando limitada a critérios legais e morais na sociedade brasileira.

Esclarece Humberto Theodoro que no sistema da persuasão racional, “o julgamento deve ser fruto de uma operação lógica armada com base nos elementos

de convicção existentes no processo”. Mais adiante complementa: “o juiz formará seu convencimento com liberdade e segundo a consciência firmada”.²⁵

Dessa forma presente estão os fundamentos básicos para a adoção do sistema do livre convencimento motivado, primeiro por privilegiar o estado democrático de direito; e segundo por haver necessidade de expressa motivação de todas as decisões judiciais.

Há duas tônicas bem diferenciadas no que tange à admissibilidade ou não das provas ilícitas, tendo cada qual seus fundamentos e conseqüências jurídicas extremamente delineado, o que se passará a expor nos parágrafos seguintes.

A teoria da inadmissibilidade processual da prova ilícita predomina, atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que a produção desta prova é efetivada com infração à princípios e normas constitucionais. No entanto, existem determinados casos excepcionais relacionados aos direitos fundamentais do homem, que exigem uma interpretação mais flexível da norma prevista no artigo 5º, LVI da Constituição Federal de 1988.

Em breve comentário, Rui Portanova nos dá uma idéia da aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito comparado:

Na Inglaterra, a busca pela verdade real faz com que a prova seja válida desde que relevante e na França, em princípio, não existe proibição de provas ilícitas. De qualquer forma, devemos saudar os sistemas alemão e italiano que dão dignidade constitucional à proibição da prova ilícita. Vale, contudo, ressaltar a teoria da proporcionalidade, criada pela jurisprudência alemã. Em circunstância excepcionais, acolhe-se a prova ilícita quando houver um bem jurídico relevante ameaçado e não houver outro meio lícito e legal para resguardar o bem ameaçado.²⁶

²⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 187.

²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1.

²⁶ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p203

A questão que nos interessa neste tema é a viabilidade da ponderação da norma em debate com outros interesses constitucionais, empreendida à luz do princípio da proporcionalidade. José Carlos Barbosa Moreira emite o seguinte posicionamento:

Sabemos todos que as normas jurídicas em geral, e as normas constitucionais em particular, se articulam num sistema, cujo equilíbrio impõe que em certas medidas se tolere detrimientos aos direitos por ela conferidos. Os interesses e valores que a inspiram não raro entram em conflito uns com os outros, de tal sorte que se torna impraticável dispensar a todos, ao mesmo tempo, proteção irrestrita. Para assegurar a harmonia do conjunto, é imperioso reconhecer que eles se limitam reciprocamente de modo inexorável. Basta recordar, por exemplo, como a liberdade de manifestação do pensamento e a da atividade de comunicação podem encontrar fronteiras na necessidade de resguardar a honra alheia ou ao direito do autor de divulgar, ou não os produtos do engenho ou arte.²⁷

A discussão acerca da admissibilidade, ou não da prova ilícita, repousa sobre diversos aspectos jurídicos. Há casos excepcionais, cuja prova obtida por meio ilícito é o único meio viável para demonstrar, por exemplo, a inocência do acusado no Processo Penal. Nesse caso seria injusto o magistrado condenar uma pessoa apenas pelo fato de que a prova trazida aos autos não se reveste de legalidade, pois a busca pela verdade material deve prevalecer, seja em Processo Penal ou Civil, haja vista que é através da persecução dessa verdade que é possível reunir os elementos necessários à composição da lide com justiça.

A princípio, como no Direito alemão, se inexistente outra maneira de demonstrar os fatos, a prova ilícita pode ser admitida para demonstrar a alegação que é fundamental para realização de um direito, mesmo que lesado os direitos da personalidade. O juiz, conseqüentemente, deve estabelecer uma prevalência axiológica de um dos bens em vista do outro, de acordo com o contesto.

²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas. *Revista de Processo*, n. 84, 1996, p. 148.

O Superior Tribunal de Justiça, admitiu o uso de prova ilícita em determinado caso, apoiando-se nos seguintes argumentos:

O inciso LVI do art. 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.²⁸

O direito à prova encontra-se, de fato, limitado pela legitimidade dos meios utilizados para obtê-la. Não obstante, em que pese ser necessário tutelar-se os direitos que podem ser violados pela prova ilícita, faz-se mister, também, a tutela dos direitos que não podem ser demonstrados por meio de outra prova, que não seja a obtida de modo ilícito. É nessa ocasião que se deve aplicar o princípio da proporcionalidade, o qual vai determinar o balanceamento dos interesses e valores em jogo.

Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco destacam a necessidade de análise da situação concreta, e a possibilidade de flexibilizar-se o princípio de devido processo legal em busca da verdade material:

O devido processo legal atua, nesses casos, com dupla função: a de proibição das provas ilícitas e a de garantia da ampla defesa do acusado. Na solução dos casos concretos, há que se estar atento, portanto, para a ponderação entre ambas garantias constitucionais. A regra da inadmissibilidade de provas ilícitas não deve preponderar quando possa suprimir o exercício da ampla defesa pelo acusado, sob pena de se produzir um verdadeiro paradoxo: a violação ao devido processo legal (ampla defesa) com o fundamento de proteção do devido processo legal (inadmissibilidade das provas ilícitas).²⁹

²⁸ V. HC 3982/RJ, STJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ 26/02/1996.

²⁹ Op. cit., p. 606.

Pois bem, a ponderação deve ser feita, diante das circunstâncias do caso concreto, entre o direito que seria realizado através da prova (e não simplesmente o direito à prova) e o direito da personalidade que foi por ela desconsiderado. Por isso, para que haja uma eventual admissão de prova ilícita, deve-se ponderar um interesse específico com outro interesse específico contraposto, e não com a sua generalização.

Convém salientar que o uso da prova ilícita, mesmo que dependente dessa ponderação, apenas pode ser aceito quando a prova foi obtida ou formada ilicitamente porque não existia outra forma para se demonstrar os fatos em juízo. A prova ilícita, portanto, só pode ser admitida quando é a única capaz de evidenciar fato absolutamente necessário para a tutela de um direito que, no caso concreto, merece ser realizado, ainda que diante do direito da personalidade atingido.

A respeito do assunto, vale observar a lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2003, p.322):

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 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. 30

Sem embargo, no processo penal, onde os bens jurídicos tutelados, de um lado a liberdade corporal do réu, e do outro a segurança da sociedade, em outros ramos do processo, porém onde os valores em conflito são de ordem distinta, a

³⁰ MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Tomo 2, p. 322.

ponderação dos interesses discutida, é perfeitamente plausível. Suponha-se a título de ilustração, o caso de ação de destruição de pátrio poder, na qual existam provas ilícitas evidenciando a prática de abuso sexual dos genitores contra a criança. Nesta hipótese, e em outras mais, é evidente que o direito à dignidade e ao respeito do ser humano em formação, assume peso superior que o do direito de privacidade dos pais da criança, justificando a incidência do princípio da proporcionalidade, para justificar a admissibilidade da prova ilícita.

Esclarecedoras são as palavras de Vicente Greco Filho:

O texto constitucional parece, contudo, jamais admitir qualquer prova cuja admissão tenha sido ilícita.. entendo, porém, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras e princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito.³¹

Dessa forma, a complexidade do problema repele o emprego de fórmulas apriorísticas e sugere posições flexíveis. Seria mais sensato conceder ao juiz a liberdade de avaliar a situação em seus diversos aspectos, atenta a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado e outras circunstâncias, o julgador decidiria qual dos interesses em conflito deve ser sacrificado, e em que medida.

Roberto de Prado Vasconcelos expõe que o interesse do julgador dever ser a descoberta da verdade, e não o auxílio a uma das partes, adiante, o mesmo autor propõe uma interessante solução para o tema, estabelecendo alguns pressupostos

³¹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 178.

para a admissibilidade da prova ilicitamente obtida na formação da convicção do magistrado:

1) Não ser possível, partindo do sentido literal, uma solução racional face a outros casos que exijam uma solução idêntica, de acordo com o princípio da justiça; 2) O meio utilizado para sua obtenção não pode ser mais ofensivo do que o fim que deseja obter (necessidade de ponderação de princípios e valores); 3) deve a prova ser a única cabal de demonstrar a veracidade das alegações da parte.³²

Enfim, confere-se ao juiz a possibilidade de resolver qual dos interesses em conflito deva sacrificar, não havendo razão para a crítica conferida teoria debatida, em função do subjetivismo conferido ao órgão do Poder Judiciário, uma vez que todas as decisões devem ser fundamentadas sob pena de nulidade, nos termos do artigo 93, IX, da CF de 1988. Ademais, existe o duplo grau de jurisdição, possibilitando reexame da decisão diante de um natural inconformismo do vencido. Determinando assim, que o tecnicismo legal não prevaleça sobre direitos cuja tutela pode ser indispensável à própria convivência humana.

³² VASCONCELLOS, Roberto Prado de. Provas Ilícitas: enfoque Constitucional. *Revista dos Tribunais*, n. 791, p. 481, set. 2001.

CONCLUSÃO

O tema, apesar de já estudado pela doutrina, e por vezes acolhido na jurisprudência, ainda não está totalmente sedimentado. Há espaço para o trabalho legislativo, sem que isso engesse o Poder Judiciário. Não se pode estabelecer uma conclusão segura, especialmente se desligadas do caso concreto, contudo, algumas conclusões parciais podem ser tiradas.

Já se debateu sobre se o controle da moralidade que habilita, ou não, a produção da prova teria de situar-se na obtenção do meio de prova ou na sua apresentação em juízo. A Carta magna de 1988 tentou pôr fim, entre nós, ao dissídio, cuja solução majoritária já pendia mesmo para o rumo aceito pela Constituição, assim, qualquer prova se torna inadmissível quando sua obtenção tenha violado princípio ou norma de direito material, especialmente se a norma violada está inserida como garantia constitucional.

O fato é que o Direito não pode ser separado em partes estáticas, de modo a tratar de modo diverso a mesma prova no seu momento de geração e posteriormente no momento de sua função dentro do processo de instrumento de revelação da verdade.

Evidente que as garantias constitucionais não devem ser estanques e nem podem ser tidas como absolutas em si mesmas. Compõe um sistema e dentro deste é normal que exista proteção a interesses considerados mais ou menos relevantes, o que exige do intérprete da norma a valoração de uns frente os outros, quando estejam, eventualmente, em conflito.

As regras jurídicas inconstitucionais e as normas constitucionais para serem aplicadas com equilíbrio estão interligadas no ordenamento jurídico, cuja justa aplicação somente será alcançada, em certas situações, quando for possível o detrimento de alguns direitos por elas conferidos em favor de outros de igual relevância para a condição humana.

O operador do Direito não deve restringir-se tão somente à interpretação fria da norma imposta pelo ordenamento jurídico. Daí surge a importância do princípio da proporcionalidade e da liberdade conferida pelo legislador ao juiz no momento da análise das provas existentes no processo. Esse princípio, como já afirmado anteriormente, tem como corolário estabelecer um equilíbrio entre os direitos que são imprescindíveis com aqueles que fiquem em um plano de menor importância para a solução do litígio.

O fundamento de validade para a aplicação do princípio da proporcionalidade encontra-se disciplinado no próprio texto constitucional. Dessa forma, a conduta do magistrado que venha a acolher como relevantes as provas tidas como ilícitas é constitucionalmente. Assim, adapta-se o processo à sua principal finalidade, que é a de instrumento tendente a possibilitar a melhor prestação jurisdicional para a sociedade.

Enfim, o tema será sempre relevante, notadamente em face do embate travado entre efetividade / instrumentalidade do processo e liberdades públicas. Certo é que deve haver um bom senso, sendo papel dos julgadores consagrar a realização da justiça, afinal a correta prestação da justiça deve estar atrelada à busca da verdade material.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental nº 703.258-SP*. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 11 de fevereiro de 2008. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 20 de julho de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADin nº 855-PR*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 1º de outubro de 1993. Disponível em acesso www.stf.gov.br. Acesso em 18 de julho de 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrin. *As nulidades no Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Novas tendências do Direito Processual de acordo com a Constituição de 1988*. 2. ed., São Paulo: Forense, 1990.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Tomo 1.

_____. *Manual do Processo de Conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Limites à Licitude Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Tomo 4.

MORAES, Alexandre de: *Direitos Humanos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas. *Revista de Processo*. São Paulo. nº 84. P. 141-151. Janeiro/Março 1996.

_____. *Temas de Direito Processual*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral: *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto: *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 29ª ed., 2005, vol. I.

TOLEDO, Suzana de Barros: *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa: *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 16ª ed., 1994, vol. III.

VASCONCELLOS, Roberto Prado de. Provas Ilícitas (enfoque Constitucional).
Revista dos Tribunais, n. 791, set. 2001, p. 456-485.