

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

CARLOS VINICIUS SOARES CABELEIRA

PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL

VITÓRIA

2010

CARLOS VINICIUS SOARES CABELEIRA

PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre em Direito Processual Civil.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Margareth Vetis Zaganelli.

VITÓRIA

2010

CARLOS VINICIUS SOARES CABELEIRA

PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre em Direito Processual Civil.

Aprovada com distinção em 21 de Maio de 2010

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Margareth Vetis Zaganelli
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientadora

Prof. Dr. Marcellus Polastri Lima
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux
Faculdade de Direito de Vitória
Membro Externo

Profa. Dra. Daniela Carvalho Almeida da Costa
Universidade Federal de Sergipe
Membro Externo

**A Deus de quem tudo recebi e para quem
tudo quero devolver**

**A João Carlos e Odacy pela vida que me
doaram**

A Thiago, companheiro de jornada

A Gisele pela presença carinhosa e pelo apoio

Agradeço ao Ministério Público Federal
Agradeço aos colegas e à biblioteca da
Procuradoria da República no Espírito
Agradeço aos professores e amigos Américo
Bedê Jr. e Hermes Zaneti Jr.

RESUMO

Estuda a prova ilícita no processo civil brasileiro a partir da oposição entre o direito constitucional à prova, decorrente do direito de acesso à justiça, e o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, decorrente do devido processo legal. A prova ilícita é a resultante da transgressão de norma de direito material, em oposição à prova ilegítima, em que há violação de normas processuais. As consequências para cada uma delas é diferente: enquanto a Constituição comina inadmissibilidade para a primeira, para a segunda a lei estabelece como sanção a nulidade. A distinção, que é acolhida majoritariamente pela doutrina brasileira, tem ligação com a divisão feita pela Teoria do Direito entre normas de comportamento e normas de competência, de modo que os efeitos jurídicos da violação de cada tipo de normas diferem. A lei n.º 11.690/2008 regulamentou o inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal por meio da alteração do Código de Processo Penal. Essa regulamentação também se aplica ao Processo Civil, com as adaptações necessárias, em razão das diferenças que existem entre os dois ramos da ciência processual. Analisa o tema das provas derivadas das ilícitas e as consequências processuais do reconhecimento da ilicitude de uma prova no processo. Em seguida, apoiando-se novamente na teoria geral do direito, analisa o tema da ilicitude e da sanção, bem como das excludentes de ilicitude, para concluir que, quando a ilicitude de uma conduta a partir da qual se originou uma prova está excluída, a prova deve ser considerada lícita para todos os fins. O questionamento da aplicabilidade da excludente de ilicitude é a primeira análise da proporcionalidade que pode levar ao aproveitamento de uma prova acusada de ilícita. Se a ilicitude cometida não está abrigada por nenhuma excludente, ainda assim é possível que não se apliquem as sanções previstas para as provas ilícitas, uma vez que os institutos da preclusão e do saneamento, além dos princípios do prejuízo e do contraditório, ligados à teoria das nulidades também devem ser aplicados às provas ilícitas quando houver a identidade de razões. Por fim, também podem ser aproveitadas provas ilícitas em razão da aplicação da proporcionalidade, para impedir que um direito fundamental sofra uma violação mais grave do que a cometida para a obtenção da prova ilícita, uma vez que todos os direitos fundamentais devem ser implementados na maior medida possível. A aplicação da proporcionalidade, todavia, deve ser feita com critério, por meio da fundamentação nas características do caso concreto e seguindo o método preconizado pela doutrina de considerar sequencialmente os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Palavras-chave: Inadmissibilidade da Prova ilícita. Ilicitude. Sanção. Nulidade. Princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT

This essay studies the illegal evidence in the Brazilian Civil Procedure from the opposition between the constitutional right to produce evidence, due to the right of access to justice, and the Exclusionary Rule of illegal evidence, resulting from due process of law. Illegal evidence is the one that is the result of transgression of substantive law rules, in opposition to illegitimate evidence, in which there is violation of procedural rules. The consequences for each one is different: while the Constitution renders inadmissibility for the first, law sets nullity as sanction for the second. The distinction, which is largely accepted by the Brazilian doctrine, is connected with the division made by the legal theory between norms of conduct and norms of competence, so that the legal consequences of violation of each type of standards differ. Law 11.690/2008 has regulated article 5 section LVI 5 of the Constitution through the amendment of the Code of Criminal Procedure. This regulation also applies to Civil Procedure, adapted as necessary, because the differences between the two branches of procedural law. Analyzes the “fruits of the poisonous tree doctrine” and the procedural consequences of recognizing the wrongfulness of evidence. Then, leaning back in the general theory of law, examines the issue of illegality and sanction, as well as legal excuses, to conclude that when the wrongfulness of conduct from which it originated evidence is excluded the evidence thus obtained should be lawful for all purposes. The question of the applicability of legal excuses is the first analysis of proportionality that can lead to non exclusion of evidence initially charged as illegal. If the unlawful act committed is not sheltered by any legal excuse, it is still possible not apply the penalties for illegal evidence, as the institutes of estoppel and curative acts, as well as the principles of “no nullity without damages” and of the adversary system, connected to the nullity theory should also be applied to illegally obtained evidence, for the identity of reason. Finally, the illegal evidence can be also used through the application of proportionality, to prevent a fundamental right to suffer a more serious violation than that committed by unlawful obtaining of evidence, since all fundamental rights should be implemented in most extent possible. The application of proportionality, however, should be done with responsibility, through grounding in the features of the case and following the method recommended by the doctrine through the subprinciples, sequentially considered, the appropriateness, necessity and proportionality in the strict sense.

Keywords: Illegal evidence. Exclusionary rule. Illegality. Sanction. Nullity. Principle of proportionality.

SUMÁRIO

Introdução.....	9
1 Prova no processo civil.....	13
1.1 Conceito, objeto e finalidade da prova	13
1.2 Aquisição da prova	14
1.3 Valoração da prova	16
1.4 Meios de prova.....	19
1.5 Direito constitucional à produção probatória.....	21
1.6 Limitações ao direito de provar	23
2 A proibição da prova ilícita	27
2.1 Provas atípicas e provas ilícitas	28
2.2 Provas ilícitas e ilegítimas	31
2.3 Provas ilícitas e proibições de prova.....	34
2.4 Normas processuais e materiais	37
2.5 Evolução no direito positivo brasileiro	45
2.6 Provas ilícitas no processo penal e processo civil	53
2.7 Teleologia da garantia fundamental da inadmissibilidade.....	58
2.8 Da Admissibilidade da Prova ilícita no processo	62
2.8.1 Posições favoráveis	62
2.8.2 Posições contrárias	67
2.9 Provas derivadas das ilícitas	70
2.10 Limitações à doutrina dos frutos da árvore venenosa	75
2.10.1 Limitação da fonte independente.....	76
2.10.2 Limitação da descoberta inevitável	78
2.10.3 Limitação da contaminação expurgada	80
2.10.4 Outras limitações reconhecidas pela Suprema Corte norte-americana	82
2.11 Consequências da ilicitude na produção probatória.....	84
2.11.1 Procedimento de desentranhamento e destruição.....	86
2.11.2 Descontaminação do julgado.....	90
3 Provas ilícitas e ilicitude.....	93
3.1 Ilicitude como categoria geral do direito	93
3.1.1 Ilicitude e sanção na teoria do direito.....	93
3.1.2 Reconhecimento da ilicitude	96
3.2 Excludentes de ilicitude	98
3.2.1 Excludentes de ilicitude na produção probatória.....	100
3.2.2 Legítima defesa.....	105
3.2.3 Estado de necessidade	109
3.2.4 Estrito cumprimento do dever legal.....	114
3.2.5 Precedentes no direito alemão e a “simples necessidade de prova”	115
4 Provas ilícitas e teoria das nulidades processuais.....	119
4.1 Preclusão	122
4.2 Princípio do prejuízo.....	125
4.3 Possibilidade de saneamento e convalidação.....	127

4.4	Contraditório.....	133
5	Provas ilícitas a luz da teoria da proporcionalidade.....	136
5.1	Princípio da proporcionalidade.....	136
5.2	Proporcionalidade e provas ilícitas no processo penal.....	140
5.2.1	Proporcionalidade e prova ilícita <i>pro reo</i>	141
5.2.2	Proporcionalidade e crimes graves no processo penal.....	144
5.3	Provas ilícitas e proporcionalidade no processo civil.....	146
5.3.1	Determinação dos bens jurídicos em conflito.....	148
5.3.2	Proporcionalidade e consideração do caso concreto.....	152
5.3.3	Subjetivismo na aplicação da proporcionalidade.....	154
5.3.4	Da importância do método.....	156
6	Conclusões.....	161
7	Referências.....	168

Introdução

O Estado democrático de direito assegura aos cidadãos a proteção das suas posições jurídicas em face dos agentes estatais e dos outros cidadãos por meio do recurso último ao Poder Judiciário. Constitui direito fundamental estabelecido no artigo. 5º XXXV da Constituição que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A Carta Constitucional estabelece o devido processo legal como meio de atuação do Poder Judiciário para fazer valer os direitos e deveres constitucionais ou constitucionalmente admitidos. Assim, dispõe o inciso LIV do mesmo artigo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

O devido processo legal é estabelecido pela legislação infraconstitucional com observância dos parâmetros formais e materiais previstos na Constituição. A garantia do contraditório e da ampla defesa, estabelecida no artigo 5º inciso LV, é um dos parâmetros constitucionais do devido processo legal.

Os direitos ao acesso à Justiça, ao devido processo legal, bem como ao contraditório e à ampla defesa servem de fundamento para o direito constitucional à prova. A prova é o meio para fazer chegarem ao conhecimento do juiz, no processo, os fatos relevantes para o julgamento da causa. O direito à prova é um direito instrumental de outros direitos, uma vez que é por meio da exata comprovação dos fatos no processo que o cidadão poderá obter o provimento jurisdicional que dê efetividade aos seus direitos.

O direito à prova, no entanto, não é ilimitado. A verdade dos fatos não pode ser buscada no processo a qualquer custo. Em especial, não pode haver violação a direitos de outros titulares em qualquer fase da produção da prova. Além disso, a produção probatória em si também está submetida ao devido processo legal estabelecido de modo que a violação deste, por si só, pode ser uma violação aos direitos de outros titulares.

De forma explícita, a Constituição assegura como direito fundamental no inciso LVI do artigo 5º que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.” Tal dispositivo consagra o princípio da proibição da prova ilícita.

Esse dispositivo tem sido objeto de vários trabalhos doutrinários e de longa evolução jurisprudencial desde a promulgação da Constituição de 1988. Recentemente, a Lei n.º 11.690 de

10 de junho de 2008 deu nova redação ao artigo 157 do Código de Processo Penal, regulamentando o dispositivo constitucional, abrindo um campo de pesquisa sobre a aplicabilidade do novo dispositivo ao processo civil.

Além disso, a aplicação desse dispositivo não prescinde da solução de várias questões interpretativas, a começar pelo exato entendimento do que seja a “inadmissibilidade” e do que são “meios ilícitos”, para o que é de grande utilidade o recurso à teoria geral do direito.

O objetivo deste trabalho é analisar as principais questões a respeito do tema das provas ilícitas no processo civil brasileiro, a partir da pesquisa de fontes bibliográficas doutrinárias, jurisprudenciais e legais. A jurisprudência pesquisada se limita àquela oriunda do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e o objetivo da sua apresentação é mostrar a repercussão das opiniões doutrinárias, e não extrair novas ideias da sua análise e estudo sistemático.

A referência aos ordenamentos jurídicos português, espanhol, italiano, alemão e norte-americano será feita de maneira suplementar não só para lançar luzes sobre a origem das soluções tradicionalmente adotadas entre nós, como também para avaliar a propositura de novas.

O trabalho circunscreve-se ao tema das provas ilícitas no processo civil. Não é possível, todavia, como se verá, não beber das fontes processuais penais. Em primeiro lugar em razão da própria origem do dispositivo constitucional, que visou, inequivocamente, à proteção do cidadão objeto de investigação e processo penais, à semelhança do que ocorre em todos os países que foi possível pesquisar, o que se reflete na quantidade e na qualidade das fontes bibliográficas sobre o tema. Em segundo lugar, porque a regulamentação do dispositivo constitucional, não limitado ao processo penal, foi feita por meio de alteração do Código de Processo Penal. De um lado a tradição, de outro a inovação, o tema das provas ilícitas está intimamente ligado ao processo penal.

Esse ponto é, no entanto, precisamente o que atrai o maior interesse para a pesquisa do tema, uma vez que a doutrina processual civil a seu respeito, em termos de quantidade de produção, não tem refletido a importância do tema.

Cabe, ainda, referir que o presente trabalho não se detém sobre as violações que originam a ilicitude da prova. Os temas da tortura, intervenções corporais, inviolabilidade de domicílio, intimidade, privacidade, gravações e interceptações telefônicas são fundamentais no tema das

provas ilícitas exatamente porque são sua origem e a eles são feitas várias referências. Entretanto, saber se uma gravação é lícita, ou não, é objeto do estudo do direito fundamental em si e não do estudo da inadmissibilidade das provas ilícitas, que é um tema estritamente processual.

Essa observação é importante porque quase todos os livros, capítulos ou artigos que tratam de provas ilícitas abordam de maneira detida esses assuntos. Na jurisprudência, quase sempre a referência a provas ilícitas está associada a gravações secretas ou interceptações telefônicas. Este trabalho, no entanto, não analisa a questão sobre a licitude ou não de uma gravação ou interceptação, mas sim, quais as possibilidades de sua utilização no processo, partindo do pressuposto que a prova é ilícita.

Temporalmente, o trabalho limita-se ao período posterior à Constituição de 1988, ainda que alguns antecedentes sejam indicados.

No primeiro capítulo faz-se uma breve análise sobre o tema da prova no processo civil de maneira geral, sem se abordar especificamente este ou aquele meio de prova. Analisa-se ainda o direito constitucional à prova e as limitações constitucionais à produção probatória, que são o pano de fundo sobre o qual se desenvolve o tema das provas ilícitas.

No segundo capítulo apresentam-se os principais institutos sobre o tema das provas ilícitas no processo civil, em especial a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, que é fundamentada não apenas na doutrina processual nacional e estrangeira, mas também é apresentada como decorrente da diferente natureza das normas materiais e processuais. Apresenta-se a evolução do tema no direito positivo brasileiro, em especial a regulamentação feita pela lei n.º 11.690/2008 e suas consequências para o processo civil. São estudados os principais argumentos contrários e favoráveis à admissibilidade da prova ilícita, bem como o tema da prova ilícita por derivação, a doutrina dos *“fruits of the poisonous tree”* e suas limitações mais conhecidas. Por fim, trata dos efeitos práticos no processo do reconhecimento da ilicitude do elemento de prova. Esse capítulo procura apresentar o “estado da arte” com relação ao tema das provas ilícitas.

O terceiro capítulo recorre à Teoria Geral do Direito para tratar da ilicitude. Como a Constituição veda a admissibilidade das provas ilícitas, mister compreender o que seja ilicitude para verificar as suas consequências probatórias. Procura mostrar a diferença entre a ilicitude e a aplicação de sanção. A sanção é apresentada como uma consequência acessória e não necessária da ilicitude, que pode ser de naturezas diversas (penal, civil, administrativa) e mesmo ser aplicada a atos

lícitos. Em seguida apresenta o tema das excludentes de ilicitude e como a aplicação das excludentes de ilicitude afasta a aplicação da norma sobre provas ilícitas, constituindo uma primeira fase do juízo de proporcionalidade e dispensando muitas vezes o recurso ao princípio da proporcionalidade por meio da ponderação com outros bens jurídicos, uma vez que a prova justificada por uma excludente deve ser considerada lícita para todos os fins.

No quarto capítulo busca-se demonstrar que alguns institutos da teoria das nulidades devem ser aplicados na definição das consequências da admissão de uma prova ilícita no processo. Apesar de ser bem assentado que a nulidade é consequência da violação de normas processuais, o que implica a ilegitimidade da prova, e não sua ilicitude, por causa da identidade de motivos, os institutos da preclusão e do saneamento, os princípios do prejuízo e do contraditório devem ser aplicados às provas ilícitas. Busca-se ainda, apresentar uma versão mais moderna da teoria das nulidades, em que a distinção entre nulidade absoluta e relativa é colocada em segundo plano.

Por fim, o quinto capítulo aborda a aplicação do princípio da proporcionalidade para admissão de provas verdadeiramente ilícitas. Em primeiro lugar sustenta-se a possibilidade de aplicação da proporcionalidade na interpretação da garantia constitucional, no lugar de uma interpretação literal. Em segundo lugar procura-se definir como se deve dar essa aplicação, ressaltando, em especial, a importância do método a ser seguido.

1 Prova no processo civil

1.1 *Conceito, objeto e finalidade da prova*

O termo “prova” é utilizado, no processo civil, para designar realidades diferentes, ainda que inter-relacionadas. A prova é a atividade dos sujeitos processuais de trazer para o processo os fatos que são relevantes para a decisão da causa. Em alguns casos é necessário também introduzir no processo as normas jurídicas que deverão ser consideradas para a solução da causa, como no caso de direito estrangeiro, municipal, estadual ou costume (artigo 337 do Código de Processo Civil).

O processo é o método para o exercício da jurisdição, que se consubstancia em uma sequência de atos jurídicos e materiais praticados pelos sujeitos processuais, entre eles o juiz e as partes. Para que as normas jurídicas possam ser aplicadas e o processo possa cumprir sua finalidade é necessário que os fatos relevantes sejam reproduzidos no processo pelos sujeitos processuais. Essa atividade de reprodução dos fatos relevantes no processo é chamada prova.

Os meios de prova são as diferentes formas pelas quais os fatos são trazidos ao processo. Assim, as testemunhas, os documentos, os peritos e a inspeção judicial são meios de prova.

Prova é, também, o resultado da atividade das partes e demais sujeitos processuais. Quando se diz que há prova de determinado fato, quer-se significar que alguém permitiu que ele fosse adequadamente reproduzido no processo.

A finalidade da prova é reproduzir nos autos os elementos relevantes para que a causa seja solucionada a partir do conhecimento dos mesmos pelo juiz. Por isso diz-se que o juiz é o destinatário da prova.

Para Oliveira, o objetivo da prova judiciária é

a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.¹

¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 289.

1.2 Aquisição da prova

A aquisição da prova para o processo abrange várias fases. Adota-se neste trabalho a divisão entre as fases de proposição ou requerimento da prova; admissão; produção e documentação no processo². A aquisição da prova ocorre nas fases postulatória e instrutória do processo.

A proposição da prova é o momento no qual a parte indica ao juiz os meios de prova que julga que serão úteis para a reprodução adequada dos fatos no processo e requer a sua admissão, no caso de provas pré-constituídas, ou a sua produção no curso do processo, no caso de prova constituenda. Com relação às provas testemunhais e periciais, a proposição é, de regra, feita na petição inicial ou contestação (artigos 276; 282 inciso VI; e 300 do Código de Processo Civil), assim como no caso das provas documentais (artigo 396 do Código de Processo Civil).

Segundo Reichelt, “o juízo de admissibilidade da prova é aquele que concerne à aferição da possibilidade do emprego de determinada ferramenta na investigação da realidade histórica desenvolvida ao longo do processo.”³

Para Didier Jr. o juízo de admissibilidade é categoria pertencente à teoria geral do processo e é exercido não apenas em questões probatórias, mas também, por exemplo, na determinação do próprio procedimento e na aceitação de recursos. Para o autor,

a inadmissibilidade é uma decisão que obsta o prosseguimento da atuação do magistrado, impedindo-o de examinar o mérito do ato postulatório (objeto do ato conclusivo do procedimento), porque não permite o prosseguimento da marcha procedimental, de resto iniciada a partir de uma demanda (inicial ou incidental).⁴

O deferimento, ou admissão, é o ato do juiz no qual ele avalia se a prova, na forma como proposta, ou seja, de acordo com o alegado pelas partes, é pertinente e relevante, de modo que possa ser produzida no processo. Esse momento é de crucial importância no tema das provas ilícitas, uma vez que, para admitir uma prova, o juiz deve também perquirir sobre a sua licitude formal e material.

² Cf. ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 123.

³ REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 285.

⁴ DIDIER JR., Fredie. O juízo de admissibilidade na teoria geral do direito. In DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 298-299.

Pertinência da prova é a relação dos fatos do mundo material que a prova busca reproduzir no processo com os objetivos deste. A prova de fatos que não têm relação com o que se discute no processo é impertinente. A pertinência abrange tanto a prova direta dos fatos jurídicos quanto a prova indireta desses mesmos fatos. Ou seja, são pertinentes as provas de fatos simples que não têm efeito jurídico em si, mas servem de ponto de partida para um raciocínio que leve a considerar provado um fato jurídico objeto do processo.

A relevância é a necessidade de produção daquela prova à vista do que é alegado pelas partes, das provas já produzidas e do conhecimento público. Assim, são irrelevantes as provas que buscam reproduzir fatos incontroversos ou objeto de confissão, os fatos notórios e aqueles em favor dos quais milita uma presunção, nos termos do artigo 334 do Código de Processo Civil.

A Constituição dispõe que “são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos”, de modo que o momento da admissão tem estrita ligação com o mandamento constitucional.

Neste momento o juiz deverá perquirir sobre a existência de alguma limitação probatória, uma vez que existe o direito constitucional à prova, mas existem também as limitações constitucionais e legais à atividade probatória. Deverá, também, verificar se há alguma ilicitude na formação ou obtenção da prova pré-constituída, que possa ser identificada desde o início.

A produção é a introdução do meio de prova no processo e sua documentação. No caso das provas orais é a realização do depoimento da testemunha, da parte, do perito ou de terceiro que não seja testemunha, como os chamados informantes. As provas produzidas no decorrer do processo, durante a fase instrutória são chamadas constituendas. No caso de provas documentais ou materiais, a sua produção é a juntada aos autos. São as chamadas provas pré-constituídas.

Por esse motivo, a produção da prova documental ocorre, de regra, na petição inicial ou contestação, ou seja, no mesmo momento da sua propositura. Dessa forma, quando o juiz faz a admissão da prova documental essa já está nos autos, de forma que a sua ilicitude pode ser, desde logo, perquirida de uma forma mais detalhada que a das provas orais.

Ressalvem-se os casos em que a lei autoriza que a parte requeira ao juiz que determine a outra pessoa que apresente certo documento (artigos 355 e 360 do Código de Processo Civil). Nessas hipóteses, quando o juiz avalia a pertinência e a relevância do documento, faz a sua admissão, ao passo que a produção ocorrerá no momento em que a referida pessoa apresentá-lo em juízo.

No caso das provas documentais e documentadas, pode-se, ainda, identificar um momento de formação da prova. A formação da prova é o surgimento da mesma extraprocessualmente. No caso de um documento escrito pode ser a sua lavratura, no caso de um audiovisual, a gravação. Também podemos falar em formação da prova quanto à obtenção da mesma. Os depoimentos extrajudiciais (prova documentada) também se formam quando são colhidos e em seguida obtidos pela pessoa que o produzirá no processo.

A importância da formação da prova para o estudo das provas ilícitas está, de acordo com Ricci, em que o verdadeiro problema da ilicitude das provas pré-constituídas não está tanto na sua introdução no processo de modo irregular, quanto na diversa circunstância de irregularidade no que concerne ao modo em que essas tenham advindo à posse da parte que as utiliza, como, por exemplo, documentos roubados ou obtidos da parte adversa por meio de fraude.⁵ O problema da ilicitude dessas provas pode estar, ainda, nas condições em que a prova se formou extraprocessualmente.

1.3 Valoração da prova

A valoração ou avaliação da prova é a atribuição de credibilidade ao resultado da atividade probatória no sentido de concluir se um fato, tal como representado no processo, pode ser considerado existente para fim de se atribuírem, por meio do processo, suas consequências jurídicas.

Entre os sistemas de avaliação da prova destacam-se o sistema da prova legal, o sistema do livre convencimento e o da persuasão racional ou livre convencimento motivado. Não há sistema puro, de forma que as três vertentes estarão presentes, em maior ou menor medida, em um dado ordenamento jurídico.

O sistema da prova legal é aquele no qual a lei antecipadamente determina o valor de determinado meio de prova, não havendo margem para atuação do juiz.

Comumente se associa o sistema da prova legal a um processo arcaico, primitivo, em que o depoimento de pessoas de uma classe tem mais valor que o de pessoas de uma classe inferior; ou

⁵ RICCI, Gian Franco. Le prove illecite nel processo civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, p. 69.

ainda que determinado fato somente se prova pela palavra de um determinado número de testemunhas. De acordo com Cappelletti, no processo medieval toda prova estava legalmente predeterminada em proporções aritméticas: *probatio plena*, *probatio semiplena*, um quarto ou um oitavo de prova. O juiz devia contar as provas, em vez de pesá-las. A lei operava no lugar do juiz de maneira abstrata, apriorística e formal.⁶

A prova legal, no entanto, é também uma garantia para a parte no momento em que limita a discricionariedade jurisdicional. De acordo com Foucault a prova legal significou uma garantia contra o arbítrio da íntima convicção, pois o sistema da prova legal cerceia o magistrado severamente, e sem essa regularidade qualquer julgamento de condenação seria temerário. Foucault acrescenta que não devemos esquecer que essas exigências formais da prova jurídica eram um modo de controle interno do poder absoluto e exclusivo de saber.⁷

No mesmo sentido, Nuvolone observa que à época do Iluminismo, o abandono do princípio das provas legais foi considerado consequência necessária da racionalização do processo; mas, já no pensamento de Cesare Beccaria, vigia a preocupação de não abrir muito espaço ao arbítrio do juiz, e a luta contra certos meios de prova, como por exemplo a tortura, foi determinada também em razão dessa preocupação.⁸

No nosso sistema atual existem várias regras que remetem ao sistema da prova legal. É o caso dos contratos de valor superior a 10 salários mínimos, que não podem ser provados exclusivamente pelo depoimento de testemunhas (artigo 401 do Código de Processo Civil); dos atos sujeitos à forma pública que somente se provam pelo instrumento público (artigo 366 do Código de Processo Civil); ou, ainda, de situações específicas, como a da prova de tempo de serviço para fins previdenciários, em que também não se admite a prova exclusivamente testemunhal (artigo 55 §3º da Lei n.º 8.213/91).

É possível observar que o sistema da prova legal estabelece parâmetros objetivos para que se considere algo provado com vistas à credibilidade da decisão. Isso mostra que as regras de prova legal têm objetivo diverso daquele das regras sobre proibições e limitações de prova. Enquanto

⁶ CAPPELLETTI, Mauro, *Proceso, ideologías, sociedad*, ed. Jur. Europa-America, Buenos Aires, 1974, p.57 Apud KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.1993. *Ajuri: Revista da Associação dos juizes do Rio Grande do Sul*. mar. 1996, p. 67

⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 37.

⁸ NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. *Rivista di Diritto Processuale*. 1966, p. 447.

aquelas limitam a liberdade de valoração do juiz em prol do valor verdade, estas sacrificam o valor verdade em prol de outros valores consagrados pela Constituição.⁹

O sistema do livre convencimento do juiz é também conhecido como sistema da livre apreciação da prova ou da convicção íntima do juiz. É aquele no qual o juiz não está limitado por condicionantes prévias do valor de um ou outro elemento de prova, nem está obrigado a motivar sua decisão.

Apresenta-se como uma espécie de reação ao sistema da prova legal ou prova tarifada, deixando ao juiz uma ampla margem de discricionariedade para chegar às suas conclusões a partir do conjunto probatório reunido nos autos.

Para Nuvolone, o princípio do livre convencimento do juiz significa que o juiz não é vinculado a um sistema de provas legais, pelo qual certos fatos podem ser provados somente com determinados meios, e para o qual certas provas não podem ser contraditadas por outras; mas não significa que o juiz não está vinculado à legalidade na escolha das provas e na sua aquisição.¹⁰ De acordo com Walter “se algo pode ser objeto de valoração ou não, é questão que não pode ser esclarecida através da referência à liberdade de valoração. A liberdade de valoração é uma mera autorização para valorar, não uma autorização para utilizar.”¹¹

O sistema da convicção íntima é admitido constitucionalmente para o tribunal do júri, no que se refere à decisão do conselho de sentença; e também nos casos de julgamento de *impeachment* pelo Senado Federal. Nessas hipóteses, nem o jurado nem o senador têm a obrigação de fundamentar sua decisão, devendo obediência apenas à sua consciência.

O sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado busca um compromisso entre os extremos da prova tarifada e do livre convencimento. Aqui, não há valoração prévia pela lei dos elementos de prova, podendo o juiz extrair sua convicção de quaisquer elementos que forem apresentados no processo, desde que sejam admissíveis. Há, no entanto, o dever de fundamentar a decisão por meio da exposição dos elementos de prova considerados e do valor atribuído a cada um.

⁹ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. Ritorno al sistema della prova legale? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. n. XVII, 1974, p.139-141.

¹⁰ NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. *Rivista di Diritto Processuale*. 1966, p. 448.

¹¹ WALTER, G. *Freie Beweiswürdigung*, 1979, p. 285, Apud ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 103.

A fundamentação das decisões judiciais é que permite o controle da racionalidade da decisão judicial e sua revisão por meio recursal. Além disso, ela permite a aceitação dos julgamentos pelo jurisdicionado com o conhecimento da *ratio decidendi*, estando intimamente ligada à legitimação constitucional e democrática da atividade do Judiciário. Por isso, o constituinte procurou deixar o dever de fundamentar expresso no texto constitucional, no artigo 93, inciso IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”.

Na fundamentação deve ficar claro o peso que teve cada elemento de prova. Desse modo, se houver valoração de elemento de prova que venha a ser considerado ilícito, o controle será possível tanto para mudar o resultado do julgamento, quanto para mantê-lo com base nos elementos de prova oriundos de fonte independente.

Nesse sentido, Knijnik considera que é a sindicabilidade do processo de convencimento do juiz que permite a integração do princípio da persuasão racional com o indispensável discurso jurídico controlador.¹²

O Código de Processo Civil acolhe o sistema da persuasão racional de forma indireta no artigo 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”. O Código de Processo Penal, por sua vez, dispõe expressamente no artigo 155 que “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial.”

1.4 Meios de 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 prova típicos e atípicos. Os primeiros são os que têm expressa previsão nos códigos de processo. O Código de Processo Civil relaciona as testemunhas, as perícias, a inspeção judicial, o depoimento das partes e os documentos. Trata ainda da confissão e da exibição de documento ou coisa.

¹² KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.1993. *Ajuri: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. mar. 1996, p. 70.

Chama-se elemento de prova o documento processual que retrata o resultado de cada meio de prova aportado no processo, por exemplo, cada termo de depoimento, cada documento, cada laudo pericial, e assim por diante.

Observe-se que nem todos os institutos disciplinados nos códigos são propriamente meios de prova.

A confissão, referida no Código de Processo Civil, artigo 348; no Código Civil, artigo 212, inciso I; e no Código de Processo Penal, artigo 197; não é propriamente meio de prova. A confissão é a admissão pela parte de um fato contrário ao seu interesse e favorável ao interesse da parte contrária. Ela pode ocorrer por meio de um documento ou do depoimento pessoal.

Os códigos preveem, também, procedimentos probatórios como a exibição de documento ou coisa (Código de Processo Civil artigo 355); o reconhecimento de pessoas e coisas (Código de Processo Penal artigo 226); a acareação (Código de Processo Penal artigo 229); a busca e apreensão (Código de Processo Penal artigo 240). Esses procedimentos não são meios de prova, apenas disciplinam a obtenção de provas documentais ou a tomada de depoimentos em situações específicas.

Alguns procedimentos podem ser considerados meios de busca de prova. Assim, a busca e apreensão, assim como a exibição de documento, é um meio de busca de provas documentais; a interceptação telefônica é um meio de busca de gravações de conversas telefônicas.

Tampouco os indícios, previstos no artigo 239 do Código de Processo Penal, e a presunção (Código Civil artigo 212, inciso IV) são meios de prova. Os primeiros são uma classificação quanto ao convencimento que se extrai da prova. Os indícios precisam ser conjugados com outros elementos para provarem um fato, e podem estar contidos, por exemplo, em documentos, testemunhos e laudos periciais. A presunção, por sua vez, é o raciocínio que parte dos indícios para considerar provado outro fato.

Não existem outros meios de prova possíveis. Apesar de existirem diversas formas de expressão das provas documentais como escritos, cartas, mensagem de correio eletrônico, filmagens, fotografias, gravações, todos são abrangidos no conceito de prova documental. Pode até haver várias formas de busca ou obtenção de meios de prova, mas o resultado será sempre uma coisa ou uma pessoa, sendo que esta pode ser leiga ou especialista.

As provas atípicas são aquelas produzidas de maneira diversa das previstas nos códigos. Esse tema será tratado no próximo capítulo, quando se fizer a diferenciação entre prova atípica e prova ilícita.

1.5 Direito constitucional à produção probatória

De acordo com Cambi, “O direito à prova, sob o enfoque da efetividade, é o direito de realmente poder influir no convencimento do juiz, valendo-se de todos os meios de prova considerados úteis e idôneos para demonstrar a existência e eficácia dos fatos pertinentes e relevantes da causa.”¹³

De acordo com Alexandre,

O tema do direito à prova no processo civil tornou-se particularmente merecedor de atenção na Itália e na Alemanha, na sequência da jurisprudência da *Corte Costituzionale* e do *Bundesverfassungsgericht* que, com base, respectivamente, nos artigos 24º e 103º I, das Constituições desses países, consideraram tal direito uma manifestação essencial do exercício de ação e de defesa.¹⁴

Segundo Walter, do conteúdo essencial do direito à prova constam os seguintes aspectos: o direito de alegar fatos no processo; o direito de provar a exatidão ou inexatidão desses fatos, através de qualquer meio de prova (o que implica, segundo o autor, a proibição de um elenco taxativo de meios de prova); além do direito de participar na produção das provas.¹⁵

A produção da prova é um direito fundamental das partes. A Constituição garante a todos, no artigo 5º inciso XXXV, que nenhuma lesão a direito ou ameaça de lesão será excluída da apreciação do Poder Judiciário. Esse dispositivo consagra o direito de acesso à Justiça.

O acesso à justiça tem uma face formal e uma face material. O acesso à justiça formal é a capacidade de levar uma determinada questão ao conhecimento do Poder Judiciário, o direito de propor uma demanda e de obter uma resposta em tempo razoável. O acesso à Justiça material é o direito à obtenção de uma decisão justa.

A decisão justa depende da exata reprodução dos fatos em juízo, ou seja, depende da produção probatória. Nesse diapasão, a produção probatória é instrumento do exercício de qualquer direito,

¹³ CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 170.

¹⁴ ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 69.

¹⁵ WALTER, G. Il diritto alla prova in Svizzera. *Rivista trimestrale di diritto e Procedura Civile*. 1991, p. 1198.

fundamental ou não. O cerceamento do direito de provar pode levar a pessoa a não obter a adequada proteção da sua posição jurídica, uma vez que a aplicação do direito depende da indicação e demonstração dos fatos que constituem as hipóteses de incidência das normas.

De acordo com Gomes Filho, o direito à prova é um direito subjetivo com

a mesma natureza constitucional e o mesmo fundamento dos direitos de ação e de defesa: o direito de ser ouvido em juízo não significa apenas poder apresentar ao órgão jurisdicional as próprias pretensões, mas também inclui a garantia do exercício de todos os poderes para influir positivamente sobre o convencimento do juiz.¹⁶

A produção de prova também é albergada pelo direito à ampla defesa, que não está restrita à atividade do réu, mas abrange a defesa do direito tanto no polo ativo da relação processual quanto no passivo. A prova é um dos “meios” inerentes à ampla defesa do direito. Desse modo, deve ser também levada em conta na constelação de princípios a serem considerados para solução de problemas de direito fundamental envolvendo provas.

O direito à produção probatória também tem ligação com o devido processo legal¹⁷. Se a lei estabelece um procedimento em que a parte tem o direito de produzir todas as provas pertinentes, relevantes e admissíveis, o impedimento da produção probatória por parte do juiz viola o devido processo legal formal.

Se no procedimento estabelecido pela lei o direito à produção probatória é indevidamente restringido, de modo que o exercício do direito material fica obstaculizado, tal procedimento é injusto e viola o devido processo na sua acepção material.

O direito à prova se estende a todas as fases da aquisição da prova: a formação, a admissão, a produção e a valoração. Não teria utilidade ou eficácia alguma o direito à prova se não existisse o direito à sua consideração e valoração na decisão judicial.¹⁸

O direito constitucional à prova, que pode ser extraído de vários princípios constitucionais fundamentais como visto, também está previsto em tratados internacionais subscritos pelo Brasil e devidamente integrados ao direito positivo nacional.

¹⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 84.

¹⁷ Cf. CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 166.

¹⁸ Cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 302.

A Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁹ estabelece, no artigo 8º, vários dispositivos dos quais pode se extrair o direito à prova.

O artigo 8.1, por exemplo, dispõe que toda

peessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

O artigo 8.2, a seu turno, afirma que, durante o processo,

toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a garantias mínimas, dentre as quais a ‘b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; (...) f) direito de a defesa inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras que possam lançar luz sobre os fatos.

Da mesma forma, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos²⁰ assegura a toda pessoa o direito de ser ouvida publicamente e com todas as garantias (artigo 14.1 alínea “e”), além do direito de “inquirir ou fazer inquirir as testemunhas de acusação e de obter comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação”.

Para Cambi, em virtude do artigo 5º, §2º, da Constituição,

é possível sustentar que o direito à prova não é apenas uma decorrência das garantias constitucionais da ação, da ampla defesa e do contraditório, mas, após a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, também uma regra de direito positivo, que integra o catálogo dos direitos fundamentais e deve ser interpretada com a finalidade de assegurar a máxima realização da justa tutela jurisdicional.²¹

1.6 Limitações ao direito de provar

Os mesmos princípios constitucionais e normas internacionais que determinam o direito constitucional à prova permitem chegar à conclusão de que esse direito é limitado.

¹⁹ Conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, foi incorporada ao direito pátrio pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1922.

²⁰ Firmado em 16 de dezembro de 1966, ratificado pelo Brasil pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992

²¹ CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 169.

A possibilidade de produção probatória ilimitada geraria uma dilação indevida do processo além do gasto desnecessário de recursos públicos e particulares. Nesse caso seriam violados outros dois princípios constitucionais, o da duração razoável do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII) e o da economicidade dos recursos públicos (artigo 37 *caput*).

A produção probatória deve, ainda, respeitar outros valores e princípios não especificamente processuais que merecem igual acolhida e proteção pelo direito.

Como lembra Cambi,

a verdade processual não é um fim em si mesma, mas mero instrumento para realizar a Justiça. Por isso, a busca da verdade não é um valor absoluto e está a serviço da legitimação da decisão judicial, não se justificando a qualquer preço, devendo ser temperada, no contexto dos demais valores a serem tutelados pelo ordenamento jurídico.²²

O exercício do direito à prova pode lesionar outros direitos constitucionais da parte adversa ou de terceiros. São exemplos as violações dos direitos à honra, à imagem, à privacidade, à intimidade, ao sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas, ao sigilo profissional, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de crença e religião, à proteção à família, à infância, às prerrogativas de certas funções públicas, à liberdade de ir e vir, a disposição do próprio corpo, e à saúde, entre outros.

A importância de se caracterizar o direito à produção probatória como de matriz constitucional não está na garantia de toda e qualquer pretensão de produção probatória de forma irrestrita. Na verdade, o reconhecimento do *status* constitucional faz com que todas as restrições probatórias tenham que ser também fundamentadas na proteção a outros princípios constitucionais. Não é possível o estabelecimento de restrições probatórias não devidamente fundamentadas. Dessa forma, o Poder Legislativo tem papel relevantíssimo no sopesamento dos princípios constitucionais que justificam as restrições probatórias, por meio do estabelecimento das leis.

Como afirma Picó i Junoy, a ilicitude da prova é um limite extrínseco do direito constitucional à prova. O autor considera, fundado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, que o direito à prova é um direito de configuração legal, motivo pelo qual o legislador pode regular seu exercício como considere mais oportuno.²³

²² CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil Admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 63

²³ PICO I JUNOY, Joan La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil. *Justitia: Revista e derecho procesal*, 2005, n 3-4.

A lei, como expressão da vontade dos representantes populares nos poderes Executivo e Legislativo, deve desempenhar a função de compatibilizar, da melhor forma possível, os diversos direitos fundamentais de natureza processual e material, ao estabelecer as regras probatórias.

Dessa forma, seja nos direitos fundamentais com reserva expressa, qualificada ou simples, seja naqueles sem reserva expressa, a lei deve refletir um sopesamento, feito durante o processo legislativo, dos diversos valores e princípios constitucionais envolvidos de modo a restringir o direito de produzir provas quando o seu exercício puder importar menoscabo indevido de outros direitos. O sopesamento ou ponderação que a lei deve refletir, em decorrência do processo democrático empregado na sua elaboração, será avaliado pelo Judiciário de acordo com o critério da proporcionalidade.

Desse modo, segundo Cambi,

o legislador não pode criar limites não razoáveis ou injustificados ao exercício do direito à prova, uma vez que sua consagração visa tornar mais efetiva (isto é, menos árdua ou mesmo impossível) a tutela dos direitos. Uma regra probatória não pode servir como pretexto para supressão dos direitos subjetivos.²⁴

De acordo com Comoglio, o direito à prova é considerado irracionalmente limitado quando suprimido de modo absoluto (isto é, quando deixa a parte sem nenhum meio probatório para a demonstração do fato controvertido), de modo que a atividade probatória pode ser restringida desde que a limitação seja razoável e possibilite que o fato venha a ser provado por outros meios de prova.²⁵

Taruffo observa que as normas que vedam a utilização de certos meios de prova em casos específicos não impedem as partes de utilizar outros meios de prova, para demonstrarem o fundamento de sua pretensão. Alerta, no entanto, que não se pode esquecer o perigo de que embora essas limitações legais surjam, em abstrato, como relativas, em concreto podem se tornar absolutas, se a parte não dispuser de outra prova. A partir dessa consideração, propugna que, ao invés de se presumir que todos os limites probatórios são justificados, a menos que comprimam

²⁴ CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 186.

²⁵ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 2ª ed. riv. ed amp. Torino: UTET, 2004, p. 54, nota 101.

excessivamente o direito à prova, deve-se partir do princípio oposto, de acordo com o qual nenhum limite é justificado, salvo se existirem razões especiais e relevantes para impô-lo.²⁶

Os tribunais também devem considerar a natureza constitucional do direito à prova. Desse modo, a admissibilidade de um meio de prova não necessita de fundamentação suplementar, ao passo que a sua recusa deve ser sempre baseada em uma norma ou princípio jurídico, não podendo o tribunal exercer, neste campo, um poder discricionário.²⁷

Segundo Walter, justificam-se as restrições do direito à prova se se podem verificar cumulativamente os seguintes requisitos: a) necessidade de salvaguardar um interesse público preponderante; b) respeito pelo princípio da proporcionalidade; c) manutenção do núcleo intangível do direito à prova.²⁸

Esses princípios são importantes para a interpretação da garantia da vedação das provas ilícitas, que será analisada mais de perto no próximo capítulo.

²⁶ TARUFFO, Micheli. Il diritto alla prova nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. 1984, anno XXXIX (Seconda Serie) p. 80. Apud ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 74.

²⁷ Cf. ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 233.

²⁸ WALTER, G. Il diritto alla prova in Svizzera. *Rivista trimestrale di diritto e Procedura Civile*. 1991, p. 1198-1199.

2 A proibição da prova ilícita

A Constituição garante ao cidadão que não são admissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos. Dessa forma, é a partir da interpretação constitucional que devemos buscar um significado para esse conceito. Ainda que o conceito 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, dentro da margem de discricionariedade deixada ao legislador, legitimado pelo voto popular e pelo princípio formal de validade das leis.

O capítulo anterior buscou delimitar o que é a prova, quais as etapas de aquisição e meios. O conceito de prova ilícita, no entanto, não prescinde de uma breve análise sobre o que é a ilicitude e a que a Constituição se refere quando fala em “meios ilícitos” para obtenção de prova.

É oportuno diferenciar a prova ilícita da prova “obtida por meios ilícitos”. As provas ilícitas seriam as referentes a métodos irracionais ou aleatórios. Tais meios de prova são ilícitos em si mesmo, porque contrariam princípios constitucionais básicos como a dignidade da pessoa humana ou a racionalidade do direito. É o caso do recurso a oráculos ou ordálias²⁹. Estas últimas são procedimentos através dos quais o fato se considerava provado caso um teste de sorte tivesse um determinado resultado, ou então de acordo com o resultado de uma prova física, como fazer uma pessoa caminhar sobre brasas ou atirá-la ao fundo de um rio. Para proibir isso não há necessidade de vedação constitucional específica.

Dessa forma, a expressão “provas ilícitas”, na verdade, se refere às provas obtidas por meios ilícitos. Isso porque não é o meio de prova em si que é contrário ao direito, mas a forma da obtenção do elemento de prova material, ou do conhecimento que será declarado em juízo, por meio de prova testemunhal.

O depoimento pessoal de uma parte é um meio de prova válido. Se, no entanto, esse é obtido mediante coação física, o meio para obtenção terá sido ilícito. Documentos também são meio de provas válidos. Mas no caso de serem obtidos mediante furto ou roubo, igualmente o meio de

²⁹ TOURINHO FILHO cita os seguintes exemplos do sistema ordálico: “Havia a prova da água fria: jogando o indiciado à água, se submergisse, era inocente, se viesse à tona seria culpado [...] A do ferro em brasa: o pretense culpado, com os pés descalços, teria que passar por uma chapa de ferro em brasa. Se nada lhe acontecesse, seria inocente, se se queimasse, sua culpa seria manifesta.” TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 3. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 216.

obtenção é ilícito. O mesmo acontece no caso de interceptação telefônica realizada sem autorização judicial, ou entrada em domicílio sem mandado. Pelo exposto, o termo “provas ilícitas” deve, na prática, ser entendido como metonímia para “provas obtidas por meios ilícitos”³⁰.

A norma constitucional busca impedir que as provas consideradas válidas pela lei processual sejam admitidas no caso de ter sido cometida uma ilicitude na sua obtenção. Cumpre observar que a inadmissibilidade no processo não é consequência logicamente necessária da violação de norma de direito material na obtenção da prova. Existe autonomia entre o direito processual e o direito material e, além disso, há diferentes tipos de sanções para um mesmo ilícito, como veremos adiante. Assim, é possível que as provas ilícitas sejam tratadas de outra forma pelo ordenamento jurídico, como acontece em diferentes países.

2.1 Provas atípicas e provas ilícitas

Antes de se examinar mais de perto o conceito de prova ilícita, cabe ressaltar que a falta de previsão expressa de um meio de prova ou de um procedimento probatório na legislação não é suficiente para torná-lo ilícito, e, por consequência, inadmissível.

Não se pode confundir a atipicidade probatória com a ilicitude probatória. A atipicidade vem de normas de abertura do sistema, como a do artigo 332 do Código de Processo Civil, que estabelece que “são admissíveis todos os meios de prova moralmente legítimos, ainda que não previstos neste Código”. A Constituição não veda a admissão no processo da prova obtida por meio não previsto em lei. Não estar previsto em lei, no nosso sistema, não pode ser equivalente a ilícito. Bem lembra Cambi que “a prova atípica pode ser lícita ou ilícita, bem como a prova ilícita pode ser típica ou atípica.”³¹

Assim, na hipótese do descumprimento de uma norma probatória expressa, é necessário saber se o meio resultante é moralmente legítimo, hipótese em que se fala de prova atípica; ou se é moralmente ilegítimo, quando a prova é considerada ilícita. Não se pode equiparar uma atividade

³⁰ Cf. VIGORITTI, Vincenzo. Prove illecite e Costituzione. *Rivista di Diritto Processuale*. 1968. p. 64.

³¹ CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil Admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.64.

probatória que apenas fuja do molde previsto na lei a outra em que direitos materiais ou processuais sejam violados de modo a prejudicar o devido processo legal.

Na oitiva de uma testemunha menor de idade, por exemplo, há o descumprimento de uma norma processual, mas não se trata de prova moralmente ilegítima, de modo que pode ser considerada uma prova atípica.

Existem, ainda, os métodos atípicos de colheita de provas, como a tomada de um depoimento por videoconferência ou ferramentas de troca instantânea de mensagens na Internet. O depoimento é um meio de prova típico, a sua produção dessa forma que é atípica. Cabe, em um segundo momento, indagar se é moralmente legítima e se viola algum princípio constitucional, como meio de saber se será admitida ou não.

Isso mostra que o fato de a prova não ter sido obtida de acordo com o método previsto em lei não importa em sua ilicitude, muito menos em que seja inadmissível no processo.

Segundo Ricci, no senso comum, se fala de prova ilícita com referência às hipóteses em que essa tenha sido adquirida em violação dos limites previstos pelo direito. É necessário, todavia, distinguir a problemática das provas ilícitas daquela das provas atípicas. É atípica a prova não prevista como tal no ordenamento, já a ilicitude se delinea com referência a uma prova que, mesmo sendo concretamente prevista, é afetada por vícios que a contaminam em algum aspecto particular. Os dois fenômenos são distintos mesmo se, às vezes, as problemáticas possam emaranhar-se entre si.³² Observe-se que, aqui, o conceito de ilicitude abrange os dois aspectos que serão distinguidos no próximo item: a ilicitude da prova da ilegitimidade da prova.

A falta de previsão legislativa de um determinado meio instrutório não significa exclusão do mesmo, e isso porque, como dito acima, no nosso ordenamento não há uma norma de fechamento que restrinja o rol de provas possíveis àquele expressamente indicado. Pelo contrário, o nosso sistema tem uma norma de abertura.³³

Ricci relaciona os tipos de prova atípica. Em primeiro lugar, a utilização para fins probatórios de instrumentos tradicionalmente reservados a outro escopo, como por exemplo o uso da sentença como meio de prova. Depois, o uso de provas colhidas em uma sede diversa daquela em que venham empregadas, como o uso de provas produzidas em processo extinto ou em sede penal.

³² RICCI, Gian Franco. Le prove illecite nel processo civile. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*. 1987, p. 34.

³³ *Ibid.*, p. 64.

Por fim, se fala de provas atípicas também em relação às provas colhidas de modo diverso daquele consentido pela lei.³⁴ Quanto a esse último tipo é que se levantam as maiores controvérsias.

Observe-se que Ricci inclui entre os exemplos de prova atípica as provas emprestadas, assim entendidas aquelas adquiridas em processo diverso daquele em que devem produzir efeitos. Para os fins deste trabalho, à temática da prova emprestada pode ser dado o mesmo tratamento que o dado às provas atípicas.

A especificação feita por Ricci é importante para demonstrar que, apesar de se falar comumente em meios de prova atípicos, os meios de prova (documental, testemunhal e pericial) são sempre típicos. O que varia são os métodos e procedimentos utilizados.

Também para Cavallone, se o elenco não é taxativo, as únicas hipóteses de prova atípica são a obtenção de uma prova através de um procedimento anômalo (por exemplo, depoimento testemunhal não precedido de juramento) ou a realização de um procedimento probatório típico sem os respectivos pressupostos legais, para a aquisição de elementos distintos daqueles para que normalmente se orientaria. Na opinião do autor, a tipologia normativa dos modos de aquisição da prova é adequada a qualquer instrumento de investigação, não havendo necessidade de quaisquer outros. No entanto, como bem observa, a noção de atipicidade não serve para legitimar desvios ao modelo normativo, não justificáveis no âmbito da disciplina da instrução. Por outras palavras, a questão fulcral não é a da não taxatividade dos procedimentos probatórios (que, por si, não pode fundamentar aqueles desvios), mas a de saber se o requisito legal que falta é ou não essencial, se a anomalia é ou não compatível com os princípios do ordenamento.³⁵

Marinoni e Arenhart, no mesmo sentido, consideram que “uma prova que não pode ser utilizada como típica porque na sua formação violou uma norma (ou porque na sua produção vai violá-la), certamente não pode ser admitida como prova atípica, pena de estar servindo para encobrir a desconsideração de uma regra.”³⁶

Por fim, Luis Alberto Reichelt lembra que

³⁴ RICCI, Gian Franco. Le prove illecite nel processo civile. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, p. 64-65

³⁵ CAVALLONE, Bruno. Critica della teoria delle prove atipiche. In *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman v. 2*. Milano: Giuffrè, 1979.

³⁶ 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. 355.

as principais críticas tecidas ao emprego de meios de prova atípicos possuem as suas raízes ligadas aos perigos decorrentes do emprego descontrolado de procedimentos cognoscitivos em face dos quais não se vislumbraria a possibilidade de trazer à tona a pauta de racionalidade que lhes é subjacente.³⁷

A chave é verificar se o descumprimento de uma norma de produção probatória viola os princípios constitucionais. Em caso positivo, se apresenta uma ilicitude ou ilegitimidade, como veremos no próximo item; em caso negativo, considera-se uma simples atipicidade, ou seja, haverá o vício, mas não haverá sanção.

2.2 Provas ilícitas e ilegítimas

O estudo das proibições de prova como limites à descoberta da verdade em processo penal foi iniciado por Beling em uma aula inaugural proferida em 1902, publicada em 1903³⁸. Os juristas da época, no entanto, não demonstraram grande interesse pelo tema. Trocker atribui a falta de interesse a dois fatores: a recente conquista do princípio da livre apreciação das provas e a preeminência do princípio da descoberta da verdade, enquanto produto de uma visão autoritária ou burocrática da função jurisdicional.³⁹

Segundo Alexandre,

A grande inovação de Beling consistiu precisamente em conceber as proibições de prova como figuras perfeitamente distintas das regras negativas de prova, inseridas no sistema da prova legal. Ao contrário destas, as proibições de prova não incidem, na sua perspectiva, sobre o momento da apreciação das provas, mas sobre um momento anterior, dado representarem limites à busca da verdade.⁴⁰

No Brasil, a doutrina, a partir da obra pioneira sobre o assunto no nosso direito, da professora Ada Pellegrini Grinover “*Liberdades públicas e processo penal*”⁴¹, classifica as provas ilegais em ilícitas ou ilegítimas. Grinover louvou-se na distinção feita por Nuvolone no artigo “*Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*”, publicado em 1966.

³⁷ REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 286.

³⁸ BELING, Ernst. *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Breslau, 1903.

³⁹ TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 567.

⁴⁰ ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 47.

⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. Cf. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999, p. 77.

De acordo com Nuvolone, o conceito de prova vedada se identifica com o de meio de prova vedado. Meio de prova vedado é todo meio em si mesmo idôneo a fornecer elementos relevantes para o accertamento de um fato deduzido no processo, e que o ordenamento jurídico proíbe de se procurar ou utilizar. A proibição pode incidir sobre a própria formação do meio de prova ou simplesmente sobre sua utilização.⁴²

Nuvolone apresenta a distinção entre proibições de prova de natureza processual e de natureza substancial. A importância da distinção não está no tipo de diploma que veicula a norma, como por exemplo, um código de processo civil ou um código civil, mas sim no que se refere à sua natureza íntima, como abordar-se-á em item específico. Uma proibição tem natureza exclusivamente processual quando é estabelecida em função de interesses atinentes unicamente à lógica e à finalidade do processo. Por outro lado, tem natureza substancial desde que, mesmo servindo mediatamente também a interesses processuais, é estabelecida essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo. A violação da proibição constitui, em ambos os casos, uma ilegalidade, mas enquanto no primeiro caso será somente um ato ilegítimo, no segundo caso será também um ato ilícito.

Ainda segundo Nuvolone, existem, naturalmente, proibições que têm uma natureza dúplice⁴³, mas conceitualmente a distinção existe sempre. A violação da proibição meramente processual deveria ser geralmente sancionada com a nulidade do ato praticado e com a nulidade da decisão que se funda sobre os resultados do accertamento feito fora do rito devido.⁴⁴

Dessa forma, ilícitas são as provas obtidas em razão de violação de normas de direito material ao passo que as ilegítimas são as obtidas em decorrência da violação de normas de direito processual. Enquanto as primeiras seriam inadmissíveis no processo, por determinação constitucional, as outras sofreriam as consequências previstas na lei processual, de modo que estariam sujeitas à teoria das nulidades.

De acordo com Avolio

as provas ilícitas são colocadas como espécie das “provas vedadas”, que compreendem: as provas ilícitas, propriamente ditas, e as provas ilegítimas. A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual. Prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito

⁴² NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. *Rivista di Diritto Processuale*. 1966, p. 443.

⁴³ Que são oriundas de normas “bifrontes” como se verá adiante.

⁴⁴ NUVOLONE, op. cit, p. 470.

material, sobretudo de direito constitucional. Na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo, a prova ilícita pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a este.⁴⁵

Essa também é a opinião de Marcelo Abelha Rodrigues⁴⁶, Thiago André Pierobom de Ávila⁴⁷, Nivia Aparecida de Souza Azenha⁴⁸, Fernanda Letícia Soares Pinheiro⁴⁹ e Eduardo Cambi⁵⁰.

O sentido da distinção está em que as normas de direito processual já trazem as consequências para sua violação, ou seja, têm um regime jurídico próprio que pode variar desde mera irregularidade, passando pela nulidade relativa ou pela nulidade absoluta, com aplicação integral do regime jurídico das invalidades, incluindo a preclusão e o princípio do prejuízo.⁵¹

Segundo Ricci, nota-se a tendência, ao menos no processo civil, de se considerar inutilizável a prova pré-constituída que tenha chegado às mãos da parte de modo ilícito, ao passo que se é mais elástico para com a prova constituenda, que alguns consideram eficaz (variando apenas em que medida), mesmo se admitida com violação dos limites previstos pelo direito.⁵²

Também Ávila aponta essa diferença de consequências para as provas ilícitas e ilegítimas. No caso dessas últimas, se não houver lesão direta a norma constitucional processual, a nulidade será apenas relativa, o que tornará necessária a verificação do efetivo prejuízo, da preclusão, inexistência de convalidação e demais peculiaridades do sistema das nulidades. Desse modo, há nulidades relativas que não acarretam a inadmissibilidade de valoração. Além disso, o autor enfatiza que as provas nulas não contaminam outras provas, ao contrário das provas ilícitas, que em determinadas situações podem contaminar as provas derivadas de suas informações. No caso de provas ilegítimas, pode ocorrer a desconsideração apenas da prova nula, ou eventual anulação do julgamento por *error in procedendo*, e conseqüente repetição da prova e retomada do curso do

⁴⁵ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999, p. 42-43.

⁴⁶ ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Elementos de direito processual civil*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 190.

⁴⁷ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 95.

⁴⁸ AZENHA, Nivia Aparecida de Souza. *Prova ilícita no Processo Civil*. De acordo com o Novo Código Civil. 1. ed. 6a tir. Curitiba: Juruá, 2009, p. 100.

⁴⁹ PINHEIRO, Fernanda Letícia Soares. *Princípio da Proibição da Prova ilícita no Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 118.

⁵⁰ CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil Admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 65.

⁵¹ Cf. AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória. Perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 147.

⁵² RICCI, Gian Franco. *Le prove illicite nel processo civile. Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*. 1987, p. 38.

processo. Mas outras provas não serão ilícitas por derivação, nem deverão ser anuladas, já que os atos instrutórios não guardam relação de causalidade entre si.⁵³

A mesma distinção, segundo Picó i Junoy é reconhecida na Espanha, cujo ordenamento prevê procedimentos distintos para cada espécie. Segundo o autor, ambos os conceitos (ilicitude e ilegitimidade da prova) têm tratamento processual distinto. Enquanto a prova ilícita exige sempre um incidente contraditório entre as partes, em razão do que se exclui que o juiz possa inadmiti-la *ab initio*, ou reconhecer diretamente sua existência ao ditar a sentença, sem antes proceder ao incidente do artigo 287 da Ley de Enjuiciamiento Civil, a prova ilegítima somente permite um controle inicial, isto é, no momento da admissão da prova.⁵⁴

2.3 Provas ilícitas e proibições de prova

No tema das provas ilegais, ou provas vedadas, que é o gênero ao qual pertencem as espécies prova ilícita e prova ilegítima, fazem-se necessárias ainda algumas outras distinções para precisão do vocabulário.

As proibições de produção de provas podem ser de três tipos: proibições de temas de prova, proibições de meios de prova e proibições de métodos de prova.

As proibições de temas de prova tratam da proibição da demonstração de certo fato independentemente do meio de prova utilizado. Como exemplo, pode-se citar a prova do conteúdo da declaração injuriosa em processo pelo crime de injúria (artigo 140 do Código Penal). Como não há possibilidade de exceção da verdade, não são admissíveis quaisquer meios de prova com aquele objetivo.

As proibições de meios de prova dizem respeito àqueles meios de prova cuja utilização processual colide com interesses dignos de proteção, como por exemplo a utilização de diários íntimos, de prontuários médicos, os depoimentos protegidos pelo sigilo profissional, como o do padre e do advogado, por exemplo.

⁵³ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 99.

⁵⁴ PICO I JUNOY, Joan La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil. *Justitia: Revista e derecho procesal*, 2005, n 3-4.

As proibições de métodos de prova englobam as confissões extorquidas pela força, os depoimentos sob o efeito do soro da verdade, hipnose e, de maneira geral, todas as provas obtidas mediante ofensa da integridade física ou moral das pessoas. Também podem constituir proibições de método de prova desvios a princípios básicos do procedimento probatório, como sejam os princípios do contraditório, da oralidade ou da imediação.⁵⁵

A proibição de valoração da prova é a vedação da utilização do resultado da prova (elemento de prova) como fundamento para uma decisão. A proibição de valoração da prova pode decorrer da violação de uma proibição de produção (por exemplo, a desconsideração do depoimento de uma testemunha coagida), sendo chamada proibição de valoração dependente. Mas há proibições de produção de prova que não implicam proibição de valoração (como testemunho de fatos sob sigilo profissional com a concordância do profissional e do cliente, ou a violação de normas processuais que acarretam apenas nulidades relativas).

É importante referir que, como ensina Alexandre,

o acatamento da proibição de valoração, por parte do juiz, é apenas uma das três formas possíveis de sanção do vício representado pela violação da proibição de produção de prova. A segunda consiste na repetição do ato viciado, desta vez de acordo com o preceituado na lei. Finalmente, poderá haver lugar à sanção do vício quando se verifique que o resultado ilegal poderia também ter sido obtido de forma legal. Existe ainda uma outra situação em que a prova é utilizável: aquela em que a falta processual cometida não chegou a lesar o direito protegido pela norma violada.⁵⁶

Polastri, fazendo referência ao direito alemão, também admite a distinção entre as proibições de produção de prova e proibições de valoração, que chama “proibição de utilização”, propugnando um tratamento diferenciado entre as hipóteses.⁵⁷

Vimos no item anterior que as provas ilícitas, na acepção mais aceita pela doutrina, são as decorrentes da violação de normas de direito material, ao passo que as provas ilegítimas são as decorrentes da violação de normas de direito processual. É fundamental observar, no entanto, que a violação de normas de direito material pode acontecer fora ou dentro do processo, ao passo que a violação de normas de direito processual somente pode ocorrer dentro do processo, com a possível ressalva das provas emprestadas, como se verá adiante.

⁵⁵Cf. ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 54-55.

⁵⁶Ibid., p. 58.

⁵⁷AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória. Perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 134.

Podem existir provas pré-constituídas ilícitas e ilegítimas. No primeiro caso cite-se a obtenção de um documento por meio de furto e no segundo, a juntada de um documento fora do prazo e sem submissão ao contraditório. Do mesmo modo, as provas constituídas podem ser ilícitas ou ilegítimas. O depoimento de uma testemunha coagida é prova ilícita, ao passo que o depoimento de uma testemunha sem intimação da parte contrária para a audiência é prova ilegítima. Como lembra Ávila, “a distinção entre prova ilícita e ilegítima deve ser realizada pela efetiva análise do direito que está sendo violado na sua obtenção (direito fundamental material).”⁵⁸ Não é suficiente a consideração sobre o momento em que ocorre a violação da norma.

Existem casos em que para a violação do direito material está prevista sanção processual, como a inadmissibilidade dos depoimentos que violem o direito de não autoincriminação ou o sigilo profissional (artigo 406 do Código de Processo Civil). Nesses casos, se está diante de uma prova ilícita, uma vez que os direitos violados não têm relevância apenas na esfera processual.

A ilicitude no plano material pode se dar: a) na obtenção da prova pré-constituída, por exemplo, por meio de furto, roubo, invasão de domicílio, ameaças etc.; b) na obtenção das informações consubstanciadoras da declaração testemunhal, como no caso do conhecimento de fatos por meio de espionagem ou gravações ilícitas; c) na formação e na produção da prova, por meio de coação, violência, métodos desumanos a fim de obter uma confissão extrajudicial ou judicial, ou um depoimento testemunhal; e d) na utilização no processo da prova pré-constituída, quando, mesmo tendo sido obtida licitamente, a sua utilização viola o direito à intimidade, como na apresentação em juízo de diários ou gravações íntimas obtidos com consentimento.⁵⁹

As violações do direito processual podem ocorrer na admissão da prova, como no caso do descumprimento de normas sobre legitimidade e prazo; ou na produção da prova, com a violação de regras do procedimento como falta de intimação, presença de advogado, impedimento de peritos, falta de motivação da decisão, entre outras.

A admissão da prova emprestada depende de que, no processo original, tenha sido permitido o exercício do contraditório pela parte contra quem se deseja produzir a prova. Como a prova emprestada toma sempre a forma de prova documental no processo de destino, a sua produção

⁵⁸ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 100.

⁵⁹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Processo de conhecimento*. v. 2. 7ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 390. E também: ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 26.

ocorre no momento da propositura. Assim, será inadmissível se não houve observância do contraditório no processo de origem, de modo que se pode falar na violação de uma norma processual fora do processo (destinatário da prova). Por outro lado, a violação das demais normas processuais terá repercussão no processo destinatário de acordo com a sua repercussão no processo de origem. Assim, as nulidades processuais sanadas pela preclusão não podem ser alegadas no novo processo. A ilegitimidade da prova não se muda em ilicitude em decorrência do seu “empréstimo”.

Os códigos de processo estabelecem as consequências para a violação das normas processuais, determinando, por exemplo, as sanções de nulidade. Os problemas ocorrem, na maioria das vezes, com a violação de normas de conteúdo material, uma vez que os códigos, em geral, não preveem sanções nessas hipóteses. No caso da prova documental, por exemplo, o Código de Processo Civil limita-se a dizer que os documentos deverão ser apresentados por ocasião da propositura da ação ou da apresentação da resposta, bem como disciplina os incidentes de falsidade. Não há regras que tratem da obtenção de documento verdadeiro mediante furto, por exemplo.

A *ratio* da norma que proíbe a admissão das provas ilícitas no processo é exatamente ajuntar uma sanção processual para o cometimento de um ilícito de direito material que tenha repercussão no processo.

2.4 Normas processuais e materiais

É importante fazer uma breve referência ao que seja especificamente a norma processual no contexto da teoria do direito. De fato, o conceito de norma processual e direito processual é de fundamental importância para a distinção entre provas ilícitas e provas ilegítimas, como acabou-se de ver.

Na obra “O conceito de direito”, Hart critica do modelo do positivismo anglo-saxão clássico, baseado nas obras de Austin e Bentham. De acordo com esse modelo, o direito seria caracterizado pela obediência habitual, sob ameaça de coação, a ordens de um soberano. Procura mostrar as insuficiências desse modelo para explicar a totalidade do fenômeno jurídico. Demonstra que entre as normas jurídicas, ao lado das que veiculam comandos garantidos pela ameaça de sanções

existem outras que não veiculam comandos, mas estabelecem poderes jurídicos, como as normas de competência. A violação dessas últimas normas não instrumentalizaria a aplicação de qualquer sanção que não a simples inocorrência dos de efeitos jurídicos pretendidos — a nulidade.⁶⁰

Em seguida, Hart propõe o exercício de imaginar um sistema jurídico composto por normas exclusivamente prescritoras de condutas sob a ameaça de sanções, que ele chama de normas primárias. Em tal sistema, segundo ele, apareceriam problemas de três ordens: a) incerteza, uma vez que não haveria critério para saber se uma norma está ou não no sistema, ou qual é seu preciso âmbito de aplicação; b) estática, uma vez que não haveria um meio de adaptar deliberadamente as regras às circunstâncias em mutação, quer pela exclusão quer pelo acréscimo de normas; c) ineficácia, uma vez que a inexistiria uma instância para definir se uma regra foi violada ou não e para punir os violadores e impor os comportamentos prescritos.

A solução para tais problemas se dá pela criação de regras secundárias — uma vez que não se referem diretamente à conduta, mas a outras regras— para a solução de cada tipo de problema: a) para a incerteza, a criação de uma “regra de reconhecimento”; b) para a estática, a criação de “regras de alteração”; c) para a ineficácia, a criação das “regras de julgamento.” Essas últimas dão poder aos indivíduos para proferir determinações, dotadas de autoridade, a respeito da questão sobre se, numa ocasião concreta, foi violada uma regra primária. Além de identificar os indivíduos que devem julgar, tais regras definirão também o processo a seguir, e, ainda, as sanções oficiais centralizadas no sistema, por meio da aplicação de penas por outros funcionários⁶¹.

Dessa breve exposição, verifica-se que as norma processuais são enquadráveis na categoria “regras secundárias” de Hart, notadamente na subcategoria “regras de julgamento”, que dizem respeito à competência processual, ao processo e execução. Entre as “normas processuais”, todavia, se encontram algumas normas de alteração, tendo em vista que existem processos de controle de constitucionalidade que permite ao Judiciário expulsar uma norma no sistema, ou a inserção de novas normas gerais e abstratas por meio da criação de súmulas vinculantes ou sentenças em ações coletivas ou sentenças normativas em causas trabalhistas. A atividade do Judiciário, por meio do processo constitucional, também inclui alguns aspectos da regra de reconhecimento. De fato, no caso de uma ação declaratória de constitucionalidade, o processo

⁶⁰ HART, Hebert L. A. *O Conceito de Direito*, 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007, p. 18.

⁶¹ *Ibid.*, p. 105-107.

serve apenas para certificar que uma norma realmente faz parte do sistema, o que é função da regra de reconhecimento.

Dessa forma, a maioria das normas processuais está abrangida na categoria das “regras secundárias”. No entanto, existem normas processuais entre as regras primárias, ou regras de conduta.

Como dito acima, as regras primárias são caracterizadas pela estipulação de um comando sob a ameaça de uma sanção. Cabe então questionar se as normas que estabelecem deveres de lealdade e colaboração no processo, como por exemplo o dever de depor como testemunha e falar a verdade sobre o que souber não seriam normas primárias. Certo é que, sendo o processo como um todo, instrumento para a efetivação de direitos, deveres e a proteção de posições subjetivas em geral, tudo o que a ele estiver relacionado não deixa de absorver esse caráter instrumental, ainda que sejam normas que imponham sanções, ou mesmo tipifiquem crimes. Sob essa óptica, não haveria normas primárias processuais, visto que todas elas estariam, de um modo ou de outro, voltadas para a aplicação de normas primárias.

Tal caráter teleológico, no entanto, não descaracteriza uma norma primária. Várias normas não processuais também têm por finalidade promover a eficácia de outras normas primárias. Por exemplo, a norma que proíbe conduzir automóveis depois de haver ingerido bebidas alcoólicas ou efetuar disparos de armas de fogo em locais onde houver pessoas têm nítido caráter instrumental em relação à norma de proteção da vida, sem deixarem de ser normas primárias.

Em razão disso, na separação entre normas primárias e secundárias, deve ser dado maior ênfase ao caráter de as primeiras consistirem em comandos garantidos por ameaças, de forma a considerar que também existem normas processuais primárias, como as que criminalizam o falso testemunho, a coação no curso do processo e o patrocínio infiel.

Bulygin e Mendonca, na obra “Normas y sistemas normativos” por sua vez, observam que

alguns teóricos do direito consideram que as normas de competência são genuínas normas de conduta, mesmo que discrepem em quanto a se elas são imperativas ou permissivas. Outros rechaçam terminantemente a possibilidade de considerá-las normas de conduta e as concebem como normas conceituais ou constitutivas.⁶²

⁶² BULYGIN, Eugenio; MENDONCA, Daniel. *Normas y sistemas normativos*. Madrid: Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales, 2005, p. 58, tradução nossa.

Os autores, entre os que consideram que as normas de competência são normas de conduta, e ainda, imperativas, apontam Kelsen (Teoria Geral das Normas) e Alf Ross (*On Law and Justice*). Segundo este último, “as normas de competência fazem com que seja obrigatório atuar de acordo com as normas de conduta que tenham sido criadas segundo o procedimento estabelecido nas primeiras⁶³”. Consideram as normas de competência obrigatórias não em relação ao titular do poder jurídico, mas obrigatórias porque permite que esses titulares introduzam normas obrigatórias no sistema. Ou seja, dados os fatos necessários para a produção da norma (agente competente, procedimento, limitações materiais e substanciais), deve ser que toda a comunidade respeite a norma (documento normativo) criado. Dessa forma, mesmo que a norma introduzida não veicule obrigação para seus destinatários, surge a obrigação de todos de reconhecê-la jurídica.

Há também, os que entendem que as normas de competência são permissivas, como von Wright (*Norm and action*) e Lindahl (*Position and change*). Nesse sentido, as normas de competência permitem que as autoridades ou particulares titulares dos poderes jurídicos os exerçam, uma vez que poderiam exercê-los ou não. Ou seja, nesta concepção, enfatiza-se a facultatividade da expedição da norma com base na competência, não a norma expedida e seus destinatários.

Dessa forma, aparentemente não há uma oposição entre os dois grupos, mas um enfoque diferente do problema dado por cada um, sendo que ambos não reconhecem autonomia à categoria “normas de competência” frente às “normas de conduta”.

Na sequência, Bulygin e Mendonca passam a tratar da concepção das norma de competência como conceituais ou constitutivas, ou seja, que elas não são assimiláveis a normas de conduta, nem obrigatórias nem permissivas. Em apoio ao seu posicionamento, esses autores citam Ross, em trabalho mais recente (*Directives and Norms*), mostrando uma mudança de posição, e Hart (*O conceito de direito*).⁶⁴

Hart, como visto acima, defende que as normas de competência não são obedecidas, uma vez que apenas definem as condições e limites dentro dos quais é válida a decisão de uma autoridade jurídica (ou do particular, pode-se acrescentar). Se elas não são cumpridas, aquele efeito jurídico que se desejava produzir não é alcançado em razão da nulidade. Hart, em oposição a Kelsen,

⁶³ BULYGIN, Eugenio; MENDONCA, Daniel. *Normas y sistemas normativos*. Madrid: Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales, 2005, p. 58, tradução nossa.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 61-62.

desenvolve que a nulidade não pode ser considerada sanção no mesmo sentido de uma sanção para o descumprimento de uma regra de conduta, de modo que a diferença no esquema sancionatório justifica a impossibilidade de considerar-se normas de competência como normas da mesma espécie que as normas de conduta.⁶⁵

Podemos acrescentar que Hart, na obra acima citada, também rebate a concepção de que as normas que não estabelecem sanção podem ser entendidas como “pedaços de normas”. Ou seja, a competência de um órgão judicial ou administrativo, ou mesmo algum poder jurídico concedido a um particular não seria uma norma, mas apenas um enunciado normativo a partir do qual seria construída a norma “completa” com previsão de sanção, por exemplo: “dado que foi celebrado o contrato de venda entre A e B, e que A entregou a coisa e B não entregou o preço, deve-ser a expropriação de bens de B para pagar o que é devido a A”. Hart afirma que essa concepção compra “a unidade agradável do padrão a que reduzem toda a lei por um preço demasiado alto: o de distorcerem as diversas funções sociais que os distintos tipos de regras jurídicas cumprem.”⁶⁶

A insistência de que todas normas sejam portadoras de sanção é decorrência de uma busca ferrenha por um critério único que possa homogeneizar as normas jurídicas e separá-las dos fenômenos análogos (regras morais, regras sociais etc.). Melhor é a concepção de Bobbio quando afirma que as normas jurídicas têm essa qualidade por pertencerem a um ordenamento jurídico, este sim, dotado de mecanismos coativos de imposição. Ou seja, algumas normas jurídicas precisam ter sanção mas nem todas:

quando falamos de uma sanção organizada como elemento constitutivo do direito, referimo-nos não às normas sigulares, mas ao ordenamento normativo considerado no seu todo, razão pela qual dizer que a sanção organizada distingue o ordenamento jurídico de qualquer outro tipo não implica que todas as normas desse sistema sejam sancionadas, mas apenas que a maior parte o seja.⁶⁷

Assim, pensamos ser nítida a diferença entre as normas de conduta, prescritivas de comportamentos e cominadoras de sanções, e as normas de competência, que estabelecem requisitos para o surgimento de consequências jurídicas, sob pena de essas não ocorrerem.

O tema da distinção entre normas processuais e materiais tem especial relevância no direito positivo constitucional, uma vez que a Constituição estabelece: a) no seu artigo 22, I, que compete privativamente à União legislar sobre direito processual; b) no artigo 24, X e XI, que

⁶⁵ HART, Hebert L. A. *O Conceito de Direito*, 5ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007, p. 41-43.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 46.

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 147.

compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas e sobre procedimentos em matéria processual; e c) no artigo 62, §1º, I, b, que é vedada a edição de medida provisória sobre matéria relativa a direito processual penal e processual civil.

Dessa forma, pode-se dizer que a Constituição pressupõe que existam normas “processuais” ao lado de normas “não-processuais”, que podemos chamar de “materiais”. Essas categorias são de grande importância para a definição da competência legislativa e para a possibilidade da edição de medidas provisórias.

Além da importância constitucional da distinção, há ainda a tradicional distinção quanto à aplicação da lei nova que, se for “processual”, é feita de forma imediata, sendo tradicional dizer-se que não há direito adquirido ao procedimento, ao passo que as leis “materiais” podem projetar seus efeitos para o futuro regulando os fatos ocorridos durante a sua vigência mesmo em caso de alteração legislativa superveniente⁶⁸.

Dinamarco faz a distinção nos seguintes termos:

Às normas substanciais compete definir modelos de fatos capazes de criar direitos, obrigações ou situações jurídicas novas (*fattispecie*), além de estabelecer as consequências específicas da ocorrência desses fatos (*sanctiones juris*). As normas processuais ditam critérios para a descoberta dos fatos relevantes e revelação da norma substancial concreta emergente deles, com vista à efetivação prática das soluções ditas pelo direito material⁶⁹.

Para Abelha Rodrigues, a distinção entre as normas processuais e substanciais é de função. Estas têm por função regular a vida das pessoas e distribuir ou atribuir bens ao passo que aquelas têm por função assegurar o cumprimento das normas substanciais⁷⁰.

Mazzei esclarece o que vêm a ser normas heterotópicas: “A expressão norma heterotópica é uma combinação do grego *héteros*, que transmite a ideia de diverso, outro, diferente, desigual, com o também grego *topikòs*, relativo a lugar. Da decomposição ultimada, tem-se que deve ser considerada como regra heterotópica a norma que está deslocada, ou seja, está em diferente (*héteros*) lugar (*topikòs*). Isso significa que quando o diploma legal for de índole material – como

⁶⁸ Nesse sentido dispõe expressamente o Código de processo penal, no seu artigo 2º “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.” Cf. ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Elementos de direito processual civil*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 130.

⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 42

⁷⁰ ABELHA RODRIGUES, op. cit., p. 130.

é o caso do Código Civil – e constar um dispositivo de caráter eminentemente processual, este terá natureza heterotópica, já que difere na essência dos demais artigos da legislação, estando, sob tal enfoque, deslocado⁷¹”. Assim, a natureza da norma não está vinculada ao diploma que a veicula.

Existem ainda, semelhantes às normas heterotópicas, normas bifrontes que são normas com os dois caracteres, material e processual. Na expressão de Dinamarco:

Os institutos bifrontes, que se situam nas faixas de estrangulamento existentes entre os dois planos do ordenamento jurídico e compõem o direito processual material, comportam um tratamento diferenciado em relação à disciplina intertemporal dos fenômenos de conotação puramente processual-formal (ou mesmo procedimental)⁷².

Tanto Abelha Rodrigues quanto Dinamarco colocam a ênfase em que as normas processuais têm por objetivo, ou função, garantir a eficácia das normas substanciais. As normas processuais, de fato, têm natureza diferente das normas substanciais. Tal distinção não está, no entanto, em que as normas processuais não regulamentem conduta, porque elas, a todo momento, “regulamentam a conduta” das pessoas participantes do processo. Indiretamente, estabelecendo requisitos para validade de atos jurídicos, elas regulamentam a conduta do juiz, do autor, do réu, dos terceiros intervenientes, do advogado, do representante do Ministério Público e dos auxiliares do Juízo.

Cabe, então, isolar um significado amplo de “norma processual” que seria tributário do conceito de processo: toda norma que regulasse alguma conduta, efetuasse qualquer definição ou atribuísse competência no âmbito do processo. Esse conceito inclui as normas de conduta dos sujeitos processuais, mesmo as que estabelecem sanção para o seu descumprimento. Como visto acima, existem também normas de conduta entre as normas processuais.

Em seguida, deve-se isolar o significado estrito de norma processual para abranger apenas aquelas que tratem da disciplina jurídica dos atos que formam o procedimento, bem como das posições jurídicas subjetivas em referência ao procedimento. Aqui podemos ver que as normas processuais estritas são normas de competência, ou normas constitutivas. Contêm as “regras que definem o jogo.” Mais uma vez chega-se a que as normas processuais em sentido estrito são as

⁷¹ MAZZEI, Rodrigo. Algumas notas sobre o (“dispensável”) art. 232 do Código Civil. In: MAZZEI, Rodrigo; DIDIER Jr., Fredie (coord.). *Prova, exame médico e presunção: o art. 232 do Código Civil*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 261-262.

⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 101.

classificadas como normas secundárias por Hart ou normas de competência por Bulygin e Mendonca.

Quando a Constituição fala em normas processuais que são de edição privativa da União e que não podem ser tratadas por medidas provisórias, queremos crer que o faz tendo em vista o conceito amplo de norma processual como aquela que tem alguma referência com o processo. Já no quesito da aplicabilidade imediata, temos que a norma processual deve ser entendida no seu sentido estrito como acima exposto, para não violar a segurança jurídica protegida constitucionalmente sob as espécies de ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada.

Por tudo visto, é possível concluir que a diferença de tratamento das provas obtidas com violação de normas materiais e normas processuais não é mera questão de tradição. Existe uma diferença na natureza da norma jurídica que impõe esse tratamento diverso. As normas materiais, regra geral, são normas de comportamento, que prescrevem condutas obrigatórias, proibidas ou permitidas sob pena de aplicação de uma sanção. Já as processuais, também via de regra, são normas de competência, que atribuem poderes jurídicos aos sujeitos para que seus atos produzam efeitos jurídicos sob determinadas condições.

Dessa maneira, o vício decorrente da violação de uma norma de comportamento determina a aplicação da sanção prevista, ao passo que o decorrente da “violação” de uma norma de competência gera a não produção dos efeitos que eram esperados. Assim, por exemplo, se a petição inicial não preenche os requisitos legais, ela deve ser indeferida, o que considera que o efeito esperado de instaurar o processo não ocorrerá. Se o contrato sobre bens imóveis de valor acima do previsto em lei não é celebrado por instrumento público, não existe contrato, não surte os efeitos desejados ou esperados.

Caso esse vício não seja percebido, por exemplo, o agente praticou o ato coagido, os efeitos previstos pela norma de competência ocorrem, até que seja conhecido o vício e seja recusada a continuidade da produção de efeitos por meio da cominação de nulidade. A nulidade pode determinar, por exemplo, o desfazimento dos efeitos ou a repetição do ato.

Nesse contexto, Ávila distingue entre

meios de prova totalmente vedados, como a confissão mediante tortura ou coação, e os meios de prova para os quais é exigido um procedimento constitucional qualificado para a violação do direito fundamental. Para o primeiro grupo é totalmente acertada a aplicação do argumento ético de que o Estado não pode ser receptor de material probatório ilícito. É o caso do interrogatório mediante tortura, narcoanálise, engano, a

coação para participar de reconstituição e outros, para os quais não há possibilidade de admissão. Já para o segundo grupo, a questão é mais complexa, pois não se está diante de uma prova que não pode ser produzida em tese, mas da violação, em concreto, do procedimento para a produção da prova. A inobservância total do procedimento pela polícia gera, *prima facie*, a ilicitude. A observância parcial do procedimento, com uma mera irregularidade procedimental, gera sua eventual nulidade. Há que se diferenciar a ilicitude da mera nulidade, para permitir a consideração do prejuízo, da causalidade e da possibilidade de convalidação para a última. E, especialmente, porque não há contaminação por derivação de provas meramente nulas.⁷³

Assim, em casos de descumprimento de normas sobre o procedimento de obtenção de uma prova, por exemplo, a realização de busca domiciliar ou interceptação telefônica, não haverá violação de norma material, mas apenas das normas processuais, originando-se provas ilegítimas e não provas ilícitas.

Desse modo, o reconhecimento de uma nulidade não é sanção nos mesmos termos que se aplicam à sanção pela violação de normas de comportamento. Ela é simplesmente a não consecução dos efeitos pretendidos, e não uma pena que se aplica pela violação da norma. A nulidade é uma sanção no sentido mais amplo de consequência de uma conduta que não preencheu os requisitos legais.

Assim, a associação da violação de uma norma de direito material na obtenção de um elemento de prova a uma consequência processual foi feita pelo nosso direito positivo, como se verá no próximo item.

2.5 Evolução no direito positivo brasileiro

As constituições anteriores não tratavam expressamente do tema das provas ilícitas que, até 1988, encontrava disciplina apenas na esfera legal.

A regulamentação do dispositivo constitucional que veda a admissibilidade das provas ilícitas somente foi feita com a edição da lei n.º 11.690, publicada em 10 de junho de 2008. A norma vinha sendo aplicada por meio do desenvolvimento jurisprudencial, de maneira semelhante ao que ocorreu no direito norte-americano, em que não existe regulamentação geral da vedação das provas ilícitas por meio de lei.

⁷³ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 243.

Em termos de direito positivo, devemos ressaltar três momentos na evolução do tratamento do tema das provas ilícitas.

Em primeiro lugar, o disposto no artigo 208 do Código de Processo Civil de 1939: “São admissíveis em juízo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais.” A redação do dispositivo era falha porque não mencionava as provas admitidas por leis de direito público e leis de direito privado que não fossem comerciais e civis. Dessa forma, esse código estabelecia a previsão legal dos meios de prova, rejeitando, em princípio, as provas atípicas.

O Código de Processo Penal na redação original não previa dispositivo específico sobre admissibilidade de meios de prova. Existia apenas o artigo 233, que dispõe sobre a correspondência interceptada, como hipótese legal de vedação da prova ilícita.

O Código de Processo Penal Militar, em 1969, previu no seu artigo 295 que “É admissível, nos termos deste Código, qualquer espécie de prova, desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou a disciplinas militares.” Outro dispositivo importante é o art. 375 desse mesmo código que dispõe: “A correspondência particular, interceptada ou obtida por meios criminosos, não será admitida em juízo, devendo ser desentranhada dos autos se a estes tiver sido juntada, para a restituição a seus donos”.

Veja-se que a abertura para as provas atípicas ocorreu com o Código de Processo Penal Militar de 1969, que, devido à sua restrita esfera de aplicação, apesar de inovador, não pode ser considerado um marco.

O Código de Processo Civil de 1973 marcou o segundo momento na evolução do tema quando estabeleceu, no seu artigo 332, que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, serão hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se fundam a ação ou a defesa”. As provas atípicas, desde que moralmente legítimas, passaram, então, a ser acolhidas.

No regime do Código de 1973, a admissibilidade das provas ilícitas ficava condicionada a serem consideradas moralmente legítimas. A jurisprudência, em alguns acórdãos, considerou, por exemplo, a interceptação sub-reptícia de conversas telefônicas meio moralmente ilegítimo para o fim de inadmiti-la no processo.

A Constituição de 1988, por sua vez, estabeleceu novo marco ao declarar inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. Buscou-se determinar, no nível constitucional, a solução do problema

dos efeitos processuais das violações de direito material. Dessa forma criou-se a vinculação entre a ilicitude material na formação, aquisição ou produção da prova e a sua inadmissibilidade processual.

O objetivo da norma parece ter sido o de reforçar a proteção dos direitos e garantias fundamentais em face dos agentes estatais. Inseriu-se o dispositivo no contexto da afirmação de direitos contra os abusos e violações cometidos durante o período político anterior, no qual havia vigorado um regime de contornos autoritários e ditatoriais.

Essa reação ao regime ditatorial foi que determinou a redação do dispositivo em termos tão peremptórios, como esclarece Barbosa Moreira:

A Constituição foi elaborada logo após notável mudança política. Extinguira-se recentemente o regime autoritário que por tanto tempo dominara o País, e sob o qual eram frequentes e graves as violações de direitos fundamentais, sem exclusão dos proclamados na própria Carta da República então em vigor, como a inviolabilidade do domicílio e da correspondência. Ninguém podia considerar-se imune a diligências policiais arbitrárias ou ao ‘grampeamento’ de aparelhos telefônicos. Quis-se prevenir a recaída nesse gênero de violências. É mister reconhecer que, naquele momento histórico, não teria sido fácil conter a reação contra o passado próximo nos lindes de uma prudente moderação. Se puxarmos um pêndulo com demasiada energia em certo sentido e assim o mantemos por largo tempo, quando seja liberado ele fatalmente se moverá com força equivalente no sentido oposto.⁷⁴

Silveira acredita que a regulamentação feita pela Constituição foi excessivamente restritiva:

De fato cremos que a Constituição de 1988 mostrou-se restritiva em demasia relativamente à admissão de meio de prova. A nosso parecer, a opção mais acertada seria de fato a que conferisse poderes aos juízes, tendo como instrumento o princípio da proporcionalidade e, como base, os princípios constitucionais elencados na Carta Magna, mas não a explícita e taxativa vedação imposta pelo legislador constituinte no art. 5º, inciso LVI⁷⁵.

A partir da promulgação da Constituição de 1988, alguns doutrinadores passaram a defender que não deveria subsistir a distinção doutrinária entre provas ilícitas e ilegítimas, à vista da redação ampla do texto constitucional.

Para Hamilton, tanto a prova ilícita quanto a prova ilegítima estão abrangidas pela proibição constitucional de forma que a distinção valeria somente para fins didáticos, uma vez que em

⁷⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: _____. *Temas de direito processual, sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 122.

⁷⁵ SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. A prova ilícita no cível. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Prova Cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 214.

ambos os casos haveria manifesta ilegalidade.⁷⁶ Da mesma forma, Tourinho Filho considera que a distinção de Nuvolone teria ficado superada em razão da inserção da proibitiva à admissibilidade das provas ilícitas na Constituição. Para o autor, “como a Constituição é norma hierarquicamente superior a todas as outras normas processuais e de direito material, pouco importa saber a origem da ilegalidade da prova porque, de qualquer forma, ela implicará também em uma inconstitucionalidade.⁷⁷”

Passou-se a defender que o termo “ilícito” seria correspondente ao que a doutrina chamava de ilegal. É fácil verificar que o vernáculo não contém distinção de significado para os dois termos, podendo os mesmos serem considerados sinônimos. De acordo com o dicionário Houaiss, “ilícito” é “condenado pela lei e/ou pela moral; proibido, ilegal”. Já “ilegal”, “que é contrário às disposições da lei, ilícito”.⁷⁸

Dessa forma, a partir da redação do dispositivo constitucional apenas, não se pode concluir que o constituinte tenha acolhido uma ou outra postura dogmática, já que tanto no uso corrente quanto no vocabulário técnico, os termos não têm uma distinção rígida.

A Lei n.º 11.690/2008 inseriu no Código de Processo Penal uma disciplina legal das provas ilícitas. Cabe observar que o assunto tem matriz constitucional e para ser restringido por meio de legislação infraconstitucional depende de fundamentação idônea, em especial com base no princípio da proporcionalidade, para dar efetividade a outros princípios do mesmo texto constitucional. Por outro lado não se pode desconsiderar a competência legislativa dada ao Congresso Nacional, com a colaboração do Presidente da República, pela mesma Constituição, o que permite que esses órgãos editem leis válidas que restrinjam a margem de interpretação que possa ser feita pelo Judiciário.

Com a reforma, passamos a ter uma regulamentação do tema no artigo 157 do Código de Processo Penal:

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

⁷⁶ HAMILTON, Sergio Demoro. As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito. In *Processo Penal: reflexões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 253.

⁷⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 3. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 224.

⁷⁸ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Grande dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1570-1571.

§ 1o São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2o Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3o Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Assim, a partir da publicação da lei, a nova redação do artigo 157 do Código de Processo Penal dispõe que as provas ilícitas são “as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Não fez a lei distinção entre a violação de norma processual ou material e ainda abrangeu expressamente as normas legais

Novamente, parte da doutrina passou a defender que, como a lei não fez diferença, a partir da alteração do Código de Processo Penal tanto as provas ilícitas quanto as provas ilegítimas devem ter o mesmo tratamento processual.

Assim, Luiz Flávio Gomes⁷⁹, Rômulo de Andrade Moreira⁸⁰ e Eugenio Pacelli de Oliveira⁸¹ afirmam que tanto as provas que violam direitos materiais quanto as que violam direitos processuais devem ter o mesmo tratamento, qual seja, a inadmissibilidade no processo. Os citados autores, no entanto, nas obras citadas, não examinam nenhum caso prático de violação de normas procedimentais, limitando-se a considerar o problema em tese.

Já Mendonça, comentando a mesma reforma, considera que nem toda prova obtida com violação da lei processual é inadmissível, mas somente a que viola, além da disposição processual, o devido processo legal⁸². O autor considera que a prova ilegítima que viola o devido processo legal deve ter o mesmo tratamento da prova ilícita.

Por exemplo, caso uma testemunha não tenha sido inquirida pelo juiz diretamente, mas pelas partes, em violação ao que dispõe o artigo 416 do Código de Processo Civil⁸³ há uma violação de

⁷⁹ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 281.

⁸⁰ MOREIRA, Rômulo de Andrade. A reforma do código de processo penal. Provas. *Jusnavigandi*, Teresina, ano 12, n. 1843, 18 jul. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11517>. Acesso em: 25. jul. 2008.

⁸¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 324.

⁸² MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008, p. 171.

⁸³ Sistemática, aliás, adotada atualmente no processo penal, depois da reforma feita pela Lei n.º 11.690/2008, que alterou o artigo 212 do Código de Processo Penal: “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à

norma processual que não afeta o devido processo legal, de modo que é admissível. Também no caso de apresentação intempestiva de laudo pericial há irregularidade processual, mas não há violação do devido processo legal, não havendo motivo para o desentranhamento da prova produzida.

Outros autores consideram, de forma mais ampla, a prova ilícita como a decorrente de violação de direitos fundamentais, sejam eles processuais ou materiais. Não bastaria a violação de qualquer norma para que a prova obtida como consequência fosse considerada ilícita. Há necessidade de que a violação atinja direito fundamental. Isso tem sentido uma vez que a produção probatória, em si, é um direito fundamental como ressaltado acima. Dessa forma, não seria a mera violação de uma norma que poderia se sobrepor ao direito fundamental de produzir provas.⁸⁴

Para Cambi, não importa se o ato ilícito do qual resulta a prova tenha sido praticado dentro ou fora da esfera processual. Em qualquer dos casos, se a prova ofender outro valor constitucional considerado mais relevante que o direito à prova no caso concreto, não poderá ser utilizada para fins de reconstrução dos fatos no processo. A prova ilícita, então, é a capaz “de violar indevidamente os direitos fundamentais, atentando contra a dignidade e a liberdade da pessoa humana, já que a categoria autônoma da inconstitucionalidade representa a síntese entre o ato substancialmente ilícito e a avaliação processual de sua inadmissibilidade.” Assim, o autor conclui que “a prova ilícita é aquela que contraria o ordenamento jurídico, visto pelo prisma dilatado da Constituição, que abrange tanto a ordem constitucional e a infraconstitucional quanto os bons costumes, a moral e os princípios gerais do direito.”⁸⁵

Da mesma forma, Marinoni e Arenhart consideram que se a prova não viola simples regras do procedimento probatório, mas “direitos fundamentais processuais”, ela tem um vício tão grave quanto a que viola um direito fundamental material, de modo que a separação da prova segundo a natureza do direito violado perde sentido.⁸⁶

testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.”

⁸⁴ Nesse sentido, Picó i Junoy: “O direito de utilizar os meios probatórios pertinentes para a defesa obriga a manter um conceito de prova ilícita o mais restritivo possível com o objetivo de permitir que o mencionado direito produza sua maior eficácia e virtualidade.” PICO I JUNOY, Joan. La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil. *Justitia: Revista de derecho procesal*, 2005, n 3-4, tradução nossa.

⁸⁵ CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil Admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 67-69.

⁸⁶ 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. 357.

Na Espanha, o conceito de prova ilícita está ligado à violação de direitos fundamentais em razão da redação dos dispositivos legais naquele país. Dessa forma, segundo Picó i Junoy,

A prova ilícita é aquela cuja fonte probatória está contaminada pela violação de um direito fundamental ou aquela cujo meio probatório tenha sido praticado com idêntica infração de um direito fundamental. Em consequência, como se pode comprovar, o conceito de prova ilícita se associa à violação dos citados direitos fundamentais.⁸⁷

Cabe referir que o Projeto de Lei do Executivo n.º 4.205/2001, encaminhado à Câmara dos Deputados por meio da mensagem n.º 211/01, que originou a lei n.º 11.690/2008, responsável pela alteração do artigo 157 do Código de Processo Penal, propunha como redação para esse artigo “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas assim entendidas as obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais.” No processo legislativo, a parte final do dispositivo foi alterada para a redação que acabou sendo aprovada: “assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” Desse modo, o processo legislativo sugere que foi rejeitada pelo nosso legislador ordinário a interpretação de que somente a violação de normas constitucionais implica a ilicitude da prova.

A distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, no entanto, não desapareceu com a alteração legislativa, uma vez que o artigo 157, na sua nova redação, estabelece uma regra geral de inadmissibilidade que pode perfeitamente conviver com regras específicas para os casos particulares da violação de cada dispositivo legal, em especial os referentes às provas típicas.

Para Polastri, a nova lei, ao alterar a redação do artigo 157 do Código de Processo Penal, não excluiu a distinção de Nuvolone entre provas ilícitas e provas ilegítimas, tradicionalmente acolhida pela doutrina nacional. Para o autor,

se a intenção do dispositivo fosse excluir a interpretação anterior e abranger tanto as violações de direitos materiais quanto as de direitos processuais, a redação deveria ter sido ‘normas constitucionais ou legais, sejam estas últimas, materiais ou processuais’, o que tornaria indiscutível a abrangência também das provas ilegítimas.⁸⁸

Polastri observa que, muitas vezes, as nulidades, decorrentes de violações processuais podem ser suprimidas ou sanadas. Dessa forma, a taxatividade da norma constitucional que veda genericamente a prova ilícita no processo seria condizente com a prova ilícita *stricto sensu*, que

⁸⁷ PICO I JUNOY, Joan La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil. *Justitia: Revista de derecho procesal*. 2005, n 3-4, tradução nossa.

⁸⁸ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória. Perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 147.

somente poderia vir a ser utilizada em ocasiões especiais, em razão da proporcionalidade, ou seja, em razão do confronto de normas constitucionais.⁸⁹

Pode-se acrescentar que, se a intenção da reforma tivesse sido abolir a teoria das nulidades e cominar inadmissibilidade para as provas em cuja aquisição tenham sido violadas regras processuais, teriam sido revogadas as normas que tratam do princípio do prejuízo, da preclusão, e as demais referentes à teoria das nulidades. Não há como explicar sua subsistência nos códigos se qualquer violação de norma processual passar a acarretar inadmissibilidade sem qualquer temperamento.

Além disso, como se verá adiante no capítulo sobre nulidades, essas regras procuram aproveitar os atos processuais, dando preferência ao seguimento do processo em direção ao seu objetivo final, privilegiando a proteção dos direitos materiais e o acesso à justiça. Não seria possível revogá-las totalmente sem violação dos princípios do acesso à justiça e da duração razoável do processo.

Gomes Filho considera que a opção do legislador nacional por uma definição legal de prova ilícita não foi a melhor, uma vez que faz crer, equivocadamente, que a violação de regras processuais implica ilicitude de prova e o conseqüente desentranhamento do processo. Na verdade, segundo o autor, na esteira que se acabou de expor, “o descumprimento da lei processual leva à nulidade do ato de formação da prova e impõe a necessidade de sua renovação, nos termos do artigo 573, *caput*, do Código de Processo Penal.”⁹⁰

Justamente por regulamentar garantia constitucional aplicável a todos os tipos de processos, como dito acima, devemos examinar a aplicabilidade no processo civil da regulamentação dada pela lei n.º 11.690/2008 ao tema das provas ilícitas.

⁸⁹ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória. Perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 147.

⁹⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 266.

2.6 Provas ilícitas no processo penal e processo civil

Como visto no item anterior, a vedação constitucional à admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos foi feita de maneira genérica para todos os tipos de processo. A Constituição Portuguesa trata da nulidade das provas obtidas mediante a violação de direitos no item 8 do artigo 32 que trata das “garantias de processo criminal”. É inegável que a Carta Portuguesa exerceu influência sobre o constituinte brasileiro, de modo que é apropriado concluir que a redação do inciso LVI do artigo 5º revela uma opção consciente pela inclusão de todos os tipos de processo.

A regulamentação, no entanto, foi feita somente no processo penal, por meio da alteração do artigo 157 do Código de Processo Penal, acima transcrito. O Código de Processo Civil, inobstante alterado por dezenas de leis desde a sua promulgação, não disciplina a temática das provas ilícitas além da imposição da “legitimidade moral” para a admissibilidade das provas, feita no artigo 332.

Da mesma forma, a pesquisa bibliográfica revela dezenas de artigos e livros escritos sobre o tema da prova ilícita no processo penal, ao lado de poucos sobre a prova ilícita no processo civil ou trabalhista. Essa realidade não se limita às letras jurídicas brasileiras, mas acontece da mesma forma nos outros países, como refere Alexandre: “Em processo civil, a quase inexistência de obras portuguesas é agravada pelo pouco interesse despertado nos autores estrangeiros.”⁹¹

Mais do que desinteresse, Ribeiro considera que há um desprezo pelos doutrinadores de matérias não penais:

Não se entende o porquê do desprezo da doutrina por tema de tão pertinente interesse, visto que, conforme apreciado, a proibição constitucional das provas obtidas por meios ilícitos, consagrada no art. 5º, LVI, aplicável a qualquer processo, preocupa-se, primordialmente, com direitos e garantias individuais e com a proteção das liberdades públicas.⁹²

Não é difícil, no entanto, entender o motivo da proeminência da doutrina processual penal nesse tema.

Segundo Alexandre,

⁹¹ ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 15.

⁹² RIBEIRO, Luiz J. J. *A prova ilícita no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 67.

O motivo é de caráter histórico e prende-se com a constatação de que o processo penal sempre tem sido o lugar privilegiado para a prática de abusos, dado estarem em jogo interesses vitais do Estado, que ele procura salvaguardar utilizando a força de que dispõe. O legislador constituinte terá tido consciência desses abusos e, desejando satisfazer até às últimas consequências as exigências da ideia de Estado de Direito, sacrificou a verdade à dignidade da pessoa humana. Na prossecução da sua tarefa esqueceu do processo civil.⁹³

A vedação das provas ilícitas foi desenvolvida na Jurisprudência da Suprema Corte norte-americana como uma consequência necessária da violação de direitos fundamentais assegurados pelas Emendas à Constituição dos Estados Unidos. A ideia de acrescentar uma consequência processual à violação de direitos fundamentais com o objetivo de fortalecê-los foi progressivamente sendo adotada em todo o mundo.

Como o tema dos direitos fundamentais, original e tradicionalmente, está associado à defesa dos cidadãos contra o Estado, nada mais natural que a invocação dos direitos fundamentais e da garantia da vedação às provas ilícitas seja feita pelo cidadão nos processos criminais movidos pelo Estado contra si.

No direito estadunidense, prevalece até hoje a aplicabilidade da vedação das provas ilícitas somente no processo penal, como refere Ávila:

Em *Plymouth Sedan v. Pennsylvania* (1965) a Corte Warren havia utilizado o precedente *Boyd* e estabelecido que era aplicável a regra de exclusão a procedimentos não criminais, como, no caso, um processo civil de confisco (*forfeiture*) decorrente da localização de bebidas alcoólicas clandestinas no interior de veículo apreendido irregularmente. Posteriormente, a Corte Burger reviu esse entendimento em *United States v. Janis* (1976), realizando uma análise dos custos e benefícios da regra de exclusão e afirmando que para os procedimentos civis, como o de confisco, há reduzido efeito dissuasório a justificar a regra, que é endereçada primariamente à zona de interesses dos agentes de investigação policial.⁹⁴

Assim, é necessário fazer constante referência aos doutrinadores do processo penal, que são os fundadores da “teoria geral da prova ilícita”, como é denominada por Alexandre, que ressalta a grande divergência de soluções apontadas não só entre países diferentes, mas também entre doutrinadores do mesmo país, como uma das suas principais características.⁹⁵

Vulgarmente, costuma-se diferenciar o processo penal e o processo civil quanto à “verdade” buscada por cada um. Enquanto o processo penal buscaria a “verdade material” correspondente à realidade das coisas fora do processo (*Veritas est adaequatio rei et intellectus*, na conhecida

⁹³ ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 242.

⁹⁴ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 144.

⁹⁵ Cf. ALEXANDRE, op. cit., p. 15.

expressão de Santo Tomás de Aquino), o processo civil contentar-se-ia com a “verdade formal” que seria a verdade conforme reproduzida no processo, respeitados os limites estabelecidos pela lei processual. Dessa forma, a obtenção da verdade material exigiria uma liberdade maior na questão probatória no processo penal, como a relativização das preclusões temporais e maior ativismo judicial na produção probatória.

A suposta maior liberdade em matéria probatória no processo penal, que iria mais fundo na averiguação da verdade, em relação ao processo civil, permite inferir que, neste, as restrições às provas seriam maiores que no processo penal. Assim, seria possível raciocinar da seguinte forma: tudo o que é proibido no processo penal também é proibido no processo civil, mas nem tudo aquilo que é permitido em processo penal, o é em processo civil.

Tal raciocínio, entretanto, não é válido, seja porque não se reconhece mais a distinção entre verdade material e formal, e sua correspondência aos processos penal e civil, respectivamente; seja porque princípios específicos do processo civil impõem solução diversa em alguns casos.

Com relação às “verdades”, deve-se reconhecer que, nos diversos processos de natureza civil que tratam de questões de interesse público, como assuntos de família, menores, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural, bens públicos, a busca da verdade não pode ficar ao alvedrio das partes, impondo-se, da mesma forma que em assuntos criminais, a busca da verdade “material”. Por outro lado, a possibilidade de soluções consensuais no processo penal com a aplicação de institutos despenalizadores como a composição civil dos danos, o perdão do ofendido e a transação penal, coloca a questão da verdade dos fatos, em alguns casos, em plano secundário em relação à solução do conflito.

Além disso, mesmo em matérias tipicamente privadas, reconhece-se, atualmente, uma maior liberdade de atuação para o juiz na produção probatória, chegando-se a defender o ativismo judicial na produção probatória também em processos sobre direitos disponíveis, como no caso de direitos patrimoniais do consumidor. Diversamente, no processo penal, o maior rigor na interpretação do princípio acusatório tem procurado limitar a atuação probatória do juiz, em especial no que se refere às matérias cujo ônus probatório recai sobre a acusação.

Assim, atualmente perde prestígio a diferença entre verdade material e formal em prol de uma ideia de verdade formalizada para todos os tipos de processo. A busca da verdade pode ser limitada em razão de interesses alheios ao processo, notadamente a proteção de outros direitos

fundamentais como os referentes à inviolabilidade de domicílio, a intimidade e a integridade física. A proteção de outros direitos fundamentais é justamente a *ratio* da vedação às provas ilícitas.

Desse modo, não é válido o raciocínio de que os meios de prova vedados no processo penal também o sejam para o processo civil, no qual as partes teriam maiores limitações probatórias.

As características específicas do processo civil também devem ser levadas em conta na determinação da admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Ainda que tenha havido uma significativa publicização do processo civil, este ainda é marcado pela disponibilidade dos interesses defendidos em grande parte, senão a maioria, das demandas. Isso permite a solução de um processo com base nos efeitos da revelia, no ônus da prova ou na confissão. Assim, se uma parte pode ser condenada em uma ação de cobrança que não esteja instruída por nenhum tipo de prova, com base apenas na confissão do réu, ou na sua revelia, não teria sentido a exclusão de ofício de meios de prova ilícitos. Aliás, muitas vezes o juiz não teria nem como saber que uma determinada prova pré-constituída foi obtida por meios ilícitos.

No processo penal, a superioridade material do Estado na função de acusador é compensada por uma superioridade jurídica do réu, de modo que o ônus da prova da existência do fato e da sua autoria é do autor da ação penal, que tem contra si o princípio *in dubio pro reo*. Isso decorre da presunção de não culpabilidade garantida constitucionalmente. Assim, em matéria criminal, é fácil identificar uma preferência pela absolvição de um culpado em face da possibilidade de condenação de um inocente.

Por esse motivo, a doutrina processual penal não exita, na maioria das vezes, em determinar a exclusão de provas ilícitas que pudessem levar a condenação, independentemente da gravidade dos delitos cometidos. Por outro lado, a mesma doutrina majoritária, admite a prova ilícita no processo quando esta possa servir para demonstrar a inocência do réu, como se analisará melhor no último capítulo.

Nenhuma dessas soluções é possível em processo civil. Às vezes o interesse que deve ser constitucionalmente protegido é o do autor, numa investigatória de paternidade proposta por menor, às vezes é o do réu, numa negatória de paternidade proposta contra menor. Isso significa que não se pode chegar a um juízo quanto à admissibilidade da prova ilícita com base no polo da

ação beneficiado, o que refletirá na temática da aplicação do princípio da proporcionalidade em matérias de provas ilícitas no processo civil.

No processo civil, diferentemente do processo penal, existe o dever de as partes e terceiros agirem de boa-fé e colaborarem para a descoberta da verdade, inclusive com a possibilidade de aplicação de meios coercitivos com objetivo de apreender meios de prova sonegados. Alexandre considera que esse dever de veracidade, uma das expressões da boa-fé, de certa forma, compensaria os menores poderes do juiz cível em matéria probatória.⁹⁶ O dever de boa-fé manifesta-se também no dever de lealdade.

Assim, pode-se fundamentar a inadmissibilidade da prova ilícita no dever de lealdade por parte da parte que a pretende utilizar. Por outro lado, pode-se fundamentar a admissibilidade da prova ilícita no dever de veracidade da parte contrária. Assim, se um cônjuge acusa o outro de adúltero, este, ao negar em juízo os fatos que sabe verdadeiros, viola a boa-fé porque falta com seu dever de veracidade. Por outro lado, se a outra parte apresenta uma interceptação telefônica ilícita para comprovar suas alegações, viola seu dever de lealdade.

Alexandre antevê duas dificuldades na aplicação do princípio da boa-fé no processo civil, em matéria de provas ilícitas:

a) a determinação do conteúdo de cada um dos deveres, por forma a saber se a utilização da prova ilícita pode ofender um (caso do dever de lealdade) ou ser exigida pelo outro (caso do dever de veracidade); b) o estabelecimento de uma hierarquia entre os dois deveres, de modo a resolver eventuais situações de conflito entre eles.⁹⁷

É necessário considerar que, mesmo em processo civil, a proteção contra a autoincriminação permanece, de modo que a parte não é obrigada a confessar fatos criminosos que tenha cometido em razão de o depoimento estar sendo prestado na qualidade de testemunha, nem a fornecer elementos de prova de crime praticado por si própria. A permissão de não dizer a verdade abrange fatos que incriminam seus parentes próximos, nos termos do artigo 406 inciso I do Código de Processo Civil.

O dever de colaborar e dizer a verdade, no processo civil, existe mesmo que isso possa levar a parte a perder a demanda, desde que não se trate de fatos criminosos por si cometidos. Nesse ponto, o processo civil difere significativamente do processo penal. Assim, se uma parte não apresenta em juízo o instrumento do contrato que está na sua posse, está cometendo um ilícito,

⁹⁶ ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 84.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 88.

que pode gerar o estado de necessidade para a outra parte, que a leve a cometer, também, um ilícito, por exemplo, furtando-o, para garantir o seu direito. No próximo capítulo, será analisado o tema das excludentes de ilicitude em matéria de provas ilícitas.

A diferença de princípios do processo civil em relação ao processo penal permite concluir de forma diferente sobre a admissibilidade dos meios de prova ilícita de acordo com o caso concreto. Antes, porém, de se analisar o problema da admissibilidade, oportuno considerar a teleologia da vedação das provas ilícitas.

2.7 Teleologia da garantia fundamental da inadmissibilidade

A doutrina e a jurisprudência apontam como principais objetivos da inclusão da norma que veda a admissão das provas obtidas por meio ilícito no processo o efeito dissuasório sobre os agentes estatais (*deterrence effect*) e a integridade judicial (*judicial integrity*).

O efeito dissuasório é o efeito de desestimular futuras violações dos direitos fundamentais pelos agentes do governo ou por agentes de pessoas particulares dedicados profissionalmente à obtenção de provas ou proteção de bens jurídicos, como os detetives particulares ou agentes de segurança privada. Considera-se que essa vedação visa a dar uma proteção maior aos direitos fundamentais contra a atividade estatal ilícita, uma vez que a atividade privada ilícita já estaria devidamente garantida pelas normas penais.

Além disso, esse efeito só faz sentido contra pessoas que podem praticar violações de direitos profissionalmente, já que pressupõe outros casos em que essa pessoa será chamada a recolher provas ou combater ilícitos. Desse modo, não faria sentido vedar a aquisição de prova ilícita feita por particulares de forma casuística e esporádica, uma vez que estes não teriam tendência a repetir essas violações.

A integridade judicial (*judicial integrity*), ou o julgamento justo (*fair trial*), é o outro objetivo comumente apontado para a vedação das provas ilícitas, que teria por objetivo manter um padrão ético na atuação do Estado, que não pode violar as normas jurídicas, nem se beneficiar da sua violação por terceiros, para alcançar seus objetivos.

Seria inadmissível que o Estado utilizasse qualquer elemento decorrente de ilicitudes praticadas por quem quer que seja, em razão de se tratar de um estado de direito, um estado que age não só limitado pelo direito, como também por meio do direito. Dessa forma, mesmo que em determinado caso concreto, a inutilização da prova ilícita não tenha efeito de prevenção geral uma vez que a ilicitude tenha sido cometida por um particular não dedicado à investigação, não se poderia utilizá-la.

A ênfase dada em cada um desses aspectos, de acordo com o sistema jurídico ou o momento histórico, traz consequências importantíssimas para a admissibilidade das provas decorrentes de ilicitudes praticadas por particulares, ou praticadas pelos agentes públicos de boa-fé, ou para a admissão das provas lícitas derivadas das ilícitas, por exemplo.

Comoglio aponta os fins práticos que, essencialmente, originaram a regra de exclusão na doutrina norte-americana: a) a prevenção e o efeito dissuasório no combate dos ilícitos perpetrados pela polícia judiciária ou pelos órgãos de investigação na busca das provas; b) o imperativo de integridade judicial, que proíbe ao juiz de ser cúmplice de tais ilícitos, admitindo a utilização processual das provas adquiridas por meio deles; e c) como remédio pessoal para reintegração na forma específica, para os direitos lesionados do sujeito contra o qual a prova seja feita valer em juízo.⁹⁸

A justificação da regra de exclusão em razão da dissuasão dos órgãos policiais, relativamente a práticas futuras semelhantes (*deterrence*) surgiu só em 1960, no processo *Elkins v. U.S.*, mas adquiriu rapidamente o predomínio na jurisprudência da Suprema Corte americana e, em 1974, no caso *U.S. v. Calandra*, o fator dissuasão foi entendido como a razão principal da existência da regra.⁹⁹

A partir de então, predominou uma teoria profilática: as regras de exclusão seriam, basicamente, mais um remédio judicial criado para desencorajar atividades policiais inconstitucionais do que um direito subjetivo da parte agravada. O escopo seria o de prevenir, não o de reparar. A diferença de fundamentações teria muita importância no sentido de estabelecer a aplicabilidade

⁹⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 2a ed. riv ed amp. Torino: UTET, 2004, p. 55.

⁹⁹ ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 168.

da regra de exclusão: ela só poderia, então, ser invocada mais como reflexo de direito do que propriamente um direito subjetivo do seu titular imediato.¹⁰⁰

Com relação ao ordenamento alemão, Comoglio aponta que divergem em boa parte as linhas evolutivas das proibições de prova porque não são idênticos os pressupostos de partida. Lá não se visa a perseguir, com tais vedações, objetivos práticos de prevenção e dissuasão, ou efeitos de repressão e de remédio específico, mas se tende a privilegiar exigências dogmáticas de proteção substancial de determinados direitos ou valores fundamentais.¹⁰¹

Knijnik ensina que no direito alemão,

a preocupação maior não é, absolutamente, ensinar à polícia os limites a que deve estar adstrita, mas verificar a violação, ou não, de um direito fundamental assim consagrado. É precisamente na base desta compreensão do princípio da ponderação que o BGH [Bundesgerichtshof – Tribunal Federal] vem sustentando, em matéria de proibições de prova, um regime diferenciado para a criminalidade grave.¹⁰²

Para Marinoni e Arenhart,

a razão de ser da proibição inserida no art. 5º, LVI, da CF está na insuficiência de sancionar a prova ilícita apenas no plano do direito material. Para uma maior proteção dos direitos é preciso negar eficácia a tais provas no processo. (...) É inegável que houve uma opção pelo direito material em detrimento do direito à descoberta da verdade.¹⁰³

Oliveira observa que

mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente pedagógica, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica.¹⁰⁴

No mesmo sentido observa Polastri que a função de controle disciplinar atribuída às proibições de prova

acaba por favorecer o reconhecimento de um efeito extensivo, pois não existe outra forma para se retirar o já arraigado costume das autoridades encarregadas da persecução

¹⁰⁰ KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.1993. *Ajuri: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. mar. 1996, p. 72.

¹⁰¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 2a ed. riv ed amp. Torino: UTET, 2004, p. 57.

¹⁰² KNIJNIK, op. cit., p. 73.

¹⁰³ 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. 364.

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.303.

penal, em especial aquelas da polícia, de se utilizar de práticas probatórias ilícitas, que não seja através da consequente não possibilidade de utilização (direta e indireta) das provas assim obtidas.¹⁰⁵

Ambos leciona que

as proibições probatórias resultam de um componente individual e outro coletivo: por um lado, servem para a *garantia dos direitos fundamentais*, protegendo o investigado ou imputado de utilização, *contra si*, de provas ilegalmente obtidas; já, por outro lado, se preserva — e aqui está o componente coletivo — a integridade constitucional, particularmente através da realização de um processo justo (*fair trial*).¹⁰⁶

O caráter de efeito dissuasório aparece na decisão do HC 69.912-RS, julgado em 16.12.1993, do Supremo Tribunal Federal, no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, pautado, segundo parece, pela orientação norte-americana:

De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria degravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que, sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas.

Outro aspecto importante da teleologia é que algumas ilicitudes cometidas na produção probatória também podem ensejar dúvidas quanto à confiabilidade do conteúdo do elemento de prova. Notáveis são os casos de depoimentos ou confissões, obtidos mediante tortura ou ameaça, nos quais o depoente fala o que o agressor deseja, unicamente para abreviar o próprio sofrimento. Dessa forma, uma confissão obtida mediante tortura, além de constituir grave violação à dignidade da pessoa humana, pelo próprio método utilizado, não poderia ser admitida à valoração por absoluta incerteza quanto ao seu teor de veracidade, nem mesmo em favor de um suposto acusado injustamente.

Nesse sentido, Ambos considera que, na proibição de provas ilícitas,

não se tem somente, em um sentido idealista, a proteção da dignidade humana do imputado, mas, também, a proteção do conteúdo verídico da declaração, pois, com efeito, sabe-se que os imputados coagidos estão mais motivados a falar para por fim aos sofrimentos que lhes são impostos, do que por se sentirem obrigados a dizer a verdade.¹⁰⁷

O mesmo se diga de depoimentos prestados com o estado de consciência alterado, sob o efeito de hipnose ou drogas, em que não se pode distinguir entre a realidade e estados oníricos ou

¹⁰⁵ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória. Perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 125.

¹⁰⁶ Ibid., p. 82-83.

¹⁰⁷ Ibid., p. 90.

lisérgicos. Essas considerações também se aplicam a provas documentais em que não se tenha conhecimento da autoria do documento. Para além de ser vedado pela Constituição, o anonimato não permite que se tenha confiabilidade na prova produzida, uma vez que não há possibilidade de submeter o autor ao crivo do contraditório. O contraditório funciona como importante método para dar credibilidade às provas orais e periciais produzidas judicialmente, uma vez que os dois lados podem levantar objeções ao conteúdo da mesma e fazer o cotejamento com outros elementos já disponíveis, em especial as provas documentais.

Para o direito brasileiro, a teleologia da garantia constitucional da vedação das provas ilícitas está relacionada com os três aspectos citados: o desestímulo às violações dos direitos fundamentais, que na Constituinte foi uma reação ao período político anterior; o imperativo de integridade judicial, como um reforço ao Estado de Direito constituído em 1988; e também o reforço à credibilidade da prova.

2.8 Da Admissibilidade da Prova ilícita no processo

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.

2.8.1 Posições favoráveis

O argumento mais invocado 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 antes, a prova ilícita é entendida como uma violação de normas de direito material. No entanto, são as normas processuais que determinam as provas 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.

Seria necessário apenas considerar a pertinência e relevância da prova. Como o objetivo da instrução probatória é representar nos autos a verdade sobre os fatos relevantes para o deslinde da causa, se o elemento de prova é verídico, deveria ser aproveitado no processo. Caso contrário estar-se-ia obrigando o juiz a julgar contra a verdade conhecida, fingindo que não a conhece.

Neste sentido, Cordero entendia que, para verificar a admissibilidade de uma prova no processo, o fundamental era observar se sua introdução era consentida em abstrato pela lei processual, não importando os meios que foram utilizados para sua obtenção (*male captum bene retentum*).¹⁰⁸

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 indícios (como ocorre no direito italiano, no caso da prova constituída irregularmente produzida).¹⁰⁹

Para Ricci, é evidente que postular a ilicitude de um comportamento não significa necessariamente sancioná-lo com uma nulidade, uma vez que o ordenamento poderia se limitar a reagir com sanções de outro tipo, por exemplo penal, para ter o efeito dissuasório buscado com a vedação das provas ilícitas. Para o mesmo autor, no entanto, isso não significa que a possibilidade de utilização da prova ilegalmente adquirida não tenha limites. Os limites são determinados de modo claro e preciso pela necessidade de respeito ao princípio do contraditório e da defesa, que são princípios inderrogáveis de todo processo¹¹⁰.

Nos Estados Unidos, não se aplica a regra de exclusão para violações praticadas por particulares. Como o fundamento é majoritariamente considerado o efeito educativo para os órgãos de persecução, os particulares não estão abrangidos pelo mesmo, de modo que as provas ilícitas por eles produzidas são admissíveis. Dessa forma, não se reconhece a regra de exclusão no processo civil¹¹¹. Ou seja, punem-se as violações de direitos fundamentais de forma autônoma com relação ao processo em que as provas dessa forma obtidas são valoradas.

¹⁰⁸ CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*, Milano: Giuffrè, 1963, p. 163.

¹⁰⁹ RICCI, Gian Franco. Le prove illecite nel processo civile. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*. 1987, p. 70.

¹¹⁰ Ibid., p. 74 e 82.

¹¹¹ LA FAVE-ISRAEL, *Criminal Procedure*, 2nd ed, St. Paul, 1992, p. 116 e s.; MC CORMICK, *On Evidence*, 4th ed, por John William Strong, St. Paul, 1992, p. 301 e s. Apud BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as

Como ensina Vigoritti, a jurisprudência norte-americana considera que a Quarta Emenda refere-se apenas à atividade dos poderes públicos e não também àquela dos cidadãos singulares, de cujos ilícitos se é suficientemente protegido pelas normas penais. Assim é, em geral, favorável à utilização em juízo de tais provas, de modo que resta apenas a punibilidade do autor do ato criminoso.¹¹²

Na Espanha, a restrição da garantia da inadmissibilidade às provas obtidas com violação de normas constitucionais, leva Picó i Junoy a defender a admissibilidade daquelas obtidas com violação de meros preceitos legais. De acordo com o autor, partindo-se de que na aquisição do material probatório não se tenha infringido direito fundamental algum, este poderá ser, em princípio, livremente valorado pelo julgador ao realizar a fundamentação fática da sentença, sem prejuízo de exigir a correspondente responsabilidade civil, penal ou disciplinar em que tenha podido incorrer a pessoa que cometeu a irregularidade. Para o autor, o caráter de fundamental que a Constituição outorga ao direito à prova, assim como o interesse do Estado em oferecer uma tutela judicial efetiva, permitem ao órgão jurisdicional apreciar e valorar essa prova ilegal.¹¹³

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. 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, e conseqüentemente, maior celeridade ao julgamento.

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,

provas ilicitamente obtidas: In: _____. Temas de direito processual, sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 119: “Pois bem: naquele país, a *exclusionary rule* só se aplica normalmente contra a autoridade pública (não quanto a eventuais infratores particulares), e no terreno penal: em feitos de outra natureza, a ilicitude da obtenção não impede a utilização da prova, salvo casos excepcionais, como o de processo destinado a imposição de sanção administrativa grave”.

¹¹² VIGORITTI, Vincenzo. Prove illecite e Costituzione. *Rivista di Diritto Processuale*. 1968, p. 67

¹¹³ PICO I JUNOY, Joan La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil. *Justitia: Revista e derecho procesal*, 2005, n 3-4. Em seguida o autor faz referência à jurisprudência espanhola: “Nessa linha, o auto do Tribunal Supremo (ATS) de 18 de junho de 1992, estabelece: ‘Como nem toda infração das normas processuais reguladoras da obtenção e prática de provas pode conduzir a essa impossibilidade (de valoração das provas obtidas com infração de direitos fundamentais), deve-se concluir que somente cabe afirmar que existe prova proibida (ilícita) quando se lesionam os direitos que a Constituição proclamou como fundamentais.’ De igual modo, veja-se a sentença do Tribunal Supremo (STS) de 2 de julho de 1993.” Tradução nossa.

inadmissível. A ausência de vedação, portanto, não pode ser alegada, no Brasil, como motivo para a aceitabilidade de provas ilícitas depois da Constituição de 1988, que as proscreeu de maneira expressa, como já visto.¹¹⁴

Em razão dessa vedação constitucional (e também 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 (dita) ilícita se a ilicitude for meramente aparente — seja porque não houve violação do direito material, seja porque o agente agiu albergado por alguma excludente de ilicitude — ou 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, 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, tiveram que admitir a aplicação condicionada da regra de exclusão, a fim de preservar determinados 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 flexibilizando.¹¹⁵

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.¹¹⁶

Entre nós parece ter sido exatamente isso o que aconteceu. A partir da redação peremptória da Constituição, os tribunais e a doutrina foram reconhecendo a necessidade de temperamentos.

¹¹⁴ Cf ROQUE, André Vasconcelos. O estado de necessidade processual e a admissibilidade das provas (aparentemente) ilícitas. *Revista de Processo*. ano 32, n. 153, nov. 2007, p. 319.

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 208.

Veja-se, por exemplo, o seguinte trecho do voto do relator Ministro Adhemar Maciel no Habeas Corpus n.º 3.982-RJ, julgado em 5.12.1995, pelo Superior Tribunal de Justiça:

Numa análise apressada da jurisprudência americana anterior a 1987, pode-se constatar que a *Exclusionary Rule* não é tomada em termos absolutos. Como em termos absolutos não é tomada na Alemanha, e não deve ser no Brasil. Além de casos gritantes de proteção individual, pode haver, no outro prato da balança, o peso do interesse público a ser preservado e protegido.

Também na decisão unânime de 5 de março de 1996, no Habeas Corpus n.º 4.138, adotou a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendimento matizado, rejeitando a alegação de inadmissibilidade de gravação de conversa telefônica, mediante escuta policial supostamente ilícita, no presídio a que se achavam recolhidos os impetrantes. Acentuou o relator, Ministro Adhemar Maciel, a relatividade dos direitos contemplados no texto constitucional, decorrente da própria necessidade de harmonização recíproca, e referiu-se ao ‘substrato ético’ que não pode deixar de orientar o intérprete na fixação dos limites razoáveis.

No mesmo sentido, de acordo com Comoglio, estaria ganhando crédito, sobretudo na jurisprudência, a ideia segundo a qual as regras de exclusão não seriam absolutas e automáticas, mas teriam efeitos relativos, subordinando-se a uma apreciação concreta pelo juiz, que deve estabelecer, caso a caso, se o sacrifício da prova relevante é comparavelmente justificado, ou não, na relação proporcional com a lesão causada aos direitos individuais.¹¹⁷

A necessidade de punição do infrator, mesmo que a prova seja admitida e utilizada no processo é defendida por todos os autores. Hamilton, no entanto, considera essa responsabilização obrigatória como um problema no caso do infrator que descobre uma prova de um crime gravíssimo por meios ilícitos e quisesse colaborar com a elucidação do crime entregando a prova ao Ministério Público. Afirma o autor, no entanto, que a lei não dá solução e que seria melhor que a Constituição tivesse feito ressalva no texto da garantia.¹¹⁸

Mais adiante, neste trabalho, será analisada a aceitabilidade das provas de origem ilícita em razão da aplicação de excludentes de ilicitude e em razão do princípio da proporcionalidade.

¹¹⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 2a ed. riv ed amp. Torino: UTET, 2004, p. 59

¹¹⁸ HAMILTON, Sergio Demoro. As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito. In ____ *Processo Penal: reflexões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 263.

2.8.2 Posições contrárias

Em todos os países, independentemente da existência de vedação constitucional ou legal explícita, há autores que defendem a inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil em decorrência da unidade do ordenamento jurídico, ou da necessidade prática de se prover de maior proteção os direitos fundamentais.

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 adquiridas.¹¹⁹ Seus argumentos passam pela supremacia da norma constitucional e do perigo de relativizar a interpretação e a aplicação dos direitos e garantias fundamentais.

Segundo Vigoritti, a revogação *ex lege* e a perda de eficácia dos atos lesivos, que comportaria exclusão do juízo de certas provas relevantes e talvez também decisivas, não são outra coisa senão instrumentos que o sistema atribui ao cidadão para a defesa dos valores considerados fundamentais e, ao mesmo tempo, são o indicativo mais evidente da prioridade dos valores garantistas frente a outros valores, mesmo que sejam estes também importantes para a vida social. O autor considera que a punição do funcionário público que tenha praticado o ilícito, ao contrário da punição penal do particular, é limite insuficiente para proteger o cidadão da prática de violações aos direitos fundamentais porque, na verdade, na Itália como nos Estados Unidos, sucede que os agentes responsáveis raramente sejam punidos em sede penal e disciplinar e ainda assim ineficazmente, com a conseqüente renovação dos comportamentos lesivos da parte dos investigadores.¹²⁰ Essa avaliação é aplicável, sem dúvida, à realidade brasileira.

Grinover, já em 1982, na obra pioneira acima referida, considerava que:

a inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes e de terceiros. Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos de personalidade. Será também irrelevante indagar-se a respeito do momento em que a ilicitude se caracterizou (antes e fora do processo ou no curso do mesmo); será irrelevante indagar-se o ato ilícito foi cumprido contra a parte ou contra terceiro, desde que tenha importado em violação a

¹¹⁹ RICCI, Gian Franco. Le prove illecite nel processo civile. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*. 1987, p. 40.

¹²⁰ VIGORITTI, Vincenzo. Prove illecite e Costituzione. *Rivista di Diritto Processuale*. 1968, p. 72.

direitos fundamentais; e será, por fim, irrelevante indagar-se se o processo no qual se utilizaria prova ilícita deste jaez é de natureza penal ou civil.¹²¹

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)”. Em seu breve voto o ministro 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. A maioria dos autores, no entanto, admite alguma forma de temperamento da regra, como visto acima.

Barroso e Barcellos consideram que “a Constituição brasileira, por disposição expressa, retirou a matéria da discricionariedade do julgador e vedou a possibilidade de ponderação de bens e valores em jogo. Elegeu ela própria o valor mais elevado: a segurança das relações sociais pela proscrição da prova ilícita.¹²²” Os próprios autores, no entanto, no mesmo texto, observam que “embora isto não tenha sido suscitado com maior profundidade na discussão do tema, certamente mereceria reflexão a questão do emprego de prova ilícita como eventual elemento único de *defesa* em processo criminal.”

Grinover, em texto posterior à Constituição, considera que

não há margem para aplicação do princípio da proporcionalidade, porque o constituinte não deu margem a qualquer exceção¹²³. O sistema constitucional brasileiro partilha da

¹²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 151.

¹²² BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A viagem redonda: *habeas data*, direitos constitucionais e as provas ilícitas. *Revista Trimestral de Direito Público* n. 24/14, 1998.

¹²³ GRINOVER, Ada Pellegrini. A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. n. 37. p. 46. 1992.

convicção de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade, por vulnerar normas ou princípios constitucionais.¹²⁴

A posição do Supremo Tribunal Federal, depois da Constituição de 1988, encontra-se exposta no voto condutor do Ministro Sepúlveda Pertence, no HC 69.912-0 RS, acima referido, onde deixou remarcado:

No Brasil, contudo, a inadmissibilidade da prova captada ilicitamente já se firmara no Supremo Tribunal, antes da Constituição, seja no processo civil, seja na investigação criminal. E a Constituição de 1988 explicitou peremptoriamente, no art. 5º, LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. No ponto, *legem habemus*: toda a discussão a respeito terá, no Brasil, sabor puramente acadêmico.

Segundo Polastri, no processo penal, três correntes consideravam as provas ilícitas inadmissíveis. Uma sob o fundamento de que, se o direito é uno, e se a prova é ilícita, tal ilicitude deveria ser considerada em todos os ramos do direito, e, assim, não poderia a prova ilícita ser reconhecida e utilizada no processo (Pietro Nuvolone, na Itália, Frederico Marques e Heleno Fragoso, no Brasil). Outra se baseava no fato de que o Estado deve se ater ao princípio da moralidade, não podendo se utilizar de meios ilícitos, nem mesmo para combater o crime. E a terceira defendia que a prova ilícita ofenderia a Constituição, atingindo valores fundamentais do indivíduo e as garantias individuais (Cappelletti, Vigoritti e Comoglio, na Itália) e, entre nós, Ada Pellegrini Grinover.¹²⁵

No processo civil, Serejo adota postura rígida pela proscrição da prova ilícita, negando até mesmo a aplicação do princípio da proporcionalidade, que seria admissível apenas no processo penal, ainda assim em caráter excepcional. A vedação constitucional das provas ilícitas

pode não se revestir de caráter absoluto, em se tratando de processo penal, tendo em vista o equilíbrio de valores e o princípio do interesse público, mas o afastamento dessa proibição deve ter respaldo no caso concreto e trazer elementos capazes de justificar a excepcionalidade. Entretanto, o argumento do ‘interesse público’ não se aplica no cível, no qual a disputa é entre dois interesses privados.¹²⁶

O mesmo autor, no entanto, quando a questão se refere a processos em que se disputa a guarda de filhos admite posição menos radical. Menciona um caso ocorrido na sua prática forense em que

¹²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal. In: *Novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 61-62.

¹²⁵ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória. Perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 128.

¹²⁶ SEREJO, Lourival. *As provas ilícitas no direito de família*. São Paulo: IOB Thomson, 2004, p. 61

as conversas do pai com a filha eram gravadas pela mãe que pretendeu usá-las em desabono da conduta do pai e como argumento para assegurar-lhe, a ela, a guarda da filha. Depois de feita a gravação, a fita foi entregue na casa do juiz, para, segundo constava do envelope, “o juiz ficar sabendo da verdade”. Considera, então que, neste caso de guarda, seria admissível o uso da prova ilícita por envolver questão de “alta carga valorativa”. Mas acrescenta que a posição é insustentável sem a análise do caso concreto e das proibições legais.¹²⁷

Dessa forma, no atual estágio da ciência jurídica, todos os doutrinadores admitem que existem casos de admissibilidade plena da prova ilícita e outros de inadmissibilidade, variando apenas o sopesamento que se faz dos casos concretos em que se admitem uma e outra. As posições variam quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade e à consideração do que é lícito e o que é ilícito no processo civil, temas que serão aprofundados nos próximos capítulos.

2.9 Provas derivadas das ilícitas

A prova derivada da ilícita é a prova lícita para cuja obtenção, proposição ou produção foi necessária uma informação decorrente de um ilícito. Portanto, não há vício nenhum na obtenção, proposição ou produção do meio de prova de que se cogita, mas sem uma informação obtida, essa sim, de forma ilícita, não seria possível a prova subsequente. Isso permite distinguir os casos de provas derivadas das ilícitas daqueles das provas ilícitas em si mesmas consideradas.

O problema da prova derivada da ilícita também é conhecido como “efeito à distância” ou “efeito extensivo” uma vez que se busca, além do efeito direto correspondente a uma proibição de utilização da prova, a proibição do meio de prova indireto.¹²⁸

As provas derivadas das ilícitas são as provas excluídas do processo em razão da aplicação da doutrina dos “frutos da árvore venenosa” (*fruits of the poisonous tree*), cunhada pela Suprema Corte norte-americana a partir dessa metáfora, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. A decisão pioneira sobre o tema foi proferida no caso “*Silverthorne Lumber Co. v. United States*”, em 1920, a partir da qual as cortes passaram a excluir a prova

¹²⁷ SEREJO, Lourival. *As provas ilícitas no direito de família*. São Paulo: IOB Thomson, 2004, p. 58.

¹²⁸ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória. Perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 123.

derivadamente obtida a partir de práticas ilegais. O objetivo era, similarmente ao pensamento que ensejou a concepção da *exclusionary rule*, que a polícia ficasse desencorajada de proceder a buscas e apreensões ilegais.¹²⁹

O termo “*fruits of the poisonous tree doctrine*”, no entanto, só foi empregado expressamente no caso “*Nardone v. U.S.*” de 1939, que tratava de provas obtidas graças à gravação de conversas telefônicas do acusado, realizada sem ordem judicial. No caso “*Wong Sun v. United States*”, de 1963, considerou-se ilícita, de forma inovadora, uma *verbal evidence*, pois até então a *exclusionary rule* baseava-se unicamente em materiais físicos e tangíveis¹³⁰

A doutrina dos frutos da árvore venenosa foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do já referido HC 69.912-RS, em que se considerou que “a ilicitude da interceptação telefônica — à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la — contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente.” Veja-se que houve expressa referência ao termo utilizado pela Suprema Corte norte-americana.

A decisão nesse julgamento foi tomada por apertada maioria, na verdade houve um empate em que prevaleceu o voto favorável ao paciente. Posteriormente, a Corte Suprema reafirmou seu entendimento no julgamento do HC 72.588/PB (Tribunal pleno, relator Ministro Maurício Correa, julgado em 12.06.1996), também por maioria apertada. Na ementa desse julgado ficou consignado que:

3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o juiz foi vítima das contumélias do paciente.
4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo.
5. Habeas-corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5.

Os dois julgados referidos consideraram que todas as provas existentes no processo decorreram da prova considerada ilícita, inexistindo provas autônomas. Assim, ao mesmo tempo que se

¹²⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999, p. 68

¹³⁰ Ibid., p. 69.

admitiu a vedação das provas derivadas das ilícitas, deixou-se espaço para a consideração das limitações à doutrina dos frutos da árvore venenosa, que serão examinadas no próximo item.

A vedação das provas derivadas das ilícitas, todavia, pode ser extraída diretamente do dispositivo constitucional, uma vez que este disciplinou a consequência processual da ilicitude material. Oliveira considera que

se os agentes produtores da prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas pela via da ilicitude, para que se legalizasse a ilicitude da primeira (operação). Assim, a teoria da ilicitude por derivação é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.¹³¹

A nova redação do artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal, no entanto, tornou lei a jurisprudência da Corte Suprema dispondo que “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas”. A redação, no entanto, ficou lacônica uma vez que não foi fornecida uma delimitação do que sejam as provas *derivadas* das ilícitas. Esse conceito foi mais bem delimitado nos parágrafos seguintes do mesmo artigo, que tratam das limitações do efeito à distância.

Mais de uma década antes da alteração legislativa, Avolio já considerava que

pouco importa, assim, que uma lei ordinária venha ou não prever expressamente a cominação de inadmissibilidade ou nulidade das provas ilícitas por derivação. (...) Seria preferível, ao invés, que jamais se fizesse tal regulamentação, por cientificamente desnecessária, e até pela impossibilidade de se extrair do texto legal o espírito da norma violadora – que deve ser perquirido no caso concreto.¹³²

A regulamentação feita, no entanto, mesmo que desnecessária é conveniente para pacificar a discussão. Veja-se que as primeiras decisões que acolheram a tese foram tomadas por maioria apertada no Supremo Tribunal Federal e, em tese, essa jurisprudência poderia reverter-se, com a mudança na composição da corte.

Knijnik considera que a doutrina dos frutos da árvore proibida é a repercussão da progressividade da relação jurídico processual no campo da prova ilícita. Seria a contaminação das provas lícitas derivadas de uma prova ilícita inicial em razão do vínculo genético existente entre ambas.¹³³

¹³¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 318.

¹³² AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999, p. 73.

¹³³ KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.1993. *Ajuri: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. mar. 1996, p. 76.

Certamente existe um vínculo genético entre a prova derivada e a prova ilícita. Esse vínculo, todavia, nem sempre demonstra a repercussão da progressividade da relação processual. Muitas vezes a ilicitude ocorre fora do processo e permite a obtenção de uma prova derivada também fora do processo, sendo possível que a prova ilícita nem venha a aparecer no processo antes da prova derivada. Além disso, a mera progressividade da relação processual, assim entendida a sucessão de atos e fatos jurídicos, assim como atos materiais, não gera a ilicitude derivada. Esta advém somente do vínculo genético entre os elementos probatórios, que se faz por meio de informações ou material obtidos ilicitamente que se transmitem.

Por outro lado, as provas ilegítimas, quais sejam, as contaminadas por vícios processuais, como visto acima, não têm efeito extensivo, ou seja, não contaminam as provas delas derivadas.

Nesse sentido, Trocker considera que é necessário, em primeiro lugar, indagar sobre a *ratio* das normas violadas pelo comportamento contrário à Constituição, questionando-se, então, se o escopo da vedação probatória poderia ser alcançado limitando os seus efeitos às provas diretamente obtidas¹³⁴. Como visto acima, a vedação das provas derivadas das ilícitas é uma exigência da própria vedação das provas ilícitas, para que tenha eficácia. Se esse efeito extensivo não for necessário para atingir os objetivos constitucionais, não há necessidade de proscrição das provas derivadas.

Trocker cita como exemplo os casos de violação de normas processuais – como às concernentes à observância dos princípios da imediatidade e da publicidade na produção da prova, nos quais os efeitos da vedação não podem alcançar também as provas derivadas daquela ilicitamente obtida. Apesar os exemplos dados não tratarem de prova ilícita, mas de prova ilegítima, o raciocínio também se aplica a casos típicos de provas ilícitas. Segundo o autor, faltaria um nexo jurídico entre os vários segmentos do procedimento. A situação seria diferente em se tratando de inobservância de disposição protetora de valores como a integridade psicofísica ou a intimidade de um sujeito, nos quais a vedação probatória deve repercutir nas provas derivadas. Assim, em casos de ofensa a preceitos constitucionais, não haveria distinção, para o seu aperfeiçoamento, no tocante à utilização imediata ou remota dos resultados de uma ação ilícita.

Esse nexo jurídico de que fala Trocker remete à teoria da *conexión de antijuridicidad* desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Espanhol.

¹³⁴ TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, p. 631.

Marinoni e Arenhart lembram que a ilicitude da prova não contamina os fatos a serem esclarecidos, de modo que nada impede que um fato seja provado por meio de provas lícitas que nada tenham a ver com a prova ilícita,¹³⁵ e citam Muñoz, para quem

o problema passa a ser o da identificação da conexão de antijuridicidade entre as provas. Para tanto é preciso verificar não apenas se existe algum elemento fático capaz de romper juridicamente a relação de causalidade, mas, sobretudo, analisar se a admissão da segunda prova como ilícita contribui para a defesa dos direitos que se objetiva proteger por meio da proibição da prova ilícita.¹³⁶

De acordo com Ávila, para determinar se essa conexão de antijuridicidade existe ou não, deve-se analisar, em primeiro plano, as características da lesão do direito materializadas na prova originária, assim como seu resultado, com o fim de determinar se, desde o ponto de vista interno, sua inconstitucionalidade se transmite ou não à prova obtida por derivação. É necessário, ainda, considerar, desde uma perspectiva externa, as necessidades essenciais de tutela que a realidade e efetividade do direito violado exigem. Essas duas perspectivas são complementares, pois apenas se a prova derivada resulta juridicamente alheia à lesão do direito, e a proibição de valoração não vem exigida pelas necessidades essenciais de tutela do mesmo, cabe entender que sua efetiva apreciação é constitucionalmente legítima, ao não incidir negativamente sobre nenhum dos aspectos que configuram o conteúdo do direito fundamental substantivo.¹³⁷

A teoria da conexão de antijuridicidade busca exatamente trazer em consideração a relação normativa entre as provas ilícitas e as delas derivadas. A segunda prova, pela ruptura do nexo de antijuridicidade, pode ser considerada juridicamente independente. Segundo Muñoz, “importam, além da admissão ou da confissão voluntária sobre o fato objeto da prova ilícita, as chamadas exceções de descobrimento provavelmente independente (*hypothetical independent source rule*) e de descobrimento inevitável (*inevitable discovery exception*).”¹³⁸ Esses casos são considerados pela doutrina norte-americana como limitações à doutrina dos frutos da árvore venenosa, e serão analisados no próximo item.

Alexandre cita exemplos em que o nexo de imputação deve ser negado:

¹³⁵ 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. 375.

¹³⁶ MUÑOZ, Luis Galvez. *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*. Navarra: Arazandi, 2003. p. 171. Apud MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 376.

¹³⁷ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 182.

¹³⁸ MUÑOZ, Luis Galvez. *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*. Navarra: Arazandi, 2003. p. 185. Apud MARINONI; ARENHART. op. cit., p. 377.

o marido, tendo resolvido sair mais cedo do trabalho (e cometido, assim, uma falta contratual), ou ultrapassando os limites de velocidade a conduzir, chega, por isso mesmo, mais cedo a casa e surpreende a mulher em adultério. Nestes casos, a prova por declarações de qualquer um destes intervenientes não é, claramente, uma prova ilicitamente obtida.¹³⁹

Isso mostra que não é qualquer ilicitude que importará na inadmissibilidade das provas derivadas, como se verá no próximo item.

2.10 Limitações à doutrina dos frutos da árvore venenosa

De acordo com Fidalgo Gallardo, a jurisprudência não admite que a doutrina dos frutos da árvore venenosa abra caminho livre para a elaboração de argumentações forçadas para demonstrar a existência de conexão, por mínima que seja, entre a atuação ilegal e a prova que se pretende considerar derivada, com o objetivo de obter a sua exclusão. Assim, a Suprema Corte norte-americana elaborou, partindo da vigência dos princípios gerais sobre exclusão das provas derivadas de provas ilícitas, uma série de critérios, com base nos quais a cadeia lógica de causas e consequências pode-se entender quebrada ou insuficientemente sólida de modo que não se justifica a exclusão com base na doutrina dos frutos da árvore venenosa. A questão é discernir se, partindo da certeza da ilegalidade originária, as provas formalmente derivadas foram obtidas mediante a exploração de tal atuação ilícita ou mediante meios suficientemente independentes de modo a que a ilicitude primeira não afete as provas derivadas.¹⁴⁰

Os principais dentre esses critérios, conhecidos como limitações à doutrina dos frutos da árvore venenosa, reconhecidos pelos tribunais norte-americanos, serão analisados neste item.¹⁴¹

A aplicação de alguma limitação à doutrina dos frutos exclui a contaminação da prova derivada, de modo que essa é lícita para todos os fins. Essa hipótese equivale à existência de uma excludente de ilicitude na origem de uma prova ilícita, de modo que não há necessidade de ponderação para a aplicação da prova, que é válida para todos os fins.

¹³⁹ ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 268.

¹⁴⁰ FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 437.

¹⁴¹ Cf. RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal Norte-Americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 121 a 127; KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.1993. *Ajuri: Revista da Associação dos juizes do Rio Grande do Sul*. mar. 1996, p. 61-84; e MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008, p. 157.

No entanto, caso não seja aplicável nenhuma das limitações e se reconheça que aquela prova, embora lícita em si, é derivada de uma prova ilícita, caberá, ainda, indagar sobre a aplicação da proporcionalidade, considerando todas as circunstâncias do caso concreto, incluindo os fins a que se destina a referida prova, nos mesmos termos que se faz com as provas ilícitas, tal como se abordará no último capítulo deste trabalho.

2.10.1 Limitação da fonte independente

Em primeiro lugar, observa-se a chamada “Limitação da Fonte Independente” (*The Independent Source Limitation*) segundo a qual os fatos obtidos através de uma violação constitucional não seriam, necessariamente inacessíveis ao tribunal, desde que pudessem ainda ser provados por uma fonte independente.

Segundo Gomes Filho, a exceção em questão foi reconhecida pela Suprema Corte no caso *Bynum v. U.S.*, de 1960, no qual um acusado havia sido preso ilegalmente e, nessa ocasião, foram tiradas suas impressões digitais, que comprovavam seu relacionamento com um roubo; a prova foi excluída porque derivada da prisão ilegal. Num segundo julgamento, a acusação trouxe, para comparação, outras impressões digitais, mais antigas, que estavam nos arquivos do FBI. Assim reconheceu-se a validade da prova, pois agora não havia conexão com a prisão arbitrária.¹⁴²

Os precedentes mais referidos pela doutrina são os casos *Murray v. United States* (1988); e *Segura v. United States* (1984).

No caso *Murray v. United States*, de 1988, os policiais estavam vigiando Murray porque tinham indícios de que ele estava envolvido com tráfico ilícito de entorpecentes. Viram que ele e outros comparsas saíram de um armazém em dois veículos distintos. Revistados os veículos, apreenderam maconha. Entraram no armazém sem mandado e encontraram grande quantidade da droga, sem, todavia, retirá-la, mas apenas ficaram vigiando o local. Sem referência à diligência ilegal, obtiveram o mandado e apreenderam a droga. A Corte entendeu que a prova era válida, pois ainda que os policiais não houvessem realizado a primeira violação, de qualquer forma seria obtido o mandado a justificar a segunda entrada legal, com base apenas nos indícios iniciais.¹⁴³

¹⁴² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 267.

¹⁴³ Disponível em <http://supreme.justia.com/us/487/533/index.html> acesso em 17 de março de 2010.

No caso *Segura v. United States*, de 1984, os policiais prenderam em um restaurante uma pessoa que havia acabado de comprar drogas de Segura. O preso admitiu que havia comprado drogas de Segura, informação que foi utilizada para o requerimento de um mandado. Seguindo Segura, os policiais entraram sem mandado na sua residência, avistaram objetos e provas ligados ao tráfico de entorpecentes, e ficaram dentro desta esperando o mandado, que foi recebido somente 19 horas depois da entrada no apartamento. A maioria da Suprema Corte entendeu aplicável, também aqui, a Limitação da fonte independente, porque as provas não estavam ligadas diretamente à ilegalidade praticada, mas ao mandado juridicamente obtido perante o juiz competente, com base em causa provável sem relação de conexão com a ilicitude praticada.¹⁴⁴

Essa limitação é importante, na verdade, para fixar o verdadeiro conteúdo da vedação às provas derivadas das ilícitas. Se a prova derivada é aquela obtida em decorrência da prova ilícita, se a mesma decorre de fonte independente, não é derivada da ilícita, por definição. Essa circunstância realça que o vício decorrente da produção de uma prova ilícita não atinge os atos posteriores do processo, mas apenas determina a exclusão do material probatório que seja logicamente dele dependente.

Gomes Filho observa que no caso da fonte independente “nem mesmo seria correto falar em *exceção* à regra de contaminação da prova derivada, pois na verdade o que exclui é a própria relação de causalidade.”¹⁴⁵ De acordo com Fidalgo Gallardo, este critério somente impropriamente pode ser denominado *exceção* à doutrina dos frutos da árvore venenosa, pois, na realidade, são aplicações da lógica interna que subjaz à natureza relacional da doutrina.¹⁴⁶

O procedimento é uma sequência de atos na qual a validade de cada um pressupõe a validade dos anteriores, de forma que da nulidade de um pode decorrer a nulidade dos subsequentes. Um ato de produção de prova, no entanto, não é, necessariamente, decorrente das provas anteriormente produzidas porque, de regra, as provas a serem produzidas são propostas logo no início do processo por ambas as partes.

Além disso, a produção de prova ilícita não gera presunção de validade do contrário àquilo que se desejava provar com ela. Se a prova do pagamento foi obtida de maneira ilícita, não se considera

¹⁴⁴ Disponível em <http://supreme.justia.com/us/468/796/index.html> acesso em 17 de março de 2010.

¹⁴⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 268.

¹⁴⁶ FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 438.

provada a inadimplência. Se a prova da infidelidade é ilícita, não se considera o acusado, *ipso facto*, fiel. Como observam Marinoni e Arenhart: “o juiz não pode se valer da prova ilícita para se convencer do contrário do que se pretendeu por meio dela demonstrar.”¹⁴⁷

Com a reforma do Código de Processo Penal, essa limitação foi consagrada na expressão “salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras”, constante na nova redação do artigo 157, §1º.

A lei 11.690/08, ao pretender definir o significado de ‘fonte independente’ no novo artigo 157, §2º, do Código de Processo Penal, cometeu um erro técnico. Quando afirmou tratar-se daquela que ‘por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova, em vez de esclarecer o que é fonte independente, consagrou a *teoria da descoberta inevitável*, também muito utilizada no direito estadunidense, que veremos no próximo item

2.10.2 Limitação da descoberta inevitável

De acordo com a chamada “Limitação da descoberta inevitável” (*The Inevitable Discovery Limitation*), a prova decorrente de uma violação constitucional pode ser admitida, desde que fique demonstrado que ela seria, inevitavelmente, descoberta por meios jurídicos.

Para Oliveira,

na descoberta inevitável admite-se a prova ainda que presente eventual relação de causalidade ou de dependência entre as provas (a ilícita e a descoberta), exatamente em razão de se tratar de meios de prova rotineiramente adotados em determinadas investigações. Com isso, evita-se a contaminação da totalidade das provas que sejam subsequentes à ilícita.¹⁴⁸

Tal conclusão, todavia, não pode basear-se em meras conjecturas. O ônus é obviamente, da acusação, e reclama fatos concretos, passíveis de pronta verificação. O precedente mais importante na jurisprudência norte-americana é o caso *Nix v. Williams*, 467 US 431(1984).

Nesse caso, a polícia prendeu o suspeito do assassinato de uma menina de dez anos, e interrogou-o sem a presença do seu advogado, ocasião em que este confessou e revelou onde havia

¹⁴⁷ 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. 355.

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 319.

escondido o corpo, permitindo a sua descoberta. Anteriormente à prisão, já havia sido iniciada uma busca sistemática, com a ajuda de 200 voluntários, no local onde se suspeitava que o cadáver estivesse escondido, de modo que este seria encontrado em algumas horas, mesmo que o suspeito não tivesse revelado o local exato. A Corte considerou que a confissão do acusado sobre o local onde o corpo se encontrava era uma prova ilícita, mas a apreensão do corpo era válida pois sua descoberta era inevitável.¹⁴⁹

Em *Nix v. Williams*, a prova seria inevitável e inexoravelmente obtida por uma fonte independente da ilícita, só não tendo sido em razão do aparecimento da prova ilícita nos autos. É uma espécie de fonte independente virtual, mas que surgiria inexoravelmente da sequência natural dos atos de investigação.

Ficou consagrada na definição de fonte independente dada pelo novo parágrafo 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal, como acima referido. Apesar da referência expressa ao termo “fonte independente”, cuida-se, de fato, da descoberta inevitável já que o parágrafo segundo utiliza o verbo no futuro do pretérito. A limitação da fonte independente decorre da existência de uma prova independente da prova ilícita, de modo que decorre da própria definição de prova derivada, e desde o início foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, quando ressalva a existência de provas independentes. Já na limitação da descoberta inevitável, existe a relação de causalidade, mas essa relação é desconsiderada em razão da inexistência de vínculo jurídico, ou conexão de antijuridicidade, para usar o termo espanhol, uma vez se a prova ilícita não tivesse existido, a derivada seria inevitavelmente descoberta por outros meios.

Apesar de aceita pela Suprema Corte norte-americana, a limitação da descoberta inevitável não é aclamada pacificamente na doutrina. De acordo com Ambos, por exemplo,

a objeção segundo a qual o meio de prova também poderia ser obtido legalmente, independentemente do vício original (o que se denomina de curso causal hipotético de investigação) não muda, em nada, a conclusão que leva à não utilização da prova neste caso, uma vez que a violação processual foi irreversível, juntando-se a este argumento aquele de que o curso causal hipotético de investigação dificilmente pode ser previsto ou reconhecido de modo confiável.¹⁵⁰

De acordo com Ávila,

¹⁴⁹ Disponível em <http://supreme.justia.com/us/467/431/index.html> acesso em 17 de março de 2010.

¹⁵⁰ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória. Perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 108-109.

raras são as decisões do STF acolhendo essa teoria. Quando o faz, utiliza-se da argumentação da teoria da não exclusividade, ainda que, normalmente, a fonte independente não permitisse efetivamente chegar ao conhecimento da prova derivada. Nessas situações, há uma análise suprimida da probabilidade de descoberta da prova derivada, talvez pelo receio de críticas a uma argumentação hipotética das alternativas.¹⁵¹

2.10.3 Limitação da contaminação expurgada

Segundo a limitação da “contaminação expurgada” (*The Purged Taint Limitation*), embora a prova seja derivada de uma ilícita e não devesse inevitavelmente ser descoberta pelos meios usuais de obtenção de provas, pode intervir no procedimento investigativo ou probatório um acontecimento capaz de “purgar o veneno” e tornar a segunda prova válida.

Um dos precedentes mais importantes é o caso *United States v. Ceccolini*, 1978 . Aqui, o policial Ronald Biro ingressou nas dependências de uma loja, em que trabalhava uma conhecida sua, Hanessey. A polícia já estava há muito tempo investigando a prática de jogos ilegais na área, mas, naquela oportunidade, Biro estava de folga. Ali chegando, o agente percebeu, sobre a mesa, um envelope e, discretamente, inspecionou seu conteúdo, localizando documentos comprometedores relativamente a um terceiro. Biro retirou-se do local e comunicou o fato a seus superiores, que, posteriormente, colheram o depoimento de Hanessey. No relatório, Justice Rehnquist narra que o segundo ato de Hanessey, feito por livre e espontânea vontade e sem referência à descoberta de Biro atenuou o vínculo genético com a ilicitude inicial, assim como o tempo decorrido entre a busca ilegal no envelope e o depoimento de Hanessey.¹⁵²

Também muito referido é o caso *Wong Sun v. United States* de 1963, no qual agentes da Polícia de Narcóticos entraram sem mandado, na residência de Toy, local em que o mesmo foi preso. Toy de imediato, fez uma confissão acusando Yee de ser o vendedor das drogas. Yee, ainda sem mandado, foi preso, prestando depoimentos que incriminavam Wong Sun, que também foi preso e interrogado ilegalmente e depois liberado. Passados alguns dias, Wong Sun, espontaneamente, compareceu e foi interrogado legalmente, confessando sua participação nos crimes. Toy e Yee invocaram em seu favor a doutrina dos frutos da árvore venenosa, postulando a respectiva exclusão. A Corte, aqui, acolhera o pedido. Foi quando Wong Sun também requereu a exclusão alegando que jamais teria confessado, se não existissem aquelas ilegalidades praticadas contra

¹⁵¹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 269.

¹⁵² Disponível em <http://supreme.justia.com/us/371/471/case.html> acesso em 17 de março de 2010.

Toy e Yee. Contudo, a Corte entendeu que a sua manifestação voluntária, praticada com respeito aos seus direitos fundamentais, fez com que a conexão entre a prisão e a confissão ficasse tão atenuada que acabou por dissipar o veneno. Seu ato, pois, abstraiu-se da corrente causal gerada pela prova ilicitamente obtida.¹⁵³

Esse precedente demonstra que, quanto mais tempo tenha transcorrido entre a ilegalidade primeira e a obtenção das provas derivadas, é mais provável que os tribunais julguem o vício diluído. Além disso se outros fatos relevantes ocorreram entre o vício inicial e a prova derivada, quebrando ou atenuando a cadeia lógica entre ambos, há maior probabilidade de consideração do vício diluído.¹⁵⁴

A decisão do caso *Brown v. Illinois*, de 1975, resume quais seriam as três hipóteses de descontaminação do julgado: a) a existência de um largo espaço de tempo entre a ilegalidade e a obtenção da prova; b) a intervenção de fatores independentes e adicionais; e c) o grau de ilegalidade na conduta do agente policial.¹⁵⁵ Parece que a limitação por descontaminação possa ser reconduzida à da fonte independente, num critério de independência material.

Conte, sem fazer referência expressa à limitação da contaminação expurgada, considera que se a parte, no confronto com a prova ilícita, decida confessar ou ter outro comportamento admissível do fato, o juiz não pode deixar de considerar válido o comportamento da parte, independente da causa que o tenha induzido.¹⁵⁶ Pode-se entender que, apesar de a confissão ter ocorrido em razão do confronto com provas ilícitas, a vontade da parte em admitir o fato tem o condão de expurgar a contaminação proveniente da prova ilícita anteriormente produzida.

A sua aplicação ao processo brasileiro fica na dependência do caso concreto, em que se deverá fazer um juízo de valor a respeito do nexo de causalidade para saber se o mesmo é tão tênue que deve ser considerado inexistente. Ou pode ser levado em conta por ocasião da ponderação a ser feita para aplicação do princípio da proporcionalidade, que constitui a etapa seguinte da análise da ilicitude da prova.

¹⁵³ KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.1993. *Ajuri: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. mar. 1996, p. 80.

¹⁵⁴ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 156.

¹⁵⁵ Disponível em <http://supreme.justia.com/us/422/590/case.html> acesso em 17 de março de 2010.

¹⁵⁶ CONTE, Mario. *Le Prove Civili*. Milano: Giuffrè Editore. 2005, p. 592.

2.10.4 Outras limitações reconhecidas pela Suprema Corte norte-americana

Há ainda a “Limitação da boa-fé”, ao que parece, a mais discutível de todas as limitações e nem sempre aceita, mesmo no direito norte-americano. Segundo ela, o propósito da regra de exclusão é desestimular os erros da polícia, e, não, punir os erros dos juízes na expedição de mandados. Dessa forma, se há um vício no mandado não decorrente de falha dos agentes policiais, como, por exemplo, falta de competência do órgão judicial, ou deficiência na fundamentação, a colheita de prova não pode ser contaminada porque a polícia agiu de boa-fé. Isso porque nada indica que a exclusão de prova colhida com fundamento em um mandado obtido de boa-fé possa desestimular erros e abusos policiais, que é considerado o fundamento principal da doutrina dos “frutos da árvore venenosa” nos Estados Unidos.

O precedente da Suprema Corte dos é *United States v. Leon*, de 1984. Nesse caso, a polícia da Califórnia cumpriu um mandado — posteriormente invalidado— de boa-fé. Os acusados arguíram a supressão da prova, mas a Suprema Corte entendeu que a matéria estava sendo regulada pela exceção em questão. Justice White explicou que “o propósito das regras de exclusão é dissuadir a má conduta policial, e não punir os erros judiciais na emissão de mandados, e não havia evidência de que a exclusão de provas obtidas em cumprimento de um mandado obtido de boa-fé dissuadiria tal tipo de conduta.” Desse modo, os custos da aplicação da regra não excederiam os benefícios, sendo, portanto, admissível a prova.¹⁵⁷

Da mesma forma, no precedente *Massachusetts v. Sheppard* (1984), julgou-se válida a busca fundada em uma autorização que não cumpria os requisitos formais de descrição do material a ser apreendido, apesar de o policial ter descrito os fatos verbalmente ao juiz e este ter concedido o mandado, informando que sua ordem já concedia a autorização necessária para a diligência.¹⁵⁸

A limitação da boa-fé pode, em alguns casos, ser considerada como uma aplicação da limitação da descoberta inevitável. Por exemplo, se o mandado de busca foi expedido por juiz incompetente, por estar de férias, sem que a parte o soubesse, pode-se entender que a descoberta da prova seria inevitável caso tivesse sido ordenada por juiz competente, que seria o trâmite normal do processo. Mas não há dúvida de que a parte estava de boa-fé, que deve sempre ser

¹⁵⁷ KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.1993. *Ajuri: Revista da Associação dos juízes do Rio Grande do Sul*. mar. 1996, p. 81.

¹⁵⁸ Disponível em <http://supreme.justia.com/us/468/981/case.html> acesso em 17 de março de 2010.

protegida. O mesmo se aplica se o mandado foi obtido com base em lei posteriormente declarada inconstitucional.

No processo civil, em razão do princípio da boa-fé processual, maior aplicação deve ter essa limitação. Por exemplo, se o elemento de prova foi trazido ao conhecimento da parte em decorrência de crime do qual a mesma não participou, do qual não tinha ciência, do qual não tinha como desconfiar, a sua boa-fé conta a favor da admissibilidade de prova.

Os terceiros de boa-fé devem ser protegidos. Não pode a parte ser responsabilizada pelo dolo ou incompetência de terceiro com o qual não tenha nenhum vínculo.

Podemos ainda apontar a Limitação da expectativa legítima e pessoal, segundo o precedente *Rakas v. Illinois*, 1978, segundo o qual só pode invocar a IV emenda quem tiver um interesse ou propriedade pessoal sobre a coisa vistoriada ou apreendida, bem como uma justa expectativa de privacidade. Aqui, a Suprema Corte denegou a supressão de prova colhida em busca efetuada sem mandado no interior de um veículo relativamente aos seus passageiros, porque, de um lado, o carro não era propriedade dos interessados— portanto direitos seus não foram violados, por outro, não havia uma legítima expectativa de privacidade quanto ao ali contido. O Justice Rehnquist sustentou que os requerentes, que não afirmaram nem a propriedade nem a posse sobre o automóvel objeto da busca, nem um interesse na propriedade apreendida, e que não conseguiram mostrar que tinham alguma expectativa legítima de privacidade no compartimento ou área global embaixo do veículo no qual eram meros passageiros, não têm legitimidade para questionar a busca naqueles lugares.¹⁵⁹

A ideia de se exigir a legitimidade para arguir a ilicitude da prova, veiculada neste precedente, não é aceita na doutrina brasileira como motivo de exclusão da prova ilicitamente obtida. Ela será retomada no capítulo sobre as provas ilícitas e a teoria das nulidades.

¹⁵⁹ Disponível em <http://supreme.justia.com/us/439/128/case.html> acesso em 17 de março de 2010.

2.11 Consequências da ilicitude na produção probatória

Como já visto, a partir do momento em que a Constituição definiu que “são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos” foi atrelada à ilicitude material (não processual) a consequência da inadmissibilidade no processo.

A inadmissibilidade, no entanto, não significa apenas proibição de “admissão”. Nas palavras de Avolio:

embora a Constituição, aparentemente, se limite a prescrever a inadmissibilidade da prova ilícita no processo, o alcance dessa disposição deve extrapolar a fase da admissibilidade das provas, propriamente dita, para abranger os demais momentos processuais relativos à prova, quais sejam os da sua produção e valoração pelo juiz, em qualquer estado e grau do procedimento, como teria sido mais prudente que dispusesse, para evitar qualquer interpretação colidente com o próprio espírito das vedações probatórias.¹⁶⁰

E prossegue:

A consequência que decorre da utilização da prova ilícita é, inapelavelmente, a sua ineficácia, como imposição lógica da sua inexistência jurídica como ato ou como prova. Com relação à sentença que nela se baseou, será inquinada de nulidade, dando margem à revisão criminal ou ao *habeas corpus*. Não haverá supressão de um grau de jurisdição se a questão da ilicitude da prova tiver sido suscitada em primeiro grau, cabendo ao tribunal prosseguir no julgamento em grau de recurso.¹⁶¹

Ricci considera que a consequência da ilícita admissão de uma prova constituenda é a ineficácia do resultado probatório. Ou seja, mesmo se a aquisição já aconteceu, não se deve levar em conta o resultado da prova.¹⁶²

Pico i Junoy defende que a ineficácia processual pode se manifestar em dois momentos processuais distintos: um inicial, na admissão do elemento probatório, e outro final, durante a valoração judicial da prova desenvolvida no processo, ou seja, na prolação da decisão final pelo juiz.¹⁶³

Inadmissibilidade evoca a fase da admissão da prova, de forma que o juiz, ao avaliar as provas requeridas, deveria certificar-se da sua licitude, inadmitindo as ilícitas e impedindo fossem

¹⁶⁰ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 3. ed. São PAULO: Revista dos Tribunais, 1999, p. 96.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 89.

¹⁶² RICCI, Gian Franco. Le prove illecite nel processo civile. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, p. 39, tradução nossa.

¹⁶³ PICO I JUNOY, Joan La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil. *Justitia: Revista e derecho procesal*, 2005, n 3-4, tradução nossa.

produzidas. Isso somente seria possível, em tese, para as provas materiais pré-constituídas em que a ilicitude fosse perceptível à primeira vista. Tal hipótese, no entanto, é de aplicação muito restrita.

Em primeiro lugar, em muitos casos a ilicitude somente é perceptível depois de uma análise detalhada do material probatório, que pode se constituir de muitas páginas de documentos, ou horas de gravação. Dessa forma, no momento da admissão da prova a ilicitude não é perceptível, uma vez que não é o momento próprio para uma análise detida do material probatório.

Em segundo lugar, muitas vezes, no momento da admissão não existem nos autos informações a respeito da ilicitude, que pode aparecer depois de produção de provas orais ou periciais, ou mesmo serem aportadas aos autos pela parte contrária. Além disso, é necessário dar a oportunidade à parte que produziu a prova de exercer o contraditório e demonstrar que não existe a ilicitude aventada. Dessa forma, na maioria das vezes a prova será admitida mesmo sendo ilícita.

No caso das provas constituídas, a ilicitude somente poderá ser conhecida por ocasião da sua produção no processo, ocasião em que será possível descobrir que o conhecimento dos fatos por parte da testemunha adveio, por exemplo, de uma interceptação telefônica ilícita ou de uma violação de domicílio.

Além disso, há as hipóteses em que a parte contrária não impugna a admissão nem a produção de prova manchada por ilicitude, caso em que se poderá discutir a possibilidade de o juiz fazê-lo de ofício, por exemplo em processos relativos a direitos disponíveis.

Dessa forma, vemos que uma das consequências para a ilicitude probatória é a sua inadmissão, se esta for perceptível no momento dessa decisão por parte do juiz. Caso a admissão seja feita, com a impugnação da parte, ou mesmo a percepção por parte do juiz, a decisão que a determinou poderá ser considerada nula. A consequência será o impedimento da produção probatória (se essa ainda não tiver ocorrido), caso se trate de uma prova constituída, ou, em qualquer caso, a proibição de valoração, que é propriamente a não produção de efeitos no processo.

Pela proibição de valoração, a sentença e decisões judiciais deverão fundamentar-se como se os elementos de prova ilícita não existissem e nunca tivessem existido.

Para as provas ilegítimas, a solução do Código de Processo Penal, que vem desde a redação original, é exatamente não valoração pelo juiz, uma vez que evitada de nulidade, nos termos do artigo 564 IV, que trata da omissão de formalidade.¹⁶⁴

Para ilicitude da prova, no entanto, doutrina e a jurisprudência associaram uma consequência mais drástica que a mera não produção de efeitos por ocasião da sentença: a determinação de desentranhamento.

O desentranhamento foi considerado consequência da ilicitude probatória inicialmente por analogia do art. 145, inciso IV, do Código de Processo Penal que dispõe devam ser desentranhados os documentos considerados falsos em decisão irrecurável¹⁶⁵. Recentemente a reforma do Código de Processo Penal previu expressamente o desentranhamento como consequência da ilicitude na nova redação do artigo 157 desse diploma.

O desentranhamento suscita interessantes questões quanto ao procedimento e a forma que devem ser empregados, que são analisados na sequência.

2.11.1 Procedimento de desentranhamento e destruição

Um primeiro problema é o referente ao momento em que o desentranhamento dos elementos de prova considerados ilícitos deverá ser feito, dado que poderá haver discussão jurídica sobre a ilicitude de um determinado meio de prova, inclusive com a interposição de recursos. Assim, o desentranhamento, como previsto expressamente no Código de Processo Penal, deverá ocorrer somente após a preclusão da decisão que o determinou. Essa circunstância pode complicar de veras a exclusão ou não da prova ilícita se houver alguma influência dessa prova na colheita de outras. Por exemplo: uma prova documental acoimada de ilícita poderá ter sido objeto de perguntas a testemunhas antes de ser determinado seu desentranhamento. É necessário definir o que acontece, então, com essa prova testemunhal.

Tal complicação aplica-se de forma geral à ilicitude de depoimentos em razão da forma de conhecimento dos fatos a que façam referência. Uma testemunha poderá conhecer e prestar informações sobre vários e diversos fatos e circunstâncias relevantes para a causa. É possível,

¹⁶⁴ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória. Perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 131.

¹⁶⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 90-91.

todavia, que com relação a alguns deles tenha tomado conhecimento somente em razão de um ilícito, que posteriormente venha a ser conhecido e provado no processo com a decisão preclusa. Ou seja, a testemunha declarou fatos de que teve conhecimento de forma lícita e outros que lhe chegaram ao conhecimento de forma ilícita.

Para resolver essa situação, pode-se pensar em diversas soluções: Desentranhar o depoimento; repeti-lo de forma que não constem as informações ilícitas; ou simplesmente riscar (por analogia ao previsto nos artigos 15 e 195 do Código de Processo Civil) as expressões resultantes de provas ilícitas são as providências possíveis.

O desentranhamento de tudo não é viável uma vez que a ilicitude abrange apenas parte das informações prestadas. A repetição do depoimento apresenta grave inconveniente de gasto de tempo e recursos, de modo que é indesejável. Assim, a melhor forma é o riscamento das frases que demonstrem conhecimento obtido de forma ilícita.

O riscamento, no entanto, é mais uma providência simbólica do que um meio efetivo de impedir o conhecimento das informações obtidas ilicitamente. Isso se deve tanto à possibilidade de leitura inobstante o procedimento de riscadura, ou mesmo ao acesso a cópias dos autos tiradas antes do procedimento. A apropriada consideração ou desconsideração das provas ilícitas ocorrerá no momento da valoração, que é feita no corpo da fundamentação das decisões. Nesse momento o juiz deverá mostrar que sua decisão foi devidamente embasada exclusivamente em elementos de prova lícitos. A partir dessa fundamentação será possível o controle pelas partes por meio dos recursos.

A fundamentação racional permite, da mesma forma, controlar as decisões para demonstrar que, inobstante o conhecimento de informações a partir de provas ilícitas, o juiz tomou uma decisão fundada somente nas provas lícitas constantes dos autos.

Com relação aos recursos cabíveis, se o juiz inadmite uma prova no processo sob o fundamento de que é ilícita, a parte poderá manejar recurso de agravo para vê-la admitida. Se a decisão mandou desentranhar a prova, a solução é a mesma. Como a regra é a eficácia imediata das decisões interlocutórias, a prova ficará fora dos autos enquanto a decisão não for reformada, ou até quando for concedido um efeito suspensivo ao agravo (o que dificilmente ocorreria nos casos de indeferimento de prova).

A decisão que considera a prova ilícita fica preclusa quando julgados os recursos interpostos contra ela. Como o indeferimento de prova é matéria sujeita a preclusão, não há necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado.

Segundo Oliveira, no processo penal, “a decisão que não reconhece a ilicitude da prova é irrecurável, o que não impede seja reapreciada a matéria por ocasião de eventual recurso de apelação.”¹⁶⁶ Já a decisão que reconhece a ilicitude da prova desafia recurso em sentido estrito, com fundamento no artigo 581 XIII do Código de Processo Penal, uma vez que se trata de uma anulação parcial da instrução criminal.

O parágrafo 3º do artigo 157 do Código de Processo Penal dispõe ainda que “preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente”. A inutilização, da mesma forma que o desentranhamento, também sugere uma série de questões.

Na Espanha, segundo Pico i Junoy, a maioria dos autores sustenta que para dar cumprimento à determinação legal de que a prova “não surta nenhum efeito” deve-se retirar do processo todo vestígio da mesma, devolvendo-se ao litigante que a aportou, o passo que a resolução do Tribunal Superior ordena que se proceda a sua destruição, com o fim de evitar que o julgador a tenha presente no momento do julgamento. Tais soluções, no entanto, apresentariam graves inconvenientes. O primeiro relativo ao acesso do tribunal *ad quem* ao material impugnado para decidir quanto à sua validade, em caso de recurso da parte prejudicada. O segundo referente à necessidade de preservar os elementos de prova obtidos com infração a direitos fundamentais para permitir a apuração da responsabilidade e punição dos infratores. Dessa forma, sugere que a prova considerada ilícita pelo juízo de primeiro grau seja desentranhada e colocada sob a guarda da secretaria para o caso de eventuais recursos e apuração de responsabilidade.¹⁶⁷

No Brasil, estão presentes esses mesmos problemas, sendo aplicável a mesma solução. A destruição dos documentos que retratem prova ilícita dependerá da preclusão da decisão de desentranhamento. Enquanto isso, a prova deverá ficar acautelada na secretaria ou cartório.

¹⁶⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 304.

¹⁶⁷ PICO I JUNOY, Joan La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil. *Justitia: Revista e derecho procesal*, 2005, n 3-4.

No processo penal, no entanto, a existência de prova ilícita que beneficie o réu não está sujeita a preclusão, podendo ser alegada em qualquer tempo, de modo que nesse caso a prova somente será destruída depois do trânsito em julgado da decisão.

Ou seja, a decisão de inutilização somente pode ser tomada depois de preclusa a de desentranhamento, de modo que o juiz não pode determinar a imediata inutilização, mas somente o desentranhamento da prova. Às partes é facultado acompanhar o incidente, havendo necessidade de sua intimação prévia.

Ocorre, no entanto, que nem sempre será determinada a inutilização, a despeito da letra da lei. Como aponta Pico i Junoy, na hipótese de ser necessário responsabilizar infratores pela violação de direitos que originaram a prova ilícita a mesma não poderá ser destruída. No mesmo sentido, Oliveira:

se a produção da prova ilícita puder causar dano a terceiros, seja ele de natureza cível ou penal, como se fará para demonstrar a *materialidade* do ilícito? É preciso ter em mente, então, que a inutilização da prova dependerá da existência (ou não) de possíveis consequências jurídicas ao responsável por sua produção.¹⁶⁸

A esse respeito, dispõe expressamente o Código de Processo Penal português no seu artigo 126 item 4: “Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo.”

Em outros casos não haverá necessidade de destruição, mas poderá ser feita a restituição a quem pertençam os objetos materiais, como por exemplo, cartas ou diários íntimos furtados. Serejo defende que a consequência da juntada de prova ilícita é o seu desentranhamento autorizado pelo juiz, devolvendo-a ao responsável pela sua juntada.¹⁶⁹ Devemos ressaltar que os elementos de prova somente serão devolvidos ao responsável pela juntada se não houver outra pessoa que seja vítima da violação. Por exemplo, se um autor juntasse um depoimento seu prestado sob o efeito do soro da verdade, que é considerado prova ilícita mesmo quando há a concordância da vítima, a devolução não poderia ser feita para ele mesmo.

¹⁶⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 305.

¹⁶⁹ SEREJO, Lourival. *As provas ilícitas no direito de família*. São Paulo: IOB Thomson, 2004, p. 37.

2.11.2 Descontaminação do julgado

De acordo com a teoria da descontaminação do julgado, o juiz que tiver tomado conhecimento da prova ilícita deve ser afastado do processo para que o julgado não seja contaminado por esse conhecimento, tal como ocorre nos casos de dissolução do conselho de sentença no tribunal do júri¹⁷⁰. Alegam que o juiz poderia supervalorizar as outras provas ou indícios com base na convicção advinda da prova ilícita. Há mesmo casos em que o juiz pode não ter concordado com a ilicitude probatória, que foi reconhecida somente em instância superior.

O próprio texto da reforma do Código de Processo Penal contava com um dispositivo que inseria um parágrafo 4º no novo artigo 157, e que determinava a substituição do juiz que tivesse tido contato com a prova ilícita. Esse dispositivo foi, todavia, vetado pelo Presidente da República. O veto fundou-se em que tal providência acarretaria transtornos razoáveis ao processo, além de que, em tribunais, a troca de relator não atingiria os objetivos propostos pela norma, uma vez que o relator afastado participaria de qualquer modo do julgamento, uma vez que a decisão é colegiada¹⁷¹. Além disso, podem-se aduzir as dificuldades práticas de substituir juízes, principalmente em comarcas pequenas¹⁷², além da possibilidade de a parte induzir o impedimento do juiz por meio da juntada de provas ilícitas, uma vez que o juiz seria afastado mesmo que tivesse contato com a prova apenas para declarar sua ilicitude.

Além das dificuldades práticas, deve-se considerar que o fato de o juiz não ter tido contato com os elementos de prova ilícita no processo não implica que não tenha tido conhecimento do seu conteúdo fora autos por qualquer meio, inclusive por conversa com outro juiz. Aqui a situação é semelhante à do problema dos conhecimentos privados do juiz. Não há como impedir o magistrado de ter conhecimento privado dos fatos *sub judice*, em especial quando são de repercussão social.

Dessa forma, o impedimento do juiz não é meio idôneo a impedir a influência das provas ilícitas no julgamento, porque buscando evitar uma influência informal da prova ilícita na convicção do julgador, adota solução exclusivamente formal de promover o impedimento de quem tenha tido contato com a prova ilícita. Ora a influência informal não ocorre apenas se o juiz despachou no

¹⁷⁰ Por exemplo: 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. 381.

¹⁷¹ Mensagem n.º 350 de 9 de junho de 2008.

¹⁷² AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória. Perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 135.

processo, mas em todas as hipóteses em que o mesmo tenha tomado conhecimento da prova por qualquer meio extra-autos. Assim, como essa providência não é meio apto a alcançar o fim a que se propõe, não deve ser adotada.

O controle é exercível somente por meio da fundamentação da decisão judicial. Essa é uma das vantagens do modelo da persuasão racional, em oposição ao do livre convencimento. No caso do tribunal do júri em que se adota este último modelo, a solução não pode ser outra que não a dissolução do conselho de sentença¹⁷³. Nos casos em que o modelo é o da persuasão racional, basta a análise detida da fundamentação da decisão para verificar se esta se baseou sólida e exclusivamente em elementos de prova lícitos.

Assim, podemos considerar que a verdadeira consequência para a ilicitude probatória é a irrelevância, a ser procedida na fundamentação da decisão judicial.

Oportuno lembrar que essas considerações aplicam-se tanto a prova diretamente ilícita quanto àquela considerada ilícita por derivação.

Essa é a posição de Pico i Junoy, que considera que o impedimento do juiz seria “a única resposta válida se o ordenamento permitisse ao órgão jurisdicional não motivar em sua sentença os resultados alcançados com os distintos meios de prova”. No entanto, “o impedimento do juiz configura a única solução prática que garante o controle da ineficácia das provas objeto de estudo, quando a falta de motivação da sentença vedar ao tribunal *ad quem* o conhecimento do único critério válido para valorar se tais provas tiveram ou não algum tipo de consequência.” O autor aponta que essa solução tem um grave inconveniente, que é o de as partes poderem utilizar a juntada de provas ilícitas para afastar o juiz da causa, caso considerem conveniente, ou para protelar o processo.¹⁷⁴

A solução proposta por Pico i Junoy é

negar toda eficácia às provas ilícitas sem necessidade de recusar o julgador devido à exigência de motivação da sentença. Se bem que é certo que possam ter influído no subconsciente do julgador — e isso é impossível de controlar —, não o é menos que seu juízo não pode ser arbitrário, isto é, sem motivação alguma. O juiz deve, por mandado constitucional e legal, motivar suas sentenças, quer dizer, expor e arrazoar o *íter* mental lógico que o conduz a pronunciar um determinado julgamento. Neste caminho tem que submeter à crítica todos os elementos probatórios aportados ao processo, devendo

¹⁷³ No caso do julgamento do presidente da República pelo Senado Federal, em que também é adotado o modelo do livre convencimento, ter-se-ia grave problema uma vez que não seria possível a substituição dos julgadores.

¹⁷⁴ PICO I JUNOY, Joan La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil. *Justitia: Revista e derecho procesal*, 2005, n 3-4, tradução nossa.

manifestar quais o levaram a considerar como provados os fatos colhidos no relato fático da sua resolução. Deste modo, o mencionado arazoamento aparece como o mecanismo adequado de controle e garantia da ineficácia das provas ilícitas por parte do Tribunal *ad quem*, que através dos oportunos recursos, poderá conhecer e valorar as fontes de convencimento utilizadas pelo julgador de primeira instância.¹⁷⁵

Neste capítulo, procurou-se examinar os principais tópicos da temática das provas ilícitas, para dar uma ideia do “estado da arte” na Ciência do Direito. Nos próximos, procurar-se-á examinar três temas que podem permitir um maior esclarecimento quanto à interpretação e aplicação do dispositivo constitucional, a saber: a teoria da ilicitude, a teoria das nulidades processuais e a aplicação do princípio da proporcionalidade.

¹⁷⁵ PICO I JUNOY, Joan La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil. *Justitia: Revista e derecho procesal*, 2005, n 3-4, tradução nossa.

3 Provas ilícitas e ilicitude

3.1 *Ilicidade como categoria geral do direito*

A Constituição, ao dispor que são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, pressupõe um significado de “ilícito”. Ela faz outras referências à palavra “ilícito”, em especial ao tratar do tráfico ilícito de entorpecentes e da responsabilização de autores de ilícitos. No entanto, para avançar na interpretação da norma constitucional que veda a admissibilidade das provas ilícitas, é mister fazer uma incursão sobre o que é o ilícito e a ilicitude.

A origem da doutrina sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas no direito brasileiro está ligada a uma concepção de ilicitude e nulidade. Grinover, em sua já citada monografia — “Liberdades públicas e processo penal”, com base nos ensinamentos de Vescovi, Allorio e Nuvolone, afirma que a justificativa da inadmissibilidade das provas ilícitas é a unidade do ordenamento jurídico, já que o que é nulo é inválido e não pode ter efeitos. Afirma:

sendo a ilicitude um conceito geral do direito, e não conceito especial de algum de seus ramos, o princípio de que o que é nulo é inválido também é geral: e assim, para sustentar-se a inadmissibilidade de uma prova em juízo, basta o fato de que tenha sido ela obtida ilegalmente, violando-se normas jurídicas de qualquer natureza. Especialmente quando essas normas tenham sido postas para proteger direitos fundamentais, vulnerados através da obtenção, processual ou extraprocessual, da referida prova.¹⁷⁶

Ela baseia a tese da inadmissibilidade sobre a circunstância de que a partir de um ato ilícito, contrário ao direito, não poderiam seguir quaisquer efeitos jurídicos. Ou seja, a autora usou o conceito geral de ilícito para dele extrair consequências processuais.

Dessa forma, é imperioso, no estudo do tema, deter-se um pouco sobre o conceito de ilicitude.

3.1.1 **Ilicidade e sanção na teoria do direito**

Inicialmente, podemos qualificar como ilícita a conduta que é proibida por normas jurídicas. Por um processo de metonímia, falamos em “objetos” ou “situações” ilícitas. Mas na verdade, o objeto ilícito é aquele cujo porte ou a utilização é ilícita, assim como a situação ilícita é aquela

¹⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 109.

resultante de uma conduta ilícita ou que permanece em razão de uma conduta ilícita. Dessa forma, podemos afirmar que ilícita é sempre uma conduta humana.

Existe uma separação entre o mundo do “ser” e o mundo do “dever-ser”, de forma que o fato de uma conduta ser proibida pelo direito não quer dizer que ela não será praticada. Pelo contrário, somente existe sentido em proibir, obrigar ou permitir por meio de normas jurídicas condutas que sejam possíveis. Assim, a lei sempre pressupõe que ela possa ser desobedecida e regula as consequências dessa desobediência. Muitas vezes estas não estão previstas no texto jurídico que prevê a regra de conduta, mas podem ser encontradas em outros diplomas em razão da unidade do ordenamento.

Por outro lado, existem consequências atribuídas pela lei para condutas que não são ilícitas. Muitas vezes essas consequências são exatamente iguais às previstas para um ato ilícito. Podemos referir o caso do pagamento de uma quantia ao Estado em razão do exercício de uma atividade lícita, por meio dos tributos, ao lado do pagamento de outras quantias em razão de atividades ilícitas, por meio de multas. Nesse caso, não se pode dizer que a conduta é ilícita com base na consequência que ela deve sofrer juridicamente uma vez que a sanção é a mesma: pagar uma quantia ao Estado. O nome “multa” ou “tributo” pressupõe já uma avaliação sobre a licitude ou ilicitude da conduta que é o suposto de fato para a aplicação da sanção.

A ilicitude é uma categoria geral do direito. A conduta ilícita é aquela valorada negativamente pelo ordenamento jurídico, no sentido de que é proibida. Sendo proibida, pressupõe-se que possa ser impedida por meio de ordem judicial, como os interditos proibitórios, ou mesmo por ato próprio, como no caso de desforço imediato em casos de legítima defesa.

Dessa forma a conduta ilícita, em razão dessa valoração negativa por parte do ordenamento, pode ser impedida pela pessoa legítima. No entanto, como no mundo dos fatos, no mundo do “ser”, uma conduta pode ser realizada, mesmo sendo proibida, as normas jurídicas imputam diversos tipos de consequências jurídicas às condutas ilícitas. Essas consequências são as sanções.

As sanções podem ser de várias naturezas e estar sujeitas a procedimentos diversos para sua aplicação. Inicialmente podemos referir a existência de sanções penais, civis e administrativas. A uma mesma conduta podem ser associadas sanções das três naturezas, e até várias sanções da mesma natureza.

Por exemplo, a prática de um peculato enseja sanções: a) criminais (penas de reclusão e de multa); b) civis, decorrentes da improbidade administrativa como a obrigação de reparar o dano, o pagamento de multa, a perda dos direitos políticos, proibição de contratar com o poder público e multa civil; e ainda c) administrativas como a demissão ou o pagamento de multa administrativa. Nesse exemplo, podemos perceber que é possível que uma mesma sanção — a multa — tenha diferentes naturezas de acordo com o procedimento utilizado para aplicá-la.

Além disso, é possível que uma sanção tenha como pressuposto de fato a aplicação de outra sanção e não o mero exercício da conduta. Temos como exemplo a perda do cargo quando aplicada pena privativa de liberdade superior a 4 anos, como previsto no artigo 92, inciso I, b, do Código Penal.

Para as condutas que constituem atos jurídicos, existe a previsão de uma categoria especial de sanções, entre as quais a nulidade e a anulabilidade, que acarretam a não realização dos efeitos próprios e esperados daqueles atos.

Como visto, discute-se se a nulidade é uma sanção, uma vez que parte da doutrina exige que a sanção de uma conduta ilícita seja uma consequência além da mera não realização dos efeitos a que visava essa conduta. Ou seja, a nulidade não seria uma consequência, mas uma falta da consequência visada com a prática do ato. No processo, como a nulidade deve ser declarada pelo juiz para que produza consequências, acaba tendo a mesma dinâmica da aplicação de uma sanção *stricto sensu*.

Por outro lado, mesmo com a cominação de nulidade, não ocorre a automática privação de consequências jurídicas para atos que violem determinadas normas jurídicas, porque há hipóteses de saneamento de nulidades em razão, por exemplo, do decurso do tempo ou de uma fase processual sem questionamento, como veremos no próximo capítulo.

Apesar de a nulidade ser uma categoria geral de sanção aplicada aos atos jurídicos, existem caracteres específicos na aplicação do regime de nulidades dos atos jurídicos para as nulidades processuais. Como exemplo, além da característica de somente surtir efeitos depois de declarada, podemos citar o princípio do prejuízo e da preclusão, além da legitimidade para arguição da mesma ou a possibilidade de decretação de ofício.

Dessa forma, existe uma diferença entre a ilicitude e a consequência da ilicitude. As consequências da ilicitude podem ocorrer em diversos planos e, ainda, depender de outros fatores

que não o simples descumprimento da norma, como a aplicação de princípios e regras próprias seja do direito penal ou processual penal, como, por exemplo, as causas de extinção da punibilidade; ou do direito civil, como a prescrição; ou, ainda, do direito processual. No entanto, a incidência de uma dessas regras que impede a aplicação da sanção não torna a conduta anterior lícita, uma vez que a ilicitude é um desvalor da conduta.

Pode existir a previsão de determinadas sanções para condutas lícitas, como o dever de o Estado indenizar o particular em caso de desapropriação ou o dever de o empregador pagar multa no caso de demissão sem justa causa. No entanto, se a sanção pressupõe uma conduta ilícita, não poderá ser aplicada a uma conduta lícita, como no caso de haver uma excludente de ilicitude.

Isso é um ponto fundamental para esse trabalho, uma vez que se se entende que a inadmissibilidade no processo é uma sanção para a ilicitude da prova, caso essa ilicitude seja “excluída” por algum fator relevante previsto no ordenamento, não pode haver, sob o prisma constitucional a manutenção da sanção de inadmissibilidade.

Depois de se ter tentado deixar claro a diferença entre a ilicitude da conduta e a aplicação de sanção, veja-se um pouco mais de perto a ilicitude na produção probatória.

3.1.2 Reconhecimento da ilicitude

A conduta ilícita é a conduta proibida por norma válida no sistema jurídico. Considerando a norma “dado A, deve ser B”, sendo “A” um conjunto de pressupostos de fato e “B” uma determinada conduta de uma pessoa, a conduta ilícita é “dado A, não B”. Ou seja, presentes os pressupostos de fato “A”, a pessoa destinatária da norma não adota a conduta prescrita na norma “B”, fazendo “não B”.

Se a conclusão for de que não houve uma ilicitude, não há que se falar em exclusão da prova por ser ilícita. Muitos dos supostos problemas que envolvem a prova ilícita não ultrapassam esse primeiro momento. As gravações e registros eletromagnéticos feitos por um dos interlocutores sem conhecimento dos outros não são ilícitas, mas amplamente admitidas na jurisprudência. Mais à frente, mostrar-se-á como a obtenção ilícita de elementos de prova que levem à absolvição, por parte do acusado, também pode ser considerada albergada por excludente de ilicitude de modo que será lícita para todos os fins.

Dessa forma, não parece suficiente considerar que a conduta ilícita é aquela para a qual está prevista uma sanção. Isso porque a qualificação de ilícita não está ligada à existência da sanção em si, mas ao juízo de valor que se associa ao suposto de fato da sanção. Comparando a norma que estabelece que “dado o fato de estacionar em uma vaga do estacionamento rotativo, deve ser pagar R\$ 5,00” com outra que diz: “Dado estacionar em cima da calçada, deve ser pagar R\$ 500,00” percebemos que, formalmente, a diferença é apenas o valor a ser pago que em uma é cem vezes o valor do outro. Em ambas está prevista uma “sanção” pecuniária. Mas no primeiro caso a “sanção” se chama preço e no segundo multa. Por quê? A segunda conduta é ilícita e a primeira é lícita. A explicação é que estacionar em cima da calçada é um comportamento negativamente valorado, ao passo que, fazê-lo no estacionamento é valorado positivamente, ou, no mínimo, de forma neutra. A diferença fica mais clara quando consideramos que o veículo estacionado na calçada está sujeito à remoção. Antes mesmo de se completar o estacionamento no local proibido, é possível que a conduta seja impedida. Não tem o condutor direito a estacionar na calçada mesmo que se disponha a pagar a quantia de R\$ 500,00.

Há condutas que nem têm sanção expressa, mas sendo proibidas, podem ter sua realização impedida ou desfeita. O mais comum é que algumas normas tenham sanções inexpressivas ou inaplicáveis como nas contravenções de causar distúrbio, ou a infração de normas de trânsito por pedestre, ou mesmo a lei que proíbe o fumo. Nesses casos, o importante é ser possível impedir que o ilícito aconteça ou continue acontecendo. No caso do pedestre, um guarda municipal pode simplesmente impedir que a pessoa atravesse fora da faixa fisicamente, mesmo sem aplicar multa. Não tem o recalcitrante direito de pagar a multa e atravessar onde lhe convenha.

Há casos em que qualquer um pode impedir, inclusive usando os meios necessários, a consumação ou continuação do ilícito. O crime de constrangimento ilegal somente ocorre quando a constrição é para obrigar alguém a fazer o que a lei não manda ou não fazer o que a lei permite. Com a ressalva, apenas, dos casos em que se qualifique o exercício arbitrário das próprias razões¹⁷⁷.

¹⁷⁷ De acordo com o Código Penal: “Constrangimento ilegal Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. Exercício arbitrário das próprias razões. Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência”.

Mas em todos os casos, é cabível o recurso ao Judiciário para obter a chamada tutela inibitória ou tutela de remoção de ilícito. A proteção ao direito material determina que o Judiciário forneça os meios para debelar a conduta ilícita, mesmo que não tenha causado dano algum. E isso se deve unicamente ao fato de a conduta ser considerada ilícita.

Essas considerações foram feitas com o fito de distinguir o fato ilícito em si das sanções cominadas para o cometimento de um fato ilícito. Isso porque, embora o fato ilícito sempre possa ser impedido ou removido, a aplicação das diversas sanções pode depender de fatores vários, como a culpabilidade, no caso das sanções penais, ou aqueles ligados ao decurso do tempo como a prescrição ou a preclusão temporal.

É relevante, aliás, frisar que, se não há um desvalor da conduta que é suposto de fato da norma sancionatória, a mesma não é ilícita. Se não for lícito (diferente de não ser praticável) impedir a conduta, mas somente aplicar a sanção, isso é um indicativo de que, na verdade, a conduta é lícita. Se em um ordenamento o exercício da prostituição implica um pagamento de R\$ 100,00 ao Estado, não sabemos se se está cobrando um tributo sobre uma atividade lícita ou cominando uma multa para uma conduta ilícita. Somente a análise do juízo de valor exercido sobre a mesma é que pode dizê-lo, e a possibilidade de impedir a sua realização é indicativo seguro desse juízo de valor¹⁷⁸.

Dessa forma, para definir se uma conduta é ilícita ou não há que se percorrerem as normas do sistema e verificar alguma que a proíba. Para ter certeza de que a conduta é proibida deve-se perquirir a valoração negativa que a mesma recebe do sistema, que pode ser confirmada pela possibilidade de tutela inibitória ou de remoção.

3.2 Excludentes de ilicitude

Em razão do postulado da coerência do ordenamento jurídico, não é possível que existam duas normas incompatíveis a respeito do mesmo comportamento. Não é possível que a conduta seja, ao mesmo tempo: obrigatória e proibida, obrigatória e sua abstenção permitida, ou permitida e

¹⁷⁸ Segundo o artigo 3º do Código Tributário Nacional, “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, *que não constitua sanção de ato ilícito*, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

proibida¹⁷⁹. Nesses casos é preciso resolver a antinomia para se chegar a uma conclusão a respeito da norma válida.

Nessa seara, especial atenção deve ser dada às normas que tratam da exclusão da ilicitude, que são normas permissivas. A previsão das normas excludentes de ilicitude é feita tanto no Código Civil quanto no Código Penal.

O Código Penal trata do assunto no artigo 23 que dispõe que “não há crime quando o agente pratica o fato: I em estado de necessidade; II em legítima defesa; III em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”. No artigo seguinte é definido o estado de necessidade e no artigo 25 do mesmo diploma, define-se a legítima defesa.

Já o Código Civil regula a mesma matéria no artigo 188 que dispõe que “não constituem atos ilícitos: I os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão de pessoa a fim de remover perigo iminente”.

Cabe ainda observar que o artigo 186¹⁸⁰ do Código Civil que define o ato ilícito é impreciso, pois dá a entender que somente se a violação do direito causar dano o ato será considerado ilícito. Na verdade, a provocação de dano é pressuposto da sanção de reparação, mas não se exclui a existência de atos ilícitos que não causem dano. O dispositivo deve-se à tradicional vinculação do direito civil com os direitos patrimoniais, inobstante o atual código tenha avançado bastante no sentido contrário, com a valorização dos direitos da personalidade.

Apesar das diferenças nos detalhes, podemos considerar que a matéria é regulamentada de forma homogênea pelos dois diplomas.

Repare-se que o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de um direito não são definidos pelos códigos. Isso ocorre porque apenas estatuem que a existência de normas que considerem a conduta obrigatória ou permitida afasta a norma que a reputa proibida. Essa solução consiste no recurso ao critério para solução de antinomias baseado na forma da norma, segundo o qual a norma permissiva prevalece sobre as normas imperativas ou proibitivas, lembrando que

¹⁷⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 227.231: “(...) diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque nele não podem coexistir normas incompatíveis. Nesse caso, 'sistema' equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas. Se num ordenamento passam a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas.”

¹⁸⁰ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

por um imperativo lógico, toda norma imperativa implica a permissão da conduta de que trata. Esse critério, por sua vez corresponde à aplicação da máxima de hermenêutica consistente em favorecer a *lex favorabilis* em detrimento da *lex odiosa*¹⁸¹.

Tais considerações são importantes porque os atos praticados albergados por uma das normas conhecidas por excludentes de ilicitude são lícitos e, portanto, as provas oriundas deles são lícitas para todos os fins. Por esse motivo, consideramos que a análise da licitude e da existência de excludentes de ilicitude na obtenção da prova deve ser o primeiro passo na aplicação da norma que veda a admissibilidade das provas ilícitas, antes da verificação da existência de alguma “limitação à doutrina dos frutos da árvore venenosa”, ou da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, cabe citar a lição de Oliveira:

O que é inadmissível é a prova ilícita. Havendo situações reconhecidas pelo Direito como suficientes a afastar a ilicitude, as provas, assim produzidas, serão validamente aproveitadas em processo penal. A exclusão poderá ocorrer em razão da presença de fatos ou circunstâncias que afastam a ilicitude da ação praticada, como também em razão de nem sequer se ter por configurada a hipótese de violação de qualquer direito e, por isso, não configurada a hipótese da ilicitude.¹⁸²

À frente retornar-se-á à questão das excludentes de ilicitude na produção probatória, analisando separadamente as diferentes hipóteses.

3.2.1 Excludentes de ilicitude na produção probatória

A ilicitude é um desvalor da conduta em face de um determinado ordenamento jurídico. Dessa forma, não se pode afirmar que uma conduta é ilícita tendo em consideração apenas uma determinada norma específica. Essa valoração é feita considerando-se o conjunto inteiro do ordenamento jurídico em vigor.

Apenas em sentido didático podemos falar em “exclusão de ilicitude”. Isso porque não existe um estado prévio de ilicitude que seja, em seguida, excluído pela incidência ou presença de certas circunstâncias. Todas as normas em vigor incidem ao mesmo tempo para determinar se uma determinada conduta é ilícita ou não. Dessa forma, o que chamamos de “excludentes de ilicitude”

¹⁸¹ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 244.

¹⁸² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 325.

são normas gerais permissivas ou obrigatórias que autorizam a prática de determinadas condutas, mesmo se existem outras normas que as proíbam.

As excludentes de ilicitude não são apenas normas que preveem casos de exceção a outras normas porque elas decorrem da própria natureza principiológica das normas constitucionais. Assim, as excludentes de ilicitude não podem ser revogadas por normas jurídicas específicas.

Segundo Santos,

a unidade do ordenamento jurídico parece constituir axioma do pensamento jurídico moderno, e a regra que a juridicidade ou antijuridicidade de qualquer ação é válida para o direito em geral exclui a hipótese de antijuridicidades específicas, eliminando, assim, a possibilidade de contradições no Direito.¹⁸³

A doutrina e a jurisprudência fazem várias menções à aplicabilidade das excludentes de ilicitude em matéria de provas ilícitas, sem, no entanto, aprofundar no tema.

Hamilton, por exemplo, considera que o réu que se vê obrigado a usar uma prova ilícita em defesa de sua liberdade está em verdadeiro estado de necessidade, causa excludente de antijuridicidade, como no caso da pessoa que grava sua conversa com terceiro para provar sua inocência. Também no caso de exibição de carta particular em juízo, para defesa de direito do destinatário, ainda que sem consentimento do remetente, haveria verdadeira situação de estado de necessidade, hipótese prevista no parágrafo único do artigo 233 do Código de Processo Penal.¹⁸⁴

Avolio e Oliveira também consideram que a ilicitude da prova ilícita colhida pelo próprio acusado é eliminada por causas legais de justificação da antijuridicidade, como a legítima defesa, para o primeiro, ou o estado de necessidade, para o segundo.¹⁸⁵

De acordo com Oliveira,

quando o agente, atuando movido por algumas das motivações anteriormente mencionadas (causas de justificação), atinge determinada inviolabilidade alheia para o fim de obter prova da inocência, sua ou de terceiros, estará afastada a ilicitude da ação. Em consequência, estará também afastada a ilicitude da obtenção da prova, podendo ela ser regularmente introduzida e valorada no processo penal.¹⁸⁶

¹⁸³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 148.

¹⁸⁴ HAMILTON, Sergio Demoro. As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito. In *Processo Penal: reflexões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 256.

¹⁸⁵ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999, p. 67; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.291.

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 325.

Oliveira considera, ainda, que, nessas hipóteses, o critério de ponderação entre o mal causado na infração praticada com finalidade defensiva e aquele que ocorreria com a possível condenação do inocente, é realizado pelo próprio legislador. E lembra que também é possível a aplicação de critérios de ponderação, não mais pelo legislador, mas pelos próprios órgãos da jurisdição, quando, então, a questão se torna muito mais complexa.¹⁸⁷ A aplicação de critérios de ponderação pelos órgãos da jurisdição será analisada no quando se estudar a máxima da proporcionalidade, no último capítulo.

Para Oliveira, no entanto, diversamente do que se defende neste trabalho, a excludente de ilicitude permite o aproveitamento da prova somente em favor do réu:

o fato dessa prova, assim obtida, não poder favorecer a acusação mantém a efetividade da norma constitucional, ainda que a mesma prova possa ser utilizada para demonstrar a inocência de quem estiver sendo ou for submetido à persecução penal. Pode-se reconhecer (e o Direito assim o faz) a necessidade para a defesa, mas não para a acusação.¹⁸⁸

Polastri, no entanto, pensa que a prova deve ser considerada lícita para ambos os fins, uma vez que ou a coisa é lícita ou não é, não podendo ter este caráter de ambiguidade de ser lícita e ilícita ao mesmo tempo.¹⁸⁹

Da mesma forma Ávila, para quem, a prova justificada pelo procedimento de restrições de direitos fundamentais inerente à excludente de ilicitude, não é mais ilícita de modo que não existe a necessidade de aplicação do efeito dissuasório como teleologia central da inadmissibilidade. Assim, não é possível dissociar os efeitos da prova para o réu acusado injustamente e o verdadeiro criminoso que não é réu, pois seria uma restrição do direito à prova (da acusação) não adequada e não proporcional.¹⁹⁰

A aplicação das excludentes de ilicitude pode ser considerada uma aplicação do princípio da proporcionalidade. Por exemplo, em caso de legítima defesa, uma norma (a que proíbe, *prima facie*, a conduta) deverá “ceder espaço” para a execução de outra norma (a que protege o bem

¹⁸⁷ OLIVEIRA, loc. cit.

¹⁸⁸ OLIVEIRA, op. cit., p. 291. No mesmo sentido, Avolio, segundo o qual “num caso de extorsão, a gravação clandestina de conversa própria, conquanto ilícita, serviria para demonstrar a inocência do extorquido, mas não incriminar o autor da coação” AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999, p. 69.

¹⁸⁹ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória. Perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 172.

¹⁹⁰ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 206.

injustamente agredido), caso essa conduta seja adequada (idônea), necessária e proporcional em sentido estrito.

Para Ávila, tanto a legítima defesa quanto o estado de necessidade são “uma aplicação concreta do princípio da proporcionalidade”. Para o autor,

o agente pratica um fato típico no intuito de cessar uma agressão injusta (adequação), usando moderadamente dos meios necessários (necessidade, ou menor lesão), em uma circunstância em que o bem jurídico protegido por sua conduta é igual ou mais valioso que o bem lesado (proporcionalidade estrita), dentro de uma consideração de que o bem lesado tem diminuído seu valor em decorrência de estar acobertado pela agressão injusta de seu titular (no caso da legítima defesa). Há evidente ponderação de interesses, sendo que o ordenamento jurídico como um todo não repele tal agressão defensiva. Em legítima defesa ou estado de necessidade é admissível até a violação ao direito à vida, sem que tal conduta seja inconstitucional, porquanto o princípio da proporcionalidade, que também é norma constitucional (implícita), legitima a situação extrema em que dois valores constitucionais estão em choque: vida de agressor injusto e vida da vítima da agressão.¹⁹¹

Compreender as excludentes de ilicitude como aplicação concreta do princípio da proporcionalidade é importante por demonstrar que ambos os institutos não poderiam ser revogados ou suprimidos por legislação ordinária. A revogação da norma de legítima defesa importaria que alguém tivesse o dever de suportar uma agressão injusta, mesmo possuindo os meios para repeli-la. Isso significaria exigir o sacrifício do direito do inocente em prol do direito do culpado¹⁹², o que é inadmissível à luz da ponderação de bens constitucionais exigida pelo princípio da proporcionalidade.

Alexandre, por sua vez, considera que

uma vez reconhecida a ilicitude da conduta, não se pode defender a admissibilidade e a possibilidade de valoração da prova através dela obtida, com base na ponderação de interesses. Com efeito, a superioridade do interesse daquele que apresenta a prova, em relação ao interesse da parte contrária, é unicamente um dos fatores a ter em conta na determinação da existência de uma causa de justificação e não um elemento favorável à valoração.¹⁹³

191 ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 204.

¹⁹² Santo Tomás de Aquino ensinou que “Quem defende sua vida não é culpável de homicídio, mesmo se for obrigado a matar o agressor: Se alguém, para se defender, usar de violência mais do que o necessário, o seu ato será ilícito. Mas se a violência for repelida com medida, será lícito... E não é necessário para a salvação omitir este ato de comedida proteção, para evitar matar o outro; porque antes da de outrem, se está obrigado a cuidar da própria vida” Tomás de Aquino, *Summa Theologica II-II*, 64,7 Apud CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA, Petrópolis: Vozes, 1993, n. 2264-2265.

¹⁹³ ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 259.

Assim, a professora portuguesa considera que se as circunstâncias da ação não foram suficientes para justificar a conduta de obtenção da prova, não cabe fazer um segundo exame posterior de proporcionalidade, como se defende neste trabalho.

A constituição portuguesa declara, no artigo 32, número 8, que são “nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.” Dessa maneira, a própria constituição admite provas oriundas de intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações, desde que essa intromissão não seja “abusiva”. Assim, considerada abusiva, e, portanto, não justificada, a intromissão, não caberia fazer outra ponderação com outros princípios constitucionais.

Tal raciocínio, todavia, não poderia se estendido ao direito brasileiro, uma vez que nossa Constituição, no dispositivo sobre provas ilícitas, aparentemente, não deixa qualquer margem para admissibilidade de provas derivadas de violação “não abusiva” de direitos. Desse modo, cabe ao intérprete construir a melhor forma de aplicação da proporcionalidade.

Este trabalho, no entanto, propõe a análise da admissibilidade de um meio de prova acoimado de ilícito em duas fases subsequentes. Assim, a existência da excludente de ilicitude é um pressuposto negativo da aplicação do princípio da proporcionalidade. Em outras palavras, se a conduta está albergada por uma excludente, ela é lícita e não atrai a incidência da norma que proscreeve as provas obtidas por meios ilícitos. O raciocínio de proporcionalidade somente é aplicado partindo do pressuposto que a conduta não foi justificada, de modo que realmente se trate da admissão de provas ilícitas.

Alexandre considera que é possível, ainda, que uma conduta possa ser considerada lícita, sob o ponto de vista do direito penal, ou seja, abrangida por uma excludente de ilicitude, mas a prova obtida a partir dela excluída em razão do princípio da proporcionalidade¹⁹⁴. Tal entendimento não parece aplicável ao direito brasileiro, uma vez que a constituição portuguesa comina nulidade às provas decorrentes de “abusiva” intromissão. Ora, uma conduta pode ser lícita e abusiva. O conceito de abusivo é mais amplo do que o de ilícito. Dessa maneira, perante o sistema jurídico lusitano é compreensível que uma prova lícita que seja abusiva possa ser inadmitida. Perante a Constituição brasileira, no entanto, a inadmissibilidade de provas lícitas pertinentes e relevantes viola o direito constitucional à produção probatória. O mesmo raciocínio leva a admitir as provas

¹⁹⁴ Ibid., p. 261.

lícitas que sejam “moralmente ilegítimas”, inobstante a previsão do artigo 332 do código de processo civil. É necessária uma “interpretação conforme a Constituição” do dispositivo para considerar que a expressão “moralmente legítimos” abrange todos os meios de prova que não sejam ilícitos.

A seguir analisam-se individualmente as hipóteses de excludentes de ilicitude.

3.2.2 Legítima defesa

Considera-se em legítima defesa quem, para se defender de agressão injusta, atual ou iminente, usa moderadamente dos meios necessários para repeli-la.

De acordo com Santos, constitui direito de proteção individual enraizado na consciência jurídica do povo e fundado no princípio da proteção individual de bens e interesse e no princípio social da afirmação do direito em defesa da ordem jurídica. O primeiro justifica as ações típicas necessárias para defesa de bens jurídicos individuais contra agressões antijurídicas, atuais ou iminentes. O segundo justifica as ações de defesa necessárias mesmo que existam meios alternativos de proteção, uma vez que o direito não precisa ceder ao injusto, nem o agredido fugir do agressor.¹⁹⁵

A caracterização da legítima defesa exige: a) que alguém esteja sofrendo agressão; b) que essa agressão seja injusta; c) que seja atual ou iminente; d) que se empreguem apenas os meios necessários; e) de forma moderada; e f) com o objetivo de tão somente repelir essa agressão.

Agressão é toda ação humana de violência real ou ameaçada dirigida contra bens jurídicos do agredido ou de terceiro. O conceito de agressão abrange a omissão de ação, porque não há exigência conceitual de um fazer ativo; abrange, igualmente, a imprudência, porque o conceito de agressão não é restrito à violência dolosa.¹⁹⁶

Injusta ou antijurídica é a agressão imotivada ou não provocada pelo agredido e, nesse sentido, marcada por desvalor de ação e de resultado, o que exclui ações justificadas (não há legítima defesa contra legítima defesa, estado de necessidade ou outras justificações) e ações conformes

¹⁹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 155.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 156.

ao cuidado objetivo exigido. Atual é a agressão em realização ou em continuação, e iminente é a agressão imediata, ou seja, a que deva ocorrer no próximo momento, sem intervalo.¹⁹⁷

É interessante observar que, em princípio, todos os bens jurídicos individuais são suscetíveis de legítima defesa (vida, saúde, liberdade, honra, propriedade etc.), mas existe controvérsia quanto aos bens jurídicos *sociais*. Os bens jurídicos da comunidade (ordem pública, paz social, regularidade do tráfego de veículos etc.) são insuscetíveis de legítima defesa, porque a ação violenta do particular produziria maior dano que a utilidade e, parece inconveniente atribuir ao povo tarefas próprias de polícia, embora alguns autores admitam a defesa do ser social ou comunitário pelo indivíduo. Já os bens jurídicos do Estado, como o patrimônio público, por exemplo admitem legítima defesa por parte do particular, mas não, a pessoa jurídica do Estado, porque parece inadequado transformar o cidadão em lutador contra inimigos do Estado (espões ou traidores, por exemplo).¹⁹⁸

Dentro dessa linha de raciocínio, a Jurisdição, em si, não é passível de legítima defesa de modo que não se justificariam ações para obtenção de provas que se sustentassem apenas na defesa da função jurisdicional do Estado.

Os meios de defesa devem ser necessários e moderados. A defesa necessária é definida pelo poder de excluir a agressão com o menor dano possível ao agressor. Entretanto, a defesa necessária não exige proporcionalidade entre meios de defesa e meios de agressão, a proporcionalidade não tem por objeto bens jurídicos ou correlações de dano ameaçado e produzido, excluída pelo princípio da afirmação do direito.¹⁹⁹

Ela está prevista com esses caracteres no Código Penal, sendo tradicionalmente tratada pela doutrina penalista²⁰⁰. É necessário, portanto, verificar se seria possível imaginar uma legítima defesa no processo, penal ou civil.

Oportuno ressaltar que as ilicitudes que maculam a obtenção ou formação de um meio de prova, de modo a torná-la ilícita não estão necessariamente ligadas a condutas processuais. Na verdade,

¹⁹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 157.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 159.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 160-161.

²⁰⁰ A utilização da doutrina penalista em matéria de proibições de prova é preconizada por Manuel da Costa Andrade: “Se, numa primeira aproximação, as proibições de prova aparecem como institutos próprios do processo penal, a verdade é que elas assumem uma função marcadamente protetiva, análoga à do direito penal substantivo. O que explica a comunicabilidade com a dogmática do direito penal material e o apelo cada vez mais frequente aos seus modelos de impositação e categorias”. COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 79.

de regra, estão relacionadas com atividades que se desenvolvem fora do processo. Qualquer ato praticado em legítima defesa pode levar ao conhecimento de fatos ou obtenção de elementos de prova material que, se aparentemente abrangidos por norma proibitiva, estão albergados por excludente de ilicitude.

Por exemplo, podemos citar uma mulher que use de força para defender seu filho menor de agressão feita pelo pai deste e, consegue, à força apreender a faca que era o instrumento do crime. Trata-se de um caso de legítima defesa da integridade física que, de forma secundária, gerou a apreensão de elemento de prova (o instrumento do crime) que poderá ser apresentado em um processo de guarda ou separação judicial. O ilícito cometido em legítima defesa, no entanto, não visava primordialmente à obtenção de provas.

Os atos praticados em legítima defesa, que pode ser tanto própria quanto de terceiro, devem, portanto, limitar-se a repelir uma agressão. Assim, dificilmente uma atividade de busca de provas estará albergada pela excludente da legítima defesa.

Por exemplo, Moraes²⁰¹, na doutrina, e o Supremo Tribunal Federal, na jurisprudência, já consideraram que a família da vítima de uma extorsão mediante sequestro, ou a vítima de uma concussão, que gravasse a conversa com os criminosos sem o conhecimento destes estaria albergada pela legítima defesa, de modo que a prova seria válida.²⁰²

Preliminarmente, cabe comentar que, em tema de gravações clandestinas parece haver uma confusão metodológica na aplicação da norma excludente. No caso de gravação de conversa própria, a jurisprudência mais recente, e mais apropriada, entende que não há violação do direito à intimidade ou privacidade pela só divulgação da conversa²⁰³. Sendo feita por um dos interlocutores, a gravação nunca será ilícita uma vez que é apenas uma forma de armazenamento da mesma mensagem que lhe foi dirigida. Assim como a pessoa guarda na memória, pode

²⁰¹ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 261.

²⁰² “Ementa: Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal HC 74.678, DJ de 15-8-97 e HC 75.261, sessão de 24-6-97, ambos da Primeira Turma. (RE 212081/RO, Relator: Ministro Octavio Galotti, julgado em 05.12.1997).”

²⁰³ “Ementa: Ação Penal. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Alguns precedentes citados: RE 402717/PR (DJE de 13.2.2009); AI 578858 AgR/RS (DJE de 28.8.2009); AP 447/RS (DJE de 28.5.2009); AI 503617 AgR/PR (DJU de 4.3.2005); HC 75338/RJ (DJU de 25.9.98); Inq 657/DF (DJU de 19.11.93); RE 212081/RO (DJU de 27.3.98). (RE 583937 QO/RJ, rel. Ministro Cezar Peluso, julgamento em 19.11.2009.)

guardar com o auxílio da tecnologia. Ilícita poderá ser a divulgação, se essa conversa estiver protegida por algum sigilo legal, como o sigilo profissional ou funcional. Aqui a ilicitude decorrerá da violação do dever de segredo, e não da gravação. Poderá também ser ilícita se o conteúdo da mensagem for de natureza afeta diretamente à intimidade da pessoa, que a confia ao outro por motivos pessoais ou familiares.

A prática de um crime, no entanto, não é matéria afeta à intimidade ou vida privada do criminoso (podendo sê-lo com relação à vítima). Dessa forma, não há qualquer norma de sigilo que proteja a conversa dos criminosos entre si ou com as vítimas. Assim, não estaria a conduta da vítima abrangida por nenhuma norma que proíba a divulgação (a menos que se considerassem jurídicas as normas da *ormetà*, ou a “lei do silêncio”), de forma que fosse necessário recorrer à teoria da legítima defesa para torná-la válida. Situação diversa é a conversa do criminoso com um advogado ou padre, que estão sujeitas à proteção constitucional do sigilo profissional.²⁰⁴

Por outro lado, se fosse realmente um caso de legítima defesa, então estaria autorizada a interceptação telefônica praticada por agentes policiais sem autorização judicial. E esse raciocínio não é absurdo, uma vez que a Constituição admite a violação de domicílio em caso de flagrante delito, de forma que a mera interceptação telefônica, que parece ser muito menos invasiva, nas mesmas circunstâncias, também deveria se entendida como permitida. Não é inútil lembrar que no direito norte-americano, a proteção contra a gravação de conversas é feita com base na IV Emenda, que veda as buscas sem “causa provável”.²⁰⁵

Aqui, no entanto, devem-se recordar os outros elementos da legítima defesa, quais sejam, os meios necessários e a moderação no seu uso. Em caso de interceptação telefônica, essas providências de autotutela somente poderiam ser aceitas enquanto não fosse possível a obtenção de ordem judicial como prevista pela Constituição. Fora daí, os meios não seriam mais necessários e poder-se-ia considerar a conduta ilícita.

Dessa forma, em princípio, a gravação em si não é conduta ilícita que precise ser justificada pelas normas que regulam a legítima defesa.

²⁰⁴ Segundo Ramos: “A expectativa de privacidade do imputado, por outro lado, também deve ser legítima, isto é, deve ser de molde a ser aceita pelo conjunto da sociedade. Em outras palavras, não há legítima expectativa de privacidade para a prática de atividades ilícitas.” RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 131.

²⁰⁵ Cf. RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 131.

Na verdade, a propositura de uma ação não pode ser considerada uma agressão. Ainda que infundada, ou equivocada, a propositura de uma ação é direito constitucional. Talvez pudesse ser considerada uma agressão em casos de litigância de má-fé, em que alguém propusesse uma ação insubsistente de forma dolosa ou temerária. De qualquer maneira, a admissibilidade é examinada antes do mérito, de modo que ainda não há elementos para concluir se a pretensão é infundada (muito menos se foi proposta de má-fé) e se realmente se trata de uma agressão, em especial no caso de processo civil. E ainda, muitas vezes a ilicitude na obtenção da prova é cometida contra terceiros, ao passo defesa que pode ser considerada legítima somente pode ser dirigida contra o agressor (é possível, no entanto, caracterizar estado de necessidade, como se verá adiante).

Como dito acima, no entanto, a necessidade de que se trate de uma agressão e de que os meios necessários sejam utilizados moderadamente limita bastante a aplicação da legítima defesa na produção probatória. Os casos conhecidos como estrito cumprimento do dever legal e estado de necessidade são mais comuns.

3.2.3 Estado de necessidade

O estado de necessidade é aquele em que uma pessoa se vê obrigada a promover o sacrifício do direito alheio como forma de permitir salvar outro direito seu ou de terceiro de um perigo atual ou iminente. Também vem regulado de forma geral no Código Penal, embora a ele se apliquem as mesmas considerações de que não se trata de uma mera norma legal, mas decorre da própria estrutura das normas jurídicas e da supremacia da Constituição.

De acordo como o artigo 24 do Código Penal: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.”

Já o Código Civil prevê o estado de necessidade no seu artigo 188, ao estabelecer que “não constituem atos ilícitos: II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.” Tal definição é completada pelo parágrafo único do mesmo artigo, nos seguintes termos: “No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.”

Segundo Santos, “o conceito de perigo é definido pela probabilidade ou possibilidade de lesão do bem jurídico ameaçado, segundo um juízo objetivo *ex ante* de um observador inteligente, combinado eventualmente, com o juízo do especialista na área.” A atualidade do perigo no estado de necessidade define-se pela necessidade de proteção imediata — e não pelo dano imediato, como ocorre na legítima defesa — porque o adiamento da proteção ou seria impossível, ou determinaria maior risco ou dano. O perigo deve ser involuntário, mas admite produção imprudente, porque a limitação legal se restringe à vontade própria, e a antiga sentença ‘quem cria perigo, morra por isso’ está ultrapassada. O perigo deve ser inevitável de modo conforme ao direito, ou não poder ser superado sem lesão do bem jurídico sacrificado. O autor pode e deve, ao contrário do que ocorre na legítima defesa, considerar todas as alternativas possíveis para evitar o perigo, inclusive a ajuda de terceiros e, na hipótese de intervenção em bens jurídicos alheios, usar os meios menos danosos. A ação deve-se constituir no único modo de evitar o perigo e ser apropriada para proteger o bem jurídico com a menor lesão possível nos alheios.²⁰⁶ Para o autor, os casos de legítima defesa preventiva podem constituir-se em casos de estado de necessidade porque existe perigo atual, mas não existe agressão iminente, e a proteção posterior ou seria impossível ou implicaria maior risco de morte ou lesão grave dos agressores.

Diferentemente da legítima defesa, o estado de necessidade não exige uma agressão atual nem iminente. Uma pessoa pode sofrer uma conduta praticada por alguém em estado de necessidade sem que tenha agredido ou prejudicado ninguém. Ou seja, pode-se provocar o sacrifício do direito de um inocente em prol daquele de outro inocente.

Por esse motivo, o estado de necessidade deve ser submetido a uma análise mais rigorosa dos requisitos, que é a mesma análise que se faz por ocasião da aplicação da máxima da proporcionalidade. Como visto antes, as excludentes de ilicitude podem ser consideradas aplicações concretas do princípio da proporcionalidade.

Outrossim, o Código Civil prevê casos em que a conduta praticada em estado de necessidade, mesmo sendo lícita, deve gerar obrigação de indenizar. Isso não significa uma *captis deminutio* na sua condição de licitude. Como visto, existem condutas lícitas que geram o dever de indenizar.

Diferentemente do que ocorre com a legítima defesa, a busca probatória pode encaixar-se em vários momentos em situações de estado de necessidade.

²⁰⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 169-170.

É possível falar de estado de necessidade quando a violação do direito do outro for a única forma de se obter a prova de um direito próprio ou de terceiro. Notáveis são os casos em direito de família.

No que se refere à guarda de menores, podemos imaginar uma situação em que um pai se veja na contingência de promover a violação da intimidade da mãe de seus filhos, que não viva com ele, para provar que esta, ou seu companheiro atual, promove sevícias ou abusos contra eles. Tais crimes, que também são causa de perda da guarda e do poder familiar, são praticados sob o manto protetor da inviolabilidade de domicílio e da intimidade do lar, e, acrescentemos, comumente à noite, de forma que não é possível obter a prova com ordem judicial. Em consequência, não há outro recurso que não a violação do direito à intimidade alheio para proteger o direito maior que é a proteção da infância²⁰⁷.

Podemos, ainda, aduzir como exemplo, o caso julgado no Superior Tribunal de Justiça em que uma mãe, para poder ter encontros libidinosos com seu amante, dopava suas filhas menores de idade. A corte considerou que a prova era ilícita e determinou o seu desentranhamento. Tratava-se de um caso de aproveitamento da prova para fins penais, de modo que se colocou na balança essa finalidade. Se fosse o julgamento de uma ação de guarda ou perda do poder familiar, possivelmente as conclusões fossem diferentes²⁰⁸.

Por esse motivo, é conveniente que sejam bem separados metodologicamente os casos em que a proporcionalidade será aplicada para definir se uma prova é ilícita ou não. A análise deve ser feita

²⁰⁷ Semelhante exemplo é fornecido por Polastri: “Com efeito, a questão merece maior reflexão, sendo que vários julgados admitem tal prova, uma vez que a vítima estaria em verdadeiro estado de necessidade, e a única forma de se obter a punição do agente seria a gravação clandestina, v.g. caso que acompanhamos, em que o filho era molestado sexualmente pelo pai e ninguém acreditava em suas denúncias, vindo a ser feita a gravação, o que comprovou o delito. Deveria o criminoso ficar impune e ainda detentor do pátrio poder?” AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória. Perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 173

²⁰⁸ “Constitucional e processual civil. Mandado de segurança. Escuta telefônica. Gravação feita por marido traído. Desentranhamento da prova requerido pela esposa: Viabilidade, uma vez que se trata de prova ilegalmente obtida, com violação da intimidade individual. Recurso ordinário provido. I - A impetrante/recorrente tinha marido, duas filhas menores e um amante médico. Quando o esposo viajava, para facilitar seu relacionamento espúrio, ela ministrava "LEXOTAN" às meninas. O marido, já suspeito, gravou a conversa telefônica entre sua mulher e o amante. A esposa foi penalmente denunciada (tóxico). Ajuizou, então, ação de mandado de segurança, instando no desentranhamento da decodificação da fita magnética. II - Embora esta turma já se tenha manifestado pela relatividade do inciso XII (última parte) do art. 5. Da CF1988 (HC 3.982/RJ, rel. Min. Adhemar Maciel, DJU de 26/02/1996), no caso concreto o marido não poderia ter gravado a conversa a arripio de seu cônjuge. Ainda que impulsionado por motivo relevante, acabou por violar a intimidade individual de sua esposa, direito garantido constitucionalmente (art. 5., X). Ademais, o STF tem considerado ilegal a gravação telefônica, mesmo com autorização judicial (o que não foi o caso), por falta de lei ordinária regulamentadora (RE 85.439/RJ, Min. Xavier de Albuquerque e HC 69.912/RS, Min. Pertence). III - recurso ordinário provido. (ROMS 5352/GO, Relator Ministro Adhemar Maciel, julgado em 27.05.1996.)”

em duas etapas: A primeira se dá por ocasião da definição da ilicitude da conduta, ou seja, em primeiro lugar deve-se verificar se a conduta relevante para a obtenção da prova é realmente ilícita, ou se está justificada. A segunda, ao se admitir a utilização de uma prova ilícita no processo, em casos que a conduta não possa ser considerada abrigada por uma excludente de ilicitude. Nessa segunda etapa, será correta a consideração sobre a finalidade a que se destina a prova, enquanto na primeira, a conduta será lícita em si, e a prova dela decorrente ou por meio dela obtida será lícita para todos os fins.

Outro caso muito citado na doutrina e na jurisprudência é o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, da lavra do relator desembargador Barbosa Moreira, em que se admitiu a gravação de conversas da ex-esposa pelo ex-marido com o objetivo de obter a prova do adultério.²⁰⁹

Naquela oportunidade, considerou-se que a defesa dos direitos de fidelidade conjugal justificava (ou seja, tornava lícita) a adoção de medidas especiais de controle por parte do marido traído. Ou seja, a violação do direito à intimidade da ex-esposa era a única forma de se obter a prova de uma violação mais grave que é aquela aos deveres matrimoniais e familiares.

Hoje, considerando a praticamente equivalência de efeitos entre o divórcio consensual e o litigioso baseado na culpa, a maioria dos autores não considera mais esse tipo de violação justificado. Mas isso é inerente à norma que exclui a ilicitude da conduta praticada em estado de necessidade, uma vez que a equação entre os valores em jogo muda de acordo com as mudanças dos valores sociais, que são refletidos pelo direito.

Roque defende o conceito de “estado de necessidade processual” como chave para a solução dos problemas envolvendo o aproveitamento ou rejeição das provas obtidas por meios ilícitos. Preenchidos os requisitos do estado de necessidade processual, a prova poderia ser aproveitada,

²⁰⁹ “ADULTÉRIO – PROVA – INTERCEPTAÇÃO E GRAVAÇÃO DE CONVERSAS TELEFÔNICAS - Prova obtida por meio de interceptação e gravação de conversas telefônicas do cônjuge suspeito de adultério: não é ilegal, quer à luz do Código Penal, quer à luz do Código Brasileiro de Telecomunicações, e pode ser moralmente legítima se as circunstâncias do caso justificam a adoção, pelo outro cônjuge, de medidas especiais de vigilância e fiscalização.” (Acórdão TJRJ 5ª Câmara Cível AGRIN 7.111, julgado em 22.11.1983, publicado em RF 282/272)

uma vez que teria sido produzida de forma apenas aparentemente ilícita, não se aplicando a ela a vedação contida no texto constitucional.²¹⁰

O autor aponta os seguintes requisitos, mínimos e indispensáveis, para a configuração do estado de necessidade processual:

a) possibilidade real e efetiva de formação de um convencimento judicial contrário aos interesses da parte interessada na admissão da prova; b) existência de prova obtida mediante violação a normas jurídicas cujo conteúdo seja decisivo para o resultado do processo; c) sopesamento de bens jurídicos envolvidos no processo, cujo resultado final seja favorável à admissão da prova questionada; d) inexistência de conduta voluntária da parte que tenha impossibilitado a produção de outras provas lícitas decisivas em seu favor.²¹¹

A presença do estado de necessidade processual por ocasião da obtenção de qualquer prova a tornaria lícita, de modo que a sua rejeição implicaria violação do direito à prova, que se insere no devido processo legal.

Roque, reconhece, todavia, que algumas ponderações seriam de difícil resolução, como no caso de um réu acusado injustamente produzir provas mediante tortura. Em razão disso, considera que a aplicação do estado de necessidade processual deve-se dar apenas naqueles casos em que “o direito fundamental a ser tutelado pela produção de uma prova supostamente ilícita seja manifestamente superior em termos de relevância axiológica ao direito relativizado.”²¹²

Cabe registrar, no entanto, o entendimento de Gomes, para quem, caso se realize uma interceptação telefônica para salvar outro bem, não haverá o crime do artigo 10 da Lei n.º 9.296/96 pelo interceptador, pois a conduta foi praticada em estado de necessidade. Gomes, todavia, não estende este estado de necessidade para justificar a prova. Não fica claro no texto exatamente o motivo pelo qual a exclusão do crime não importa a licitude da prova, de modo que a ideia da licitude para todos os fins parece mais fundamentada.²¹³

²¹⁰ ROQUE, André Vasconcelos. O estado de necessidade processual e a admissibilidade das provas (aparentemente) ilícitas. *Revista de Processo*, ano 32, n. 153, nov. 2007, p.329. O termo “estado de necessidade processual” é mencionado por TROCKER, que aponta que a ideia do “estado de necessidade processual” emerge, em parte, também de uma decisão do Bundesverfassungsgericht de 31.01.1973 (BVerGE NJW 1973 p. 891). TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 626.

²¹¹ ROQUE, op. cit., p. 332.

²¹² Ibid., p. 331. Ávila também admite o estado de necessidade justificante como hipótese de relativização da garantia da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos e considera que as provas decorrentes são aproveitáveis no processo seja para absolver seja para condenar. ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 253.

²¹³ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica: Lei 9.296 de 24.07.96*. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 1997, p. 119-120.

3.2.4 Estricto cumprimento do dever legal

O cumprimento estrito do dever legal é uma excludente de ilicitude de carácter lógico. Se uma conduta é obrigatória, por isso mesmo ela é permitida. A lógica impede que uma conduta seja obrigatória e proibida ao mesmo tempo. Ou seja, a ideia da excludente do “estricto cumprimento do dever legal” é muito simples. O mesmo não se pode dizer da sua aplicação.

O estrito cumprimento do dever legal pressupõe um conflito aparente de normas: uma que proíbe uma conduta e outra que a obriga. Esse conflito deve ser resolvido por meio dos clássicos critérios da especialidade/generalidade, hierarquia e cronologia. É possível, ainda, que o estrito cumprimento do dever legal seja relacionado à colisão de princípios, caso em que se mostra mais uma vez a relação entre a aplicação de excludentes de ilicitude e a da teoria da proporcionalidade.

No direito privado, aplicável às relações entre particulares em geral, fica difícil sustentar algum “estricto cumprimento do dever legal”, pois este pressupõe obrigação legal de agir de determinada forma e sabe-se que, no ramo do direito privado, “o que não está vedado está permitido”.

Podemos dizer que a autoridade policial tem o dever de “colher todas as provas que interessem à elucidação do crime”. Pois bem, pode-se alegar que uma revista íntima de um suspeito é o cumprimento desse dever. Por outro lado, a realização de tal procedimento por agente policial de sexo diverso do de quem sofre a busca não pode ser considerada cumprimento do dever legal. Isso porque há outras normas que protegem a intimidade e o pudor do cidadão e impedem a sua realização. Isso é uma clara aplicação do princípio da proporcionalidade. Tanto que, em casos excepcionais e urgentes, admite-se que essa busca seja feita. Aqui, entram em jogo outros princípios jurídicos em cena, como a segurança pública e a urgência, de modo que a equação da ponderação de bens muda.

O cumprimento do dever legal somente pode ser considerado estrito se ocorrer de acordo com todas as normas previstas para o exercício do cumprimento daquele dever. Assim, o cumprimento dos mandados de prisão e busca domiciliar tem que obedecer às normas legais aplicáveis e proteger os direitos do sujeito passivo da melhor maneira possível.

Desse modo, não se vislumbra possibilidade de aplicação dessa excludente em matéria de provas ilícitas.

3.2.5 Precedentes no direito alemão e a “simples necessidade de prova”

A respeito da aplicabilidade das excludentes de ilicitude para justificar a obtenção de provas, é necessário fazer uma referência, ainda que breve, a dois julgados de tribunais alemães em razão do seu pioneirismo e de terem sido objeto de comentário por vários autores. Trata-se dos casos das “setenta e duas gravações”²¹⁴ e do “perfurador”²¹⁵, em que se discute a possibilidade de valoração, num processo de divórcio, de provas obtidas por um dos cônjuges mediante lesão do direito fundamental do outro à intimidade da vida privada.

No caso das “setenta e duas gravações”, apreciado pelo Kammergericht de Berlim, em 1955, um marido havia feito, no espaço de um ano, setenta e duas gravações dos insultos proferidos pela mulher, sem o conhecimento desta, com o objetivo de prová-los em uma futura ação de divórcio. A mulher, em vários momentos, disse que, em juízo, negaria ter proferido tais palavras. O tribunal aceitou a valoração de tais provas, uma vez que a gravação secreta seria o único meio de prova confiável à disposição do marido, mesmo reconhecendo que a gravação secreta violava o direito geral de personalidade da esposa.

Alexandre considera que a *ratio decidendi* do acórdão é a de que não devem ser excluídas as gravações secretas que tenham tido sua origem num comportamento ilícito daquele contra quem se deseja provar, ou seja, que sejam justificadas objetivamente. Aquelas que tenham origem num comportamento baseado em suspeita, ou por precaução de prova, são inadmissíveis. A autora observa que, na jurisprudência alemã, existe pouca tolerância com gravações secretas. Inobstante, parece generalizada a ideia de que, quando o ato de gravar as palavras de outrem se deva à legítima defesa, a gravação pode ser admitida em juízo.²¹⁶

Alexandre, no entanto, não considera que se esteja diante de uma situação de legítima defesa, como regulada nos códigos civil e penal, mas apenas numa situação de “necessidade de prova”. Para a autora,

no caso das 72 gravações, as gravações não se destinaram a repelir uma agressão, mas a coligir provas, com o fim de serem utilizadas mais tarde perante o tribunal. Além disso, quando as provas foram utilizadas em juízo, a agressão que supostamente se visou

²¹⁴ Kammergericht (Berlim), julgado em 03.06.1955, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1956, p. 26 ss.

²¹⁵ Bundesgerichtshof, julgado em 19.06.1970, NJW 1970, p. 1848 ss.

²¹⁶ ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 251.

repelir já tinha cessado. Portanto, mesmo que fosse lícita a sua obtenção, já não o era a sua utilização.²¹⁷

Trocker, no entanto, considera totalmente razoável a aceitação, por parte dos tribunais alemães, do princípio da validade das causas ordinárias de justificação: legítima defesa e estado de necessidade excluem a ilicitude da interferência na esfera de *privacy* de outrem, eliminando até, conseqüentemente, as eventuais sanções processuais de inadmissibilidade.²¹⁸

No caso do perfurador, uma mulher casada tinha por hábito insultar o marido e, simultaneamente, ameaçá-lo de que, se ele recorresse à Justiça, ela negaria tudo. Em razão da dificuldade na obtenção de provas, o marido admitiu secretamente um amigo no lar conjugal. Este, através de um furo feito na parede, testemunhou os insultos proferidos pela mulher ao marido e, mais tarde, prestou depoimento no processo de divórcio. A questão que se colocou foi a de saber se as suas declarações podiam ser valoradas, tendo em conta a ingerência na esfera de intimidade do casal. O *Bundesgerichtshof* (BGH) considerou que o autor agiu de forma ilícita, já que a ordem jurídica garante o direito à inviolabilidade do domicílio e não se verificava nenhuma causa de justificação. Como a motivação do autor havia sido unicamente a de reunir provas para um futuro processo de divórcio, o tribunal considerou que não havia razão suficiente para admitir a ofensa ao direito constitucional da mulher, de modo que o marido não se encontrava em situação de legítima defesa. Além disso, o tribunal teceu considerações sobre o estímulo a certas condutas desleais que a valoração implicaria, bem como sobre o próprio valor do depoimento, tendo em conta que a cena presenciada pela testemunha não era totalmente “real”, já que o marido sabia que estava a ser observado. Com base nessas razões, o tribunal pronunciou-se no sentido da não valoração do depoimento da testemunha.

Trocker se mostra favorável à solução do BGH. Considera-a, igualmente, aplicável aos casos em que um detetive privado conduz uma conversa com o sujeito investigado, bem como às situações em que os agentes policiais recorrem a indivíduos (agentes provocadores) com o objetivo de recolherem informações de pessoas suspeitas. Na perspectiva do autor, todos estes métodos de investigação são ilícitos.²¹⁹

²¹⁷ ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 256.

²¹⁸ TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, p. 618.

²¹⁹ Ibid., p. 584.

No caso do perfurador, Alexandre concorda com a solução do BGH, uma vez que se estaria novamente diante de uma situação de simples necessidade de prova, que não seria causa excludente de ilicitude.²²⁰

No Brasil, diferentemente do relatado pelos autores referidos a respeito da jurisprudência alemã, a jurisprudência, atualmente, considera lícitas as gravações feitas por um dos interlocutores, mesmo sem o conhecimento do outro, de uma maneira geral, uma vez que não se trata de interceptação de comunicações. Anteriormente, as gravações também eram admitidas com base no instituto da legítima defesa.

Dessa forma, o caso das “setenta e duas gravações” partiria de uma premissa diferente, uma vez que a gravação, em si, não seria considerada ilícita. Restaria a consideração a respeito da violação da intimidade pela divulgação da gravação no processo, bem como a questão da confiabilidade da gravação, uma vez que o marido sabia que estava gravando a conversa, diferentemente da mulher. A exposição da intimidade do casal é inerente ao processo de divórcio, em especial, quando é baseado na alegação de culpa, tanto que a solução tem sido a decretação do segredo de justiça, de modo que não haveria violação pela apresentação das gravações em juízo. Já a confiabilidade da prova é uma questão em aberto que depende do exame da situação concreta.

No caso do “perfurador”, também se partiria de uma premissa diferente, já que a introdução de um terceiro em domicílio com a concordância de um dos moradores não é considerada violação de acordo com a tradição do nosso direito. No mais, valeriam as mesmas considerações feitas para o caso das “setenta e duas gravações”.

A importância do estudo dos julgados referidos está na consideração de que a “necessidade de prova não é causa de exclusão da ilicitude” que é a tese defendida por Alexandre e apontada como constante da jurisprudência alemã, mas contrária à defendida neste trabalho.

Alexandre indica outros precedentes alemães nesse sentido: O acórdão de 20.05.1958 do BGH (NJW 1958 p. 1344) considera que as gravações secretas, efetuadas por entidades públicas ou por particulares, violam o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do interlocutor, sendo óbvios os perigos da sua utilização abusiva. Mesmo admitindo a existência de possíveis causas de justificação e a possibilidade de ponderação de interesses, o tribunal entendeu que o mero interesse na angariação de provas não é suficiente para aceitar a gravação secreta como meio de

²²⁰ ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 257.

prova. O acórdão do Oberlandesgericht (OLG) de Düsseldorf de 23.11.1965 (NJW 1966 p. 214) recusou a valorar uma gravação para demonstrar a falsidade do depoimento do réu, tendo em conta que o mero interesse na angariação da prova não justifica tal lesão na esfera pessoal do mesmo. O acórdão de 08.10.1986 do OLG Köln (NJW 1987 p. 262), considerou que a gravação secreta da conversa relativa à vida profissional não é valorável, quando aquele que a obteve não atuava ao abrigo de nenhuma causa de justificação, ou para salvaguardar interesse superior, não bastando, portanto, a necessidade de prova para excluir a ilicitude. Por fim, o acórdão de 13.10.1987 do BGH (NJW 1988 p. 1016) também relativo à gravação no âmbito da vida profissional, considerando que o ônus da prova e a correlativa necessidade de obter um meio de prova não constituem legítima defesa ou situação análoga à legítima defesa²²¹.

A necessidade de prova pode justificar a conduta que viola direitos de terceiros de modo a tornar as provas dela decorrentes lícitas. Para tanto, é necessário que se esteja diante de uma situação em que os requisitos tradicionais do “estado de necessidade” estejam presentes. Se o sacrifício do direito alheio não justificar a ação lesiva, então a prova não deverá ser admitida. Pode-se até considerar, como já referido, que a obtenção de prova para ação de divórcio culposo, em razão das facilidades do divórcio consensual, que pode ser feito até diretamente na serventia extrajudicial, e a equivalência dos efeitos para com a separação sem culpa, não é motivo suficiente para justificar qualquer lesão a direitos de outrem. O que não se admite, todavia, é que a obtenção de prova seja desqualificada como ensejadora de excludente de ilicitude de uma maneira geral.

Em vários casos, notadamente, casos de guarda de menores, ou mesmo prova de contratos jurídicos, a gravidade da situação e a necessidade da prova são aptas a determinar a aplicação da excludente de ilicitude e a conseqüente admissão do elemento de prova obtido.

²²¹ ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 258.

4 Provas ilícitas e teoria das nulidades processuais

Para o estudo da aplicação da teoria das nulidades processuais aos problemas envolvendo provas ilícitas, mister retomar-se a distinção já estabelecida entre provas ilícitas e ilegítimas. As primeiras são decorrentes da violação de normas de direito material, ao passo que as segundas decorrem de violações de normas processuais.

Para as violações de normas processuais, a doutrina, de forma geral admite a aplicação da teoria das nulidades processuais, ao passo que a sanção para as provas ilícitas é a inadmissibilidade e consequente desentranhamento. Impõe-se a questão de saber se, também no caso de provas ilícitas, podem-se aplicar alguns institutos da teoria das nulidades.

A infração de uma norma processual acarreta um vício no ato jurídico processual de cunho probatório que poderá gerar a sua nulidade. Na verdade, há várias maneiras de sancionar o vício processual, a mais grave delas é a pronúncia de sua nulidade. Há, no entanto, outros tipos de sanções como o desentranhamento da peça ou instrumento dos autos (por exemplo petição fora do prazo na hipótese do artigo 195 do Código de Processo Civil), o riscamento de expressões (como no caso do artigo 15 do Código de Processo Civil) ou o cancelamento do ato que se tornou ineficaz por fato superveniente (artigo 257 do Código de Processo Civil). Pode, ainda, ser o caso de repetição ou renovação do ato, ratificação ou retificação.²²²

Dessa forma, não sendo a nulidade a única consequência possível para o vício processual, faz-se necessária a análise de alguns princípios da teoria das nulidades para indicar a exata consequência do vício processual no caso em questão.

Nesse sentido, Avolio considera que, no processo, os tipos foram estabelecidos como tutela do direito de liberdade, de modo que a inadequação da conduta ao tipo não deve ocasionar, automaticamente, a sua ineficácia ou invalidade, uma vez que se deve atender antes ao fim que aos meios. Desse modo, as consequências da atipicidade processual (violação de normas processuais) variam de acordo com a gravidade do vício, sendo possível distinguir duas categorias de atos viciados: “a) atos irregulares, propriamente ditos, para os quais o ordenamento não estabelece sanção, porque o descompasso entre o modelo legal e o ato praticado é de pouca

²²² CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 23.

relevância; e, b) atos nulos, para cuja irregularidade existe uma sanção, que é a sanção de nulidade (relativa ou absoluta).”²²³

Avolio, no entanto, não admite a aplicação dos institutos da teoria das nulidades às provas ilícitas. Para estas, pela via constitucional, imputou-se uma consequência que não se poderia extrair do sistema processual vigente, qual seja, a cominação de inadmissibilidade para as provas ilícitas. Para o autor, “as provas ilícitas, porque consideradas inadmissíveis pela Constituição não são por esta tomadas como provas. Trata-se de não ato, não prova, de um nada jurídico, que as remete à categoria da inexistência jurídica.”²²⁴

Polastri sustenta que o regime das consequências jurídicas cominadas para as provas ilegítimas e ilícitas é diverso. Aparentemente, a redação constitucional proibiria qualquer utilização de ambas as espécies de prova, situação que não se verifica na prática. Para o autor, “é intuitivo que existe uma maior flexibilidade de aceitação de utilização da prova ilegítima, em algumas hipóteses (inclusive com autorização da lei) do que em relação à aceitação de utilização da prova ilícita.” Polastri observa que, além dos casos de autorização expressa da lei, doutrina e jurisprudência brasileiras, à semelhança da doutrina alemã, admitem a utilização da prova ilegítima levando em conta o fim de proteção da norma processual ou a falta de prejuízo ao interessado na produção da prova.²²⁵

Ricci aponta outra distinção importante. A teoria das nulidades, ou teoria das invalidades dos negócios jurídicos de direito civil não pode ser aplicada às questões probatórias. A prova *constituenda* se desenvolve em dois momentos: o da admissão e o do sucessivo ato de instrução probatória. Segundo o autor, é necessário ter presente que estes dois momentos têm natureza diversa. O primeiro deles é um verdadeiro e próprio ato jurídico, mais especificamente uma decisão, enquanto o segundo é um simples ato material constituído do depoimento da parte ou da testemunha.²²⁶

A nulidade é uma “sanção” que se aplica a um ato jurídico que não obedeceu a todos os requisitos legais no sentido de que não surtirá os efeitos buscados. Muitos atos probatórios — os

²²³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 84.

²²⁴ *Ibid.*, p. 87.

²²⁵ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória. Perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 139-140.

²²⁶ RICCI, Gian Franco. *Le prove illecite nel processo civile. Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*. 1987, p. 40. 45.

de instrução probatória — não são atos jurídicos, mas simples atos materiais de modo que não se lhes aplica a categoria de nulidade. Com relação a eles, Ricci afirma que

não se pode nunca falar de invalidade ou de ineficácia, mas, no máximo, se deverá ver se o seu resultado deva ou não ser levado em consideração. Isso é um problema bem diverso, já que não se refere à validade dos negócios jurídicos, mas ao princípio do livre convencimento do juiz, que é coisa diversa.²²⁷

Sendo as provas ilegítimas aquelas em cuja aquisição foram violadas normas de direito processual, a teoria das nulidades processuais aplica-se primariamente a elas. Todavia, no caso das provas ilícitas, ou seja, as decorrentes de violações de direito material, estão presentes as mesmas razões que levam à aplicação dos institutos da teoria das nulidades processuais às provas ilegítimas. Dessa forma, inobstante a redação do inciso LVI do artigo 5º da Constituição e do artigo 157 do Código de Processo Penal, que sugere que as provas ilícitas serão inadmissíveis e desentranhadas sem maiores considerações, procurar-se-á mostrar que em alguns casos os institutos da teoria das nulidades processuais deverão ser aplicados, por uma questão de lógica e justiça.

Na doutrina portuguesa, Alexandre é favorável à aplicação às provas ilícitas do regime de provas nulas de que fala a lei processual: “o regime destas provas ilícitas, cuja inadmissibilidade não vem prevista na lei processual mas pode decorrer da Constituição, é idêntico ao das provas ilícitas proibidas pela lei processual.”²²⁸

No início deste trabalho, procurou-se, a partir da evolução dos textos de direito positivo, da doutrina, da jurisprudência e da teoria do direito, deixar bem claro que as provas ilegítimas, decorrentes da violação de normas processuais, diferem quanto a sua natureza e consequências das provas ilícitas, decorrentes da violação de normas materiais. O objetivo foi o de que não se aplicasse o rígido regime constitucional de inadmissibilidade e desentranhamento quando tivesse ocorrido a mera violação de normas processuais. Ou seja, quis-se preservar a aplicação da teoria das nulidades às provas ilegítimas.

Neste capítulo, busca-se avançar para a aplicação de alguns aspectos mais modernos da teoria das nulidades também às provas ilícitas, ainda que mantida a sua distinção, com base na identidade de motivos que pode ser identificada em alguns casos.

²²⁷ RICCI, Gian Franco. Le prove illecite nel processo civile. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*. 1987, p. 46, tradução nossa.

²²⁸ ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 267.

Nessa linha, analisar-se-ão de forma mais detida os institutos da preclusão, do prejuízo, do saneamento e o princípio do contraditório.

4.1 Preclusão

A preclusão é a perda da faculdade de praticar um ato no processo em razão do decurso do prazo (preclusão temporal), da prática do mesmo ato (preclusão consumativa) ou da adoção de atitude incompatível com o mesmo (preclusão lógica).

A arguição de nulidades processuais, entre elas as nulidades existentes na instrução, também está sujeita a prazos preclusivos tanto no processo civil quanto no processo penal, com exceção, de acordo com a doutrina majoritária, das nulidades absolutas, que o juiz pode decretar de ofício. O artigo 245 do Código de Processo Civil dispõe que “A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão”. Já o Código de Processo Penal estabelece no artigo 571 diferentes momentos processuais para arguição de nulidades, depois dos quais as nulidades relativas considerar-se-ão sanadas, nos termos do artigo 572 do mesmo código²²⁹.

O ato de admissão de uma prova pré-constituída ilícita é nulo e essa nulidade deve ser arguida na primeira oportunidade que a parte vier a falar nos autos. As nulidades ocorridas na instrução também podem ser arguidas somente até a próxima intervenção da parte nos autos. A exigência de que o processo avance ou “proceda” impede que se possa a qualquer momento aventar nulidades probatórias com constantes voltas na sua marcha. Hoje, com mais razão, podemos associar o caráter progressivo do processo com o próprio direito fundamental à duração razoável do processo, ou a um processo sem dilações indevidas (artigo 5º inciso LXXVII da Constituição).

²²⁹Art. 571. As nulidades deverão ser arguidas: I - as da instrução criminal dos processos da competência do júri, nos prazos a que se refere o art. 406; II - as da instrução criminal dos processos de competência do juiz singular e dos processos especiais, salvo os dos Capítulos V e VII do Título II do Livro II, nos prazos a que se refere o art. 500; III - as do processo sumário, no prazo a que se refere o art. 537, ou, se verificadas depois desse prazo, logo depois de aberta a audiência e apregoadas as partes; IV - as do processo regulado no Capítulo VII do Título II do Livro II, logo depois de aberta a audiência; V - as ocorridas posteriormente à pronúncia, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes (art. 447); VI - as de instrução criminal dos processos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, nos prazos a que se refere o art. 500; VII - se verificadas após a decisão da primeira instância, nas razões de recurso ou logo depois de anunciado o julgamento do recurso e apregoadas as partes; VIII - as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do tribunal, logo depois de ocorrerem.

A doutrina em geral considera que a questão da ilicitude da prova não preclui em razão da falta de alegação pelas partes e pode ser conhecida de ofício pelo juiz, assim como as chamadas nulidades absolutas. O parágrafo único do artigo 245 do Código de Processo Civil menciona que a preclusão não incidiria sobre as nulidades que o juiz pode conhecer e ofício, preceito interpretado no sentido de que a covalidação pela preclusão não se aplica às nulidades absolutas.

Segundo Oliveira, mesmo com a previsão de preclusão da decisão de desentranhamento da prova ilícita, tanto o juiz quanto o tribunal sempre poderão conhecer da matéria quando do julgamento de mérito, uma vez que se trata de questão de interesse público²³⁰.

Impossibilidade de preclusão da alegação de nulidades absolutas tem sido tratada pela doutrina quase como um dogma, apesar de alguma relativização pela jurisprudência à vista dos caracteres dos casos concretos. Por consequência, a impossibilidade de preclusão da alegação de ilicitude da prova também tem passado quase inquestionada pela doutrina.

Algumas referências, no entanto, permitem desenvolver o raciocínio em sentido diverso.

Em primeiro lugar cabe lembrar que a ilicitude da prova tem que ser levantada nos graus ordinários de jurisdição já que as matérias probatórias não podem ser objeto de recursos extraordinário e especial (Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça e 279 do Supremo Tribunal Federal), de modo que não deixa de ser uma preclusão em razão da falta de alegação perante as instâncias ordinárias, ressalvados, todavia, os casos de conhecimento tardio da ilicitude, como o legítimo impedimento de que trata o parágrafo único do artigo 245 do Código de Processo Civil. Alguns casos podem até mesmo viabilizar ajuizamento de ação rescisória, como, por exemplo, o caso da prova falsa (artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil).

Em segundo lugar, pode-se obter uma referência favorável à preclusão da alegação de ilicitude da prova a partir do direito norte-americano, em que ela é admitida. Lilly ressalta a importância da participação da parte no sistema americano, uma vez que a sua omissão pode levar à preclusão da possibilidade de arguição da ilicitude da prova:

Além de controlar a apresentação de provas, uma parte pode exercer outra influência sobre o acervo probatório: Fazendo uma impugnação tempestiva, ela pode, algumas vezes, bloquear a admissão de provas oferecidas pelo seu adversário. O sucesso de tal objeção depende de que o juiz determine que uma regra de exclusão dita a rejeição da prova oferecida. Da parte, todavia, não é exigido que faça a objeção, mesmo que uma

²³⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 304. Segundo o autor, a única ressalva fica por conta do Tribunal do Júri.

regra de exclusão esteja disponível para evitar a admissão da prova. Se, por omissão negligente ou inação deliberada, uma parte não faça nenhuma objeção, a prova contra ela é admitida e se torna parte do material disponível para o exame dos fatos. Apenas em casos extremos, geralmente envolvendo acusação criminal, o juiz intervirá e excluirá a prova por sua própria iniciativa. O sistema anglo-americano confia primariamente na oposição dos interesses particulares das partes, atuando por meio dos seus advogados, para formar a base factual da disputa.²³¹

A evolução do tema das nulidades no processo, todavia, mereceu uma abordagem mais moderna, com base nas premissas do contraditório como influência reflexiva, do papel das formas no processo comunicativo e do contraditório cooperativo e a boa-fé processual, na recente obra de Antonio do Passo Cabral *Nulidades no Processo Moderno*.

De acordo com Cabral,

se a preclusão é um mecanismo de economia processual, destinado a assegurar a ordenação e eficiência ao processo, também o órgão julgador pode estar submetido a ela. Há que se fazer do processo um caminhar adiante, sem discriminação apriorística sobre quem poderá perder a oportunidade de praticar atos preclusos.²³²

Por outro lado, o mesmo autor considera que “A irreversibilidade tendencial dos atos do processo faz com que a preclusão seja uma consequência principiológica, natural ao procedimento. Portanto, a preclusão deve atingir qualquer tipo de defeito, permitindo a convalidação mesmo das chamadas ‘nulidades absolutas’.”²³³

Dessa maneira, Cabral propugna pela preclusão da alegação das nulidades absolutas, inclusive para o juiz, ao mesmo tempo que defende uma limitação mais tênue e flexível. Dessa forma, deveria haver, no lugar de um momento preciso, como o despacho saneador, por exemplo, um “espaço processual” após o qual não se poderia mais praticar a conduta. Considera adequada a preclusão depois de encerrada a “fase processual”, que é facilmente identificável. Assim, os defeitos da petição inicial só poderiam gerar invalidade até o fim da fase postulatória, e os vícios da instrução probatória não mais poderiam se pronunciados depois da sentença.²³⁴

Nessa linha de desenvolvimento doutrinário, consideramos viável defender que impugnação da prova ilícita também deve estar sujeita à preclusão. As ilicitudes ocorridas antes do processo

²³¹ LILLY, Graham C. *An introduction to the Law of evidence*. West Publishing Co. 1987, §1.4, tradução nossa, apud KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.1993. *Ajuri: Revista da Associação dos juízes do Rio Grande do Sul*. mar. 1996, p. 71.

²³² CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 260.

²³³ *Ibid.*, p. 261.

²³⁴ *Ibid.*, p. 275.

devem ser impugnadas até o encerramento da fase postulatória; e as ocorridas ou descobertas na fase instrutória até a sentença.

Tal posicionamento, além de mais consentâneo com a duração razoável do processo e a economicidade, está de acordo com os princípios da boa-fé e da cooperação processual, que impedem que uma parte “guarde na manga” uma alegação de ilicitude probatória para ser alegada em momento posterior, bem como protegem a legítima expectativa da parte contrária surgida a partir da omissão na impugnação da ilicitude probatória no momento oportuno.

4.2 Princípio do prejuízo

Para Grinover, Fernandes e Gomes Filho, o princípio do prejuízo

constitui seguramente a viga mestra do sistema das nulidades e decorre da ideia geral de que as formas processuais representam tão somente um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício.²³⁵

O princípio do prejuízo significa que o juiz deve relevar a nulidade quando não houver dano aos litigantes pela atipicidade da forma (*pas de nullité sans grief*) ou ainda quando estiver convicto em decidir o mérito a favor da parte a quem aproveitaria sua decretação. A nulidade somente será declarada se houver prejuízo à parte. Essa regra está prevista nos parágrafos 1º e 2º do artigo 249 e parágrafo único do artigo 250 do Código de Processo Civil²³⁶.

Isso tem dois aspectos importantes: a nulidade não poderá ser declarada contra a parte que não houver dado causa a mesma. A nulidade não poderá ser declarada para beneficiar a parte que lhe deu causa. Daí decorre que somente arguida pela parte legítima é que a nulidade poderá ser

²³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no processo penal*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 31.

²³⁶ Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados. § 1º O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte. § 2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta. Art. 250. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais. Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa.

declarada, exceto nos casos de nulidade absoluta, que, como visto, de acordo com a doutrina tradicional, pode ser conhecida de ofício.

Por outro lado a nulidade pode ensejar a repetição do ato viciado, o que por si só desprestigia, *prima facie*, o direito a um processo com duração razoável e da eficiência da atividade estatal. Dessa forma, toda volta atrás, no processo, deve ser muito bem fundamentada sob pena de violação desses princípios constitucionais. Assim, não se deve declarar a nulidade de um ato e mandar repeti-lo por mero apego às formalidades processuais.

A doutrina tradicionalmente também considera que o princípio do prejuízo não se aplica às nulidades absolutas, uma vez que elas decorreriam do interesse público, que sempre deve ser considerado prejudicado quando violada a norma correspondente²³⁷.

Diferentemente do que se passa com a preclusão, a aplicação do princípio do prejuízo às nulidades absolutas é mais aceita pela jurisprudência e pela doutrina atuais. Por exemplo, Wambier resume assim a aplicação do princípio do prejuízo:

não tendo havido prejuízo, ninguém tem interesse para arguir, e o juiz não pode decretar as nulidades absolutas, tendo havido prejuízo podem alegá-las ambas as partes, e declará-las o juiz; e, antes de se poder dizer se houve, ou não houve, prejuízo, também ambas as partes podem levantar as nulidades absolutas e o juiz as pode decretar²³⁸

É importante enfatizar que o princípio do prejuízo somente se aplica quando o vício já ocorreu e se cogita aplicar a sanção de nulidade ou não. Não é admissível que se pratique a ilicitude, inobstante arguida previamente, sob o fundamento de que não causará prejuízo. Seria uma confusão entre o conceito de ilicitude e o conceito de sanção, como examinado anteriormente. O prejuízo é apenas um critério para aplicação da sanção de nulidade às provas ilegítimas ou inadmissibilidade, com o conseqüente desentranhamento, para as provas ilícitas. Não é um dos elementos da ilicitude da conduta. Toda conduta ilícita gera uma legítima pretensão inibitória independente da provocação de dano àquele que a argui.

Também para as provas ilícitas pode-se vislumbrar aplicação do princípio do prejuízo.

Suponha-se, por exemplo, um caso de depoimento tomado sob o efeito de hipnose, narcóticos, ameaça ou mesmo tortura. Se a parte confessa um fato prejudicial a si, há o prejuízo, e a prova é

²³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no processo penal*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 34.

²³⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 238.

ilícita. Se, por outro lado, a parte, inobstante torturada, não confessa, ou mantém os fatos alegados a seu favor, a tortura, ao invés de diminuir a credibilidade da prova, reforça-a. Nesse caso, a exclusão do depoimento somente poderia prejudicar a pessoa ameaçada ou torturada.

Se for, no entanto, o depoimento de uma testemunha, ou a realização de uma perícia, não é possível o mesmo raciocínio, uma vez que sempre prejudicará uma pessoa e beneficiará outra. Mas se a parte contra a qual foi cometida a ilicitude, ou contra quem foi apresentada a prova não foi prejudicada, não pode a outra clamar a decretação da inadmissibilidade da prova a cuja ilicitude deu causa. Assim, se uma parte ameaça uma testemunha para que esta preste depoimento a seu favor, mas ela fala a verdade e presta um depoimento contrário a quem lhe havia coagido. Não cabe à parte alegar a própria torpeza e considerar a prova ilícita porque a testemunha estava ameaçada.

No direito norte-americano, exclui-se a aplicação da teoria dos frutos da árvore venenosa se a própria parte, em tese prejudicada, fizer algum uso ou referência favorável a si com base no elemento de prova acoimado de ilícito. Se ambas as partes utilizaram o elemento de prova para fundamentar suas alegações, não há porque se excluir a prova. Pode ser considerado um caso de aplicação do princípio do prejuízo.

Nesse sentido Ávila, no processo penal, considera que “quando a própria defesa requer que uma prova ilícita decorrente de violação de direito disponível do acusado permaneça nos autos, deve-se admitir que tal ato equivale à nova produção da prova pelo titular legítimo, o que deve convalidar o vício inicial.”²³⁹

Dessa forma, assim como ocorre para as nulidades absolutas, também em casos de provas ilícitas, a exigência do prejuízo para que seja determinada sua exclusão dos autos é uma decorrência da concepção moderna do processo civil.

4.3 Possibilidade de saneamento e convalidação

Grinover, Fernandes e Gomes Filho observam que

²³⁹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 233.

ao mesmo tempo que prevê hipóteses de aplicação da sanção de nulidade para os atos praticados irregularmente, o ordenamento também estabelece remédios pelos quais será possível aproveitar-se atividade processual atípica; em certas situações previstas em lei, sanada a irregularidade ou reparado o prejuízo, será possível que o ato viciado venha a produzir os efeitos que dele eram esperados; nesses casos, em lugar da invalidação, pode ocorrer a convalidação do ato praticado em desconformidade com o modelo legal.²⁴⁰

Dentro da teoria das nulidades processuais é aplicável o princípio do aproveitamento dos atos processuais, que se aperfeiçoa pelo saneamento dos vícios de que porventura estejam contaminados. A doutrina tem admitido o saneamento nos casos de provas ilegítimas, e somente nos casos de vícios a que seja cominada nulidade relativa, não admitindo o saneamento de vícios aos quais seja cominada nulidade absoluta, tampouco no caso de provas ilícitas.

Marinoni e Arenhart não admitem o saneamento de provas ilícitas, mas apenas o das provas ilegítimas, quando resultam de um procedimento em que houve uma violação à lei e quando a regra violada não é essencial à proteção de um direito fundamental processual, como os direitos ao contraditório e à ampla defesa.²⁴¹ Os autores, todavia, admitem que uma nova prova venha a demonstrar em juízo o mesmo fato que a prova ilícita tentou esclarecer. A prova ilícita não seria, portanto, sanada, mas realizar-se-ia uma nova prova dos mesmos fatos de forma lícita.²⁴²

Picó i Junoy também não considera possível qualquer forma de saneamento da prova ilícita. O princípio do aproveitamento dos atos jurídicos imperfeitos, que permitiria a utilização de um ato imperfeito para os mesmos fins do ato perfeito correspondente, não teria nenhuma aplicabilidade.²⁴³ De acordo com o autor, a ilicitude da prova é total e plena, não podendo ser utilizada em nada para comprovar o fato controvertido. Além disso, o mero fato de submeter-se ao contraditório em juízo não permite que um elemento probatório ilicitamente obtido possa ser sanado e tomado em consideração pelo órgão judicial. Para Picó i Junoy, contrariamente ao que se defende neste trabalho, nem mesmo da atitude passiva do litigante que, prejudicado pela prova ilícita, não denuncia sua existência, deriva qualquer tipo de convalidação implícita em razão do caráter absoluto da proibição contida no artigo 11 da Ley Orgánica del Poder Judicial.²⁴⁴

²⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no processo penal*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 38.

²⁴¹ 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. 361.

²⁴² *Ibid.*, p. 363.

²⁴³ PICO I JUNOY, Joan. La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil. *Justitia: Revista e derecho procesal*, 2005, n 3-4.

²⁴⁴ *Ibid.*, loc. cit.

Picó i Junoy, no entanto, admite que não se consuma a violação da garantia processual constitucional do contraditório enquanto não se produz uma sentença que reconheça eficácia probatória às diligências, de modo que o órgão judicial deverá determinar o saneamento das mesmas. Entende, ainda, que é possível trazer ao processo outros elementos probatórios validamente obtidos, que tenham por objeto provar os mesmos fatos que se pretendia demonstrar com as provas ilícitas. E, por fim, observa que a impossibilidade de saneamento ou convalidação da prova ilícita não determina que o elemento probatório obtido com infração de direito fundamental não possa voltar a ser obtido, posteriormente, mediante o procedimento legal previsto.²⁴⁵

Polastri admite a convalidação dos vícios processuais no caso de provas ilegítimas com o seu aproveitamento no processo, se ficar claro que a vedação processual é erigida no interesse da parte ou não haja interesse público.²⁴⁶ Já nos casos de prova ilícitas, considera que haverá interesse público, reconhecendo a jurisprudência tratar-se de nulidade absoluta, de modo que não poderá haver convalescimento.²⁴⁷

Parece, no entanto, possível admitir o saneamento dos vícios que deram origem à prova ilícita, de modo que não haja necessidade de desentranhamento das provas consideradas ilícitas. Nessas hipóteses podemos entender, da mesma forma, que não há prejuízo na manutenção daquele elemento de prova, uma vez que o vício foi sanado.

Um desses casos ocorre quando a prova ou elemento de prova material pode ser nova e identicamente acostado aos autos. Por exemplo, uma violação de sigilo bancário por parte de uma instituição bancária que, sem autorização, entregou informações de um determinado cidadão a sua ex-mulher, que as utiliza para instruir uma ação de cobrança de alimentos. A prova é ilícita, mas o juiz pode, caso considere presentes fundamentos suficientes, determinar que o banco entregue em juízo as mesmas informações. Desse modo, não há prejuízo algum para o correntista se o juiz fundamentar a quebra de sigilo bancário e determinar, em lugar do envio dos documentos bancários diretamente a juízo, a manutenção das provas obtidas ilicitamente nos

²⁴⁵ PICO I JUNOY, Joan. La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil. *Justitia: Revista e derecho procesal*, 2005, n 3-4.

²⁴⁶ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória. Perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 141.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 143.

autos²⁴⁸. É uma espécie de sanatória da ilicitude provocada. O mesmo acontece no caso de documentos obtidos com violação de sigilo fiscal, comercial, profissional, telefônico ou de qualquer outra natureza que possa ter sua quebra determinada pelo mesmo juízo perante o qual as provas são apresentadas.

Nesse sentido, Ávila considera que

quando o juiz julgar um requerimento de exclusão de documentos relativos a sigilo bancário, fiscal e telefônico, deverá analisar se estão presentes os requisitos de autorização da violação desses sigilos (de forma genérica, o *fumus boni iuris* e a indispensabilidade); caso presentes os requisitos, poderá o juiz conceder a autorização judicial e realizar a convalidação posterior da prova. Tal solução é informada pela instrumentalidade das formas, pela ausência de prejuízo, pelo princípio da economia processual e pela compatibilização da persecução penal eficiente com as garantias individuais.²⁴⁹

O mesmo raciocínio pode ser aplicado para os casos de aproveitamento de provas produzidas em outro processo, quando a sua utilização depende de autorização do juiz do processo original, como no caso de prova material decorrente de interceptação telefônica, ou de provas produzidas em um processo sujeito ao segredo de justiça, e que tenham sido aportadas aos autos sem a devida autorização judicial.

O saneamento pode ser adotado em casos de busca e apreensão ilícitas, caso o juiz entenda que estão presentes os pressupostos para autorizá-la. Isso porque se um documento foi apreendido em uma busca domiciliar sem ordem judicial, por exemplo, por se acreditar na presença de um flagrante delito, ou desbordando dos limites do mandado, não será lógica a devolução do documento para uma subsequente nova apreensão, determinada por parte do juiz. Não faz sentido querer garantir um “direito” de sumir com a prova relevante para assegurar um tempo entre a devolução do elemento de prova e a nova busca. Mesmo nos casos de prisão decorrente de flagrante delito efetuada fora dos seus pressupostos legais, mas em situação que admitiria a decretação da prisão preventiva, admite-se a permanência do sujeito preso, apenas com a mudança do título da custódia.

²⁴⁸ Nesse sentido a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal: “EMENTA: Habeas corpus - Quebra de sigilo bancário e fiscal - Prova ilegítima - Decisão não fundamentada - Ofensa ao art. 93, IX da CF - Nulidade declarada pelo STJ, que indeferiu, no entanto, o desentranhamento dos documentos fiscais e bancários - Decisão judicial posterior, devidamente fundamentada, decretando nova quebra do sigilo - Ausência do vício que contaminava a decisão anterior, legitimando a prova produzida - Desentranhamento que, diante desse novo quadro, se mostra desarrazoado e contrário à economia processual - Habeas corpus indeferido. (HC 80.724/SP, relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 20.03.2001).

²⁴⁹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 230.

É ainda oportuno lembrar que, nesses casos, do ponto de vista material de quem sofreu a busca sem ordem judicial ou desbordando da mesma, pode não ter havido qualquer prejuízo. Para o “buscado” não há diferença entre sofrer uma busca com ordem judicial ou sem, caso a execução por parte dos agentes públicos se dê da mesma forma, como previsto na regulamentação. O incômodo é o mesmo, as provas apreendidas são as mesmas, assim como as demais circunstâncias. Isso é um ponto importante a ser levado em consideração antes de se determinar o desentranhamento da prova acoimada de ilícita, assim como a boa-fé dos executores da medida, como, por exemplo, no caso de o mandado ter sido expedido por juiz incompetente sem conhecimento desse fato.

Quanto a este ponto, Ávila lembra que a

jurisprudência alemã tem entendido que, ainda quando a prova seja produzida de forma irregular, caso uma nova decisão pudesse reproduzir a prova nos mesmos termos, não haverá necessidade de declaração da inadmissibilidade. Tal ocorre nas provas decorrentes de extração de sangue, para as quais o art. 81^a da Strafprozessordnung (StPO) exige que a medida seja autorizada pelo juiz e realizada por um médico. Ainda que a medida seja autorizada meramente por um policial ou realizada por um enfermeiro, a prova será admissível, pois uma autorização permitiria reproduzir a prova nos mesmos termos, o que é denominado na doutrina cursos causais hipotéticos (uma versão tedesca da descoberta inevitável)²⁵⁰.

Observe-se que nessa hipótese a “descoberta é inevitável” é utilizada para validar a prova diretamente obtida por meios ilícitos e não a prova derivada. O raciocínio é o seguinte: se o enfermeiro não tivesse extraído o sangue, inevitavelmente, pelo curso normal da investigação, a extração seria feita por médico e a prova seria validamente obtida. Aqui se deve aplicar o mesmo critério a qual se referiu quando se estudou o princípio do prejuízo: a descoberta inevitável somente pode ser utilizada *a posteriori* para deixar de desentranhar uma prova ilicitamente obtida, jamais para, previamente, deixar de cumprir a norma sob o fundamento de que se o cidadão alemão não permitir a extração do sangue por enfermeiro, inevitavelmente ele será extraído por médico. Novamente, é necessário lembrar que a conduta ilícita não pode ser praticada, mesmo que se possa vislumbrar a inaplicabilidade da sanção por outro motivo.

Segundo Cordero, o critério a que se deve ater para estabelecer se as provas ilícitas sejam utilizáveis ou não é aquele de ver se o órgão judiciário tem o poder de apreensão coativa dos elementos de prova trazidos aos autos. A prova seria adquirida validamente todas as vezes em

²⁵⁰ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 166.

que o juiz a pudesse haver apreendido *manu militari*, não seria se tal poder não existe. O funcionário deve ser punido, mas o seu comportamento é irrelevante para fins de admissibilidade do meio de prova.²⁵¹

Dilcher chega à mesma conclusão: a admissibilidade da produção da prova em juízo depende do poder processual de utilizar o meio de prova em questão: tratando-se de documento ou de coisa sobre a qual possa recair inspeção judicial, a admissibilidade da prova ocorre nas mesmas hipóteses em que se reconhece ao juiz o poder de determinar inspeção judicial. No caso de prova por declarações, as restrições à admissão da prova ilícita prendem-se ao direito de recusar as mesmas ou a determinadas proibições de prova baseadas no dever de segredo.²⁵²

Assim, na esteira do raciocínio de Cordero e Dilcher, se o juiz tem o poder de determinar a produção daquela prova coativamente, é possível manter o elemento de prova obtido de forma ilícita nos autos. Se uma parte obtém à força um objeto litigioso para exibição em juízo, a prova foi obtida por meio ilícito. No entanto, se, no caso específico, o juiz poderia mandar exhibir ou apreender a coisa, não faria sentido que fosse escalado um oficial de justiça para devolver a coisa e ao mesmo tempo apreendê-la novamente, agora com ordem judicial.

Não é possível fazer esse raciocínio no caso de provas que não poderiam ser novamente determinadas pelo juiz, no momento da decisão. Se uma pessoa introduziu-se clandestinamente no domicílio alheio e ouviu ou gravou uma conversa, em razão da fugacidade da palavra falada, não poderia o juiz determinar essa introdução no momento em que tem que decidir sobre a validade da prova, de modo que esta deve ser inadmitida, salvo se, deva ser aproveitada com base no princípio da proporcionalidade como se verá no próximo capítulo.

Também se pode considerar que a aceitação da parte contra quem a prova foi produzida tem o efeito de promover o saneamento do vício e a admissão da prova ilícita.²⁵³

²⁵¹ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Milano 1966, p. 575-576. Apud VIGORITTI, Vincenzo. *Prove illecite e Costituzione*. *Rivista di Diritto Processuale*, 1968, p. 70. Vigoritti, no entanto, no mesmo artigo citado, não concorda com esse raciocínio: “Mesmo se a proibição probatória não fosse explicitamente prevista pela lei, isso talvez pudesse se extraído do sistema, que, subordinando a colheita de provas pelas autoridades investigativas a certos limites, estabelecidos para a garantia de situações extraprocessuais, não se pode consentir que os resultados obtidos violando esses limites possam de qualquer forma serem utilizados em juízo.” Tradução nossa.

²⁵² ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 213.

²⁵³ “EMENTA: HABEAS CORPUS. PREFEITO MUNICIPAL. ARTIGO 1º-I DO DECRETO-LEI 201/67. CONDENAÇÃO. PROVA ILÍCITA. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. FALTA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ORDEM DENEGADA. A quebra do sigilo bancário - não observado o disposto no artigo 38-§1º da Lei 4.595/64 - não se traduz em prova ilícita se o réu, corroborando as informações prestadas pela instituição bancária,

No julgamento do HC 70.814 pelo STF um dos argumentos levado em conta pelo STF foi o fato de o acusado ter solicitado, em suas alegações finais, a manutenção da carta nos autos para a sua utilização em favor da defesa²⁵⁴. Essa situação é uma forma de convalidação posterior por reafirmação do titular do direito. Essa exceção de convalidação possui especial ligação com a exceção de vício diluído (nexo causal atenuado), para as provas ilícitas por derivação, como visto anteriormente.

De qualquer modo, não se pode esquecer que não se está mais no campo da exclusão da ilicitude. Dessa forma, ainda que da ilicitude não tenha resultado prejuízo; ou que tenha precluído a alegação em juízo; ou tenha sido saneada de modo que a prova obtida em decorrência seja aproveitada; serão aplicáveis as sanções administrativas e penais aos praticantes dos atos ilícitos, uma vez que, de qualquer modo, a conduta deve ser reprimida. Não se justifica a mera repetição do ato ou a inutilização da prova sem as sanções cominadas pelas normas materiais.

4.4 Contraditório

É também indispensável que a questão sobre a ilicitude de uma prova seja submetida ao contraditório. O contraditório é verdadeiramente o princípio-base do processo de modo que uma decisão que seja tomada sem obediência ao contraditório padece de um vício gravíssimo.

A decisão de admissão de um meio de prova pelo juiz só tem efeitos depois de submetida ao contraditório. Tanto para admissão da prova, que deve estar sujeita à contradita pela parte adversa, ou por outros sujeitos processuais, como o Ministério Público; quanto para a exclusão da prova, quando arguida pela parte contrária. Antes de mandar desentranhar a prova ilícita, o juiz deverá ouvir a parte contrária.

Alexandre considera que “se, no momento da respectiva admissão, não existiam elementos que permitissem suspeitar da sua obtenção ilícita, por ser impossível conhecer o conteúdo do meio de

utiliza-as para sustentar sua defesa. Ordem denegada. (HC 74.197/RS, relator Ministro Francisco Rezek, julgado em 26.11.1996)

²⁵⁴ “De qualquer maneira, porém, não se pode deixar de assinalar que o próprio paciente _ não obstante a sua impugnação à alegada interceptação da carta referida _ postulou expressamente, em suas alegações finais, que essa correspondência epistolar fosse mantida nos autos, pois desejava utilizar o conteúdo da missiva como prova em favor da defesa.” Trecho do voto do relator Ministro Celso de Mello no HC 70.814/SP, julgado em 1º. 03.1994.

prova, então a parte interessada não teve a possibilidade de exercer o contraditório, pelo que deve poder fazê-lo posteriormente.”²⁵⁵

Para Cabral,

a proibição da cognição de ofício sem prévia oitiva das partes é uma consequência do contraditório que sem demora deve ser aplicada às nulidades processuais. As nulidades precisam ser conhecidas e pronunciadas dentro de um contexto cooperativo e participativo. Não pode haver decretação de invalidade sem oitiva prévia das partes, e mesmo naqueles vícios mais graves, que ocasionarem as ‘nulidades absolutas’ tradicionalmente definidas como cognoscíveis de ofício.²⁵⁶

Assim, propugna-se que, somente depois de exercido o contraditório pelas partes interessadas o juiz pode inadmitir ou mandar desentranhar um elemento de prova considerado ilícito, mesmo sendo matéria de ordem pública e pronunciável de ofício.

Na Espanha, a Ley de Enjuiciamiento Civil, no artigo 287 prevê obrigatoriamente um procedimento em contraditório para impugnação da ilicitude da prova:

Ilicitud de la prueba.

1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes.

Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba.

A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud.

2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva.

Já para as provas ilegítimas, a disposição é diversa e vem prevista no artigo 283 da mesma Ley de Enjuiciamiento Civil: “Artículo 283. Impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria (...)

3. Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley.”

Picó i Junoy observa que, na Espanha, o artigo 287 da Ley de Enjuiciamiento Civil prevê um incidente contraditório para quando se haja inadmitido uma prova ilícita, de modo que está excluída a possibilidade de um pronunciamento judicial prévio que inadmita a prova em razão de

²⁵⁵ ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 265.

²⁵⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 251.

sua ilicitude. Isso se deveria, em primeiro lugar, a que o regime do recurso contra a inadmissão da prova impede a produção de provas para fundamentar a ilicitude arguida, o que é básico para apreciar a vulneração de um direito fundamental. Em segundo lugar, não haveria sentido em prever um duplo mecanismo de proteção judicial, um mais restrito e outro mais amplo, frente a uma prova ilícita em função do momento — inicial ou superveniente — em que esta seja apreciada pelo juiz. Acrescenta que se o juiz aprecia, *in limine*, uma suposta ilicitude da prova, deverá admiti-la e iniciar o procedimento incidental contraditório previsto no mesmo dispositivo.²⁵⁷

Picó i Junoy defende que, mesmo que o juiz identifique a ilicitude no momento de sentenciar, deverá provocar uma audiência contraditória para que as partes possam defender-se, procedimento que, entre nós, se chama “conversão do julgamento em diligência”. Tal postura seria mais garantista do que a mera desconsideração do resultado da prova na sentença, o que faria com que a parte prejudicada devesse impugnar a desconsideração da prova somente em apelação, e aponta quatro motivos: a) o respeito ao direito à prova, que impõe ao juiz leve em consideração o resultado das provas produzidas; b) evitar decisões judiciais que causem surpresa e violação do direito de defesa do litigante que confiava na eficácia da prova desenvolvida no processo; c) a garantia do princípio do contraditório, por meio da audiência prévia das partes; e d) permitir uma solução mais justa para a ilicitude probatória, uma vez que a participação das partes permite ao juiz obter a maior quantidade de dados possíveis para que possa julgar com pleno conhecimento de causa²⁵⁸.

Não se pode esquecer que o desrespeito ao contraditório poderá ser a própria causa da nulidade do ato processual probatório ou da prova ilícita pré-constituída. Como o contraditório é uma regra eminentemente processual, a sua violação no curso do processo não importa em ilicitude da prova, salvo no que se refere ao aproveitamento dessa prova em outro processo como prova emprestada. A prova emprestada somente é lícita se obedeceu ao contraditório no processo de origem. Observe-se que as provas materiais, como documentos ou gravações, obtidas de outro processo não são provas emprestadas, mas mantêm a sua natureza no novo processo, sendo produzidas por ocasião de sua juntada aos autos e submetidas ao contraditório normalmente durante o processo.

²⁵⁷ PICO I JUNOY, Joan. La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil. *Justitia: Revista e derecho procesal*, 2005, n 3-4.

²⁵⁸ *Ibid.*, loc. cit.

5 Provas ilícitas a luz da teoria da proporcionalidade

Como expusemos anteriormente, a máxima ou princípio da proporcionalidade tem sido largamente admitido pela doutrina e pela jurisprudência para justificar o aproveitamento das provas ilícitas no processo civil. Antes, no entanto, de abordarmos especificamente o tema da proporcionalidade nas provas ilícitas, temos que procurar compreender o que seja o princípio da proporcionalidade.

5.1 *Princípio da proporcionalidade*

A proporcionalidade, apesar de correntemente chamada de “princípio”, não é propriamente um princípio no quadro da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, É considerada um procedimento de aplicação normativa.

As normas jurídicas têm sido classificadas entre princípios e regras. Regras são as normas jurídicas que associam uma consequência a uma hipótese normativa de forma objetiva. Já princípios são concebidos como mandados de otimização que devem ser realizados na maior medida fática e jurídica possível.

Essa maior medida possível é alcançada por meio do confronto com as outras normas do sistema, em especial os princípios antagônicos. A proporcionalidade aparece como procedimento para resolver as colisões normativas e extrair a norma jurídica aplicável ao caso concreto. Não pode ser considerada um princípio uma vez que não deve ser aplicada na maior medida possível e não se sujeita à ponderação com outros princípios.

Alexy explicou a máxima da proporcionalidade a partir dos julgados do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Observou que a aplicação da proporcionalidade poderia ser decomposta em três submáximas ou subprincípios: a adequação ou idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação está relacionada à relação entre fins e meios. O meio é adequado se é apto a alcançar o fim a que se destina. A necessidade pressupõe a escolha do meio menos oneroso para os direitos fundamentais. Já a proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação entre os

diversos princípios afetados para que se escolha o meio que mais promova um determinado direito fundamental ao mesmo tempo que restrinja menos o direito, ou os direitos contrapostos.

Dessa forma, em relação ao “conteúdo” ou “princípios parciais” que integram a proporcionalidade, Steinmetz conclui:

O primeiro passo para a correta compreensão do princípio da proporcionalidade é a identificação e a análise de seus elementos estruturais, também denominados ou de princípios parciais, ou de subprincípios. Essa decomposição, realizada pela jurisprudência e doutrina alemãs, tornou operacional a compreensão e a aplicação do princípio, dando densidade concretizadora a um princípio que, à primeira vista, parece impreciso, indeterminado. Firmou-se que o princípio da proporcionalidade é constituído por três subprincípios parciais: princípio da adequação (*Grundsatz der Geeignetheit*); princípio da necessidade, por vezes denominado também de princípio da exigibilidade ou princípio da indispensabilidade (*Grundsatz der Erforderlichkeit*); e princípio da proporcionalidade em sentido estrito (*Grundsatz der Verhältnismässigkeit in engeren Sinne*).²⁵⁹

Segundo o que preconiza a exigência de adequação, a verificação da idoneidade da medida deve ser feita sob o enfoque negativo, de forma que, apenas quando essa se mostrar inequivocadamente ineficaz em relação ao seu fim, constitui-se a inadequação.²⁶⁰

Por sua vez, para o cumprimento da exigência de necessidade (ou exigibilidade), havendo dois meios de promover o mesmo princípio, a escolha deve recair sobre o meio que seja menos gravoso, isto é, o meio que interfira o menos intensamente possível nos demais princípios eventualmente em concorrência. Assim, a necessidade tem como pressuposto a exigência de que qualquer medida tomada não possa ser substituída por outra igualmente eficaz e menos onerosa.

O terceiro subprincípio da proporcionalidade, ao qual também está sujeito a ponderação, é a proporcionalidade em sentido estrito. Segundo Alexy, trata-se da ideia de otimização em relação às possibilidades jurídicas, estabelecendo-se que quanto maior o grau de não satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o princípio concorrente. Dessa forma, Alexy afirma que a proporcionalidade em sentido estrito, também chamada de lei da

²⁵⁹ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 148-149.

²⁶⁰ PENALVA, Ernesto Pedraz. *Constitución, jurisdicción y proceso*. Madri: Akal, 1990, p. 294-295, Apud COURA, Alexandre de Castro. *Para uma análise crítica da vedação constitucional de provas ilícitas – Contribuições para garantia dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito*. Tese de doutoramento em direito constitucional. Orientação: Menelick de Carvalho Netto. Coorientação: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, Belo Horizonte, nov. 2007, p.133.

ponderação, relaciona-se diretamente com a tese de que a otimização relativa de princípios concorrentes consiste justamente no balanceamento, ou ponderação, desses princípios.

A proporcionalidade está ligada à estrutura principiológica das normas de direitos fundamentais. Todos os princípios são normas e devem ser obedecidos. Há, no entanto, uma necessidade de compatibilizar princípios que levariam a soluções diversas, ambos incidindo sobre a mesma situação concreta. Como essa incidência deve ser “na maior medida possível” a proporcionalidade será o itinerário a ser seguido para compatibilizá-los.

São possíveis ainda conflitos entre regras e princípios, que se resolvem como conflitos entre o princípio e outro princípio que serve de base para a regra.

Aplicar a proporcionalidade para a norma que veda as provas ilícitas pressupõe um conflito entre princípios jurídicos opostos. Determinar quais são os princípios jurídicos que estão em oposição quando da aplicação da norma que veda as provas ilícitas é trabalho do intérprete, com base nos rumos apontados pela doutrina e jurisprudência.

Segundo Cambi, na atividade de interpretação sistemática da Constituição,

é imprescindível que o juiz se valha do *princípio da proporcionalidade*, pelo qual se faz o balanceamento dos interesses e dos valores constitucionais em conflito, a fim de poder decidir qual dos direitos deve prevalecer e em que medida o outro deve ser sacrificado. Desse modo, o princípio da proporcionalidade é uma fórmula que permite a interpretação sistemática da Constituição, operacionalizando o equilíbrio dos vários valores e interesses, abstratamente contidos no texto constitucional, que podem se contrapor diante das circunstâncias particulares de cada causa.²⁶¹

Avolio observa que a ideia de proporção se confunde com a própria noção de direito, remontando aos arquétipos do pensamento jurídico ocidental. Haveria, no entanto, uma concepção atual da proporcionalidade com um sentido técnico específico na teoria do direito e no direito público germânicos que seria “uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que estão sub-rogados.”²⁶²

Para Avolio, a primeira decisão do Tribunal Constitucional Alemão em que o princípio é clara e precisamente formulado, em 16.03.1971, afirma que:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro

²⁶¹ CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil Admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 71

²⁶² AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 55-57.

igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.²⁶³

No Brasil, a doutrina de uma forma geral admite a existência e validade do chamado princípio da proporcionalidade, havendo variação quanto aos dispositivos constitucionais que lhe servem de fundamento.

Para Carnaúba, o princípio da proporcionalidade, na Constituição de 1988 é firmado pelo disposto no §2º do artigo 5º, que dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Segundo a autora “esse dispositivo visa, justamente, evitar que haja injustiças decorrentes da aplicação intransigente de qualquer norma prevista no artigo em que se insere. Assegura que as normas nele insertas são a regra desde que não excluam outros direitos igualmente tutelados pela Constituição.”²⁶⁴

Para Barroso, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade faz parte do Direito Constitucional pátrio, e, assim, pode ser aplicado pelo intérprete ao caso concreto, pois “integra de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não escrito.”²⁶⁵

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também tem aplicado o princípio da proporcionalidade. 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, em 26 de junho de 2003, no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 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.

²⁶³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 58.

²⁶⁴ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 100.

²⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade do Direito Constitucional. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro* n.º4, 1996, p. 174.

5.2 Proporcionalidade e provas ilícitas no processo penal

Como a proporcionalidade é aplicável aos conflitos entre princípios jurídicos constitucionais de uma forma geral, ela também se aplica às colisões de princípios em matéria probatória, em especial no que se refere à rejeição da prova obtida por meios ilícitos.

Já foi dito acima que o próprio princípio que veda a admissão de provas obtidas por meios ilícitos é uma limitação do direito constitucional à prova. Dessa forma, os problemas jurídicos decorrentes da colisão entre esses dois princípios devem ser resolvidos à luz da proporcionalidade. A Constituição não admite nem a aniquilação do direito à prova, nem a desconsideração da vedação às provas ilícitas.

A colisão entre os princípios do direito à prova e o da vedação às provas ilícitas pode ser considerada o primeiro nível de colisão de princípios nessa matéria. Além desses, nos casos concretos, certamente existem outros em conflito.

Em matéria penal é comum a doutrina citar o conflito entre o direito de liberdade do acusado e o dever de garantir a segurança pública, ou o combate ao crime, por parte do Estado, como aponta Vigoritti, para quem “se trata de atribuir um valor prioritário ou ao interesse público à repressão dos crimes, ou ao interesse, igualmente público, à tutela da liberdade dos indivíduos contra invasões injustificadas por parte dos poderes públicos.”²⁶⁶

Há também o conflito entre os princípios mediatemente defendidos pela vedação da prova ilícita e os mediatemente defendidos pela persecução criminal. Assim, pode haver colisão entre o direito à intimidade do acusado, enquanto vítima de uma interceptação telefônica ilícita, e o direito de liberdade da vítima de um sequestro, que é localizada por meio daquele meio de prova. Da mesma forma, um conflito entre a liberdade do acusado, enquanto preso ilegalmente, e a paz pública, que ele ameaçou prometendo explodir uma bomba, por exemplo.

Grinover, Fernandes e Gomes Filho fazem referência à utilização, na Alemanha, do critério de proporcionalidade para, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, admitir a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes. Consideram que o princípio da proporcionalidade tem sido admitido para afastar resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes que decorreriam da inadmissão da prova ilicitamente

²⁶⁶ VIGORITTI, Vincenzo. Prove illecite e Costituzione. *Rivista di Diritto Processuale*, 1968, p. 66, tradução nossa.

colhida em situações extraordinárias. Para os autores, a Constituição não afasta radicalmente nenhuma tendência em matéria de admissão da prova ilícita que beneficie a defesa, adoção do princípio da proporcionalidade, e vício da prova regular derivada da ilicitamente obtida, uma vez que “os direitos e garantias fundamentais não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio de sua convivência, que exige interpretação harmônica e global das liberdades constitucionais.”²⁶⁷,

Para Fernandes,

a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada.²⁶⁸

O autor analisa duas hipóteses específicas. No caso de prova ilícita *pro reo* estariam em confronto duas normas constitucionais de conteúdo processual, quais sejam: a norma que veda a utilização de prova ilícita e a norma que garante a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. No caso da violação do sigilo da correspondência dos presos para impedir fuga de presídio e prática de sequestro de juiz de direito, estão em questão normas constitucionais de natureza material: o sigilo da correspondência, a segurança dos presídios e a vida do juiz.

Em matéria penal, a doutrina é unânime em admitir a prova ilícita *pro reo*, como meio de provar a sua inocência. Já a admissão de provas obtidas por meios ilícitos *pro societate*, ou para defesa dos direitos das vítimas, principalmente em casos de crimes graves, é mais controversa, como veremos a seguir.

5.2.1 Proporcionalidade e prova ilícita *pro reo*

A utilização de prova ilícita *pro reo*, ou seja, em benefício da defesa, é admitida de forma geral²⁶⁹. Considera-se que não seria admissível que uma garantia processual do cidadão (a vedação às provas ilícitas) se voltasse contra este, para favorecer o Estado.

²⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; Fernandes, Antonio Scarance; Gomes Filho, Antonio Magalhães. As Nulidades no processo penal. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 161, 169.

²⁶⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3. ed. rev. ampl. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 88.

²⁶⁹ Cf. ROQUE, André Vasconcelos. O estado de necessidade processual e a admissibilidade das provas (aparentemente) ilícitas. *Revista de Processo*, ano 32, n. 153, nov. 2007, p.324. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Intercaptações telefônicas e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999, p.

Oliveira, por exemplo, sustenta que a

prova da inocência do réu deve sempre ser aproveitada, em quaisquer circunstâncias. Em um Estado de Direito não há como se conceber a ideia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser inocente. Em tal situação, a jurisdição, enquanto Poder Público, seria, por assim dizer, uma contradição em seus termos. Um paradoxo jamais explicado ou explicável.²⁷⁰

O autor considera ainda que o aproveitamento da prova ilícita *pro reo* constitui-se em aplicação objetiva do princípio da proporcionalidade, seja porque a violação de direitos na busca da prova da inocência poderá ser considerada albergada pelo estado de necessidade como visto acima, seja porque “o princípio da inadmissibilidade de prova ilícita constitui-se em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é o seu primitivo e originário titular.”²⁷¹

Bastos, referindo-se de modo especial à prova ilícita *pro reo* salienta que, a despeito do caráter peremptório do texto constitucional, a norma está a exigir “alguns temperamentos”, prestigiando o interesse social da realização de justiça em detrimento do direito individual encarnado em uma pessoa²⁷².

Segundo Avolio, o mesmo argumento em prol da contenção do arbítrio policial, utilizado a *contrario sensu*, mas sempre voltado às garantias individuais contidas na IV Emenda, permitiu o acolhimento da prova ilícita *pro reo* pela Suprema Corte norte-americana. Assim, para evitar que a polícia, intencionalmente, viciasse a prova favorável à defesa, admite-se a prova ilícita que beneficie o réu. Ressalta-se, pois, o enfoque do sistema americano, em tema de exclusão probatória, voltado precipuamente ao processo penal e à autoridade pública, e que se manifesta nas tendências de não afastar do processo as provas decorrentes de violações praticadas por particulares, e de não estender as regras de exclusão a outros campos do direito.²⁷³

A admissão da prova ilícita *pro reo* não está, no entanto, abrangida na regra que proíbe a admissão das provas ilícitas. Ela é deduzida, corretamente, a partir do princípio proteção à liberdade e a inocência, mesmo que em prejuízo do devido processo legal. Aqui é invocável o

67. ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 104.

²⁷⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 330.

²⁷¹ Ibid., loc. cit.

²⁷² BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 273.

²⁷³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999, p. 69.

brocardo *summum ius summa iniuria* uma vez que a aplicação literal do texto constitucional traria o efeito exatamente contrário ao pretendido pela norma.

O Código de Processo Penal português, no artigo 126, estabelece a proibição de alguns métodos de prova mesmo que o resultado seja favorável à defesa, nos casos de provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. Alexandre observa que essa norma deve-se não apenas ao fato de estarem em causa direitos indisponíveis, mas também visa a evitar que se crie nos tribunais uma espécie de presunção judicial de culpa dos acusados que não desejam submeter-se à narcoanálise, ao polígrafo ou à hipnose.²⁷⁴ Já nas provas em que tenham sido violados direitos referentes à vida privada, ao domicílio, à correspondência ou às telecomunicações, admite-se o uso com o consentimento do titular, não importando se favoráveis ou prejudiciais à defesa, nos termos do mesmo dispositivo legal.

Mesmo que favoráveis à defesa, se a ilicitude da prova colocar em risco a credibilidade da mesma, não poderá ser aceita, como no caso de alguém que assuma a culpa mediante tortura. A prova não é, obviamente, válida para incriminar o torturado, mas não é igualmente aproveitável para inocentar outra pessoa que esteja sendo processada com base em outras provas porque o método de obtenção da confissão retira totalmente a sua credibilidade.

Mas se é admissível a proporcionalidade na aplicação da norma, por que esta somente poderia ceder em face do direito de ampla defesa e proteção ao *status libertatis* e não em face de mais nenhum dos outros princípios constitucionais?

É nesse sentido a consideração de Polastri, para quem, no Brasil, na esteira de Grinover, é defendido o princípio da proporcionalidade somente a favor do réu. Todavia, em casos excepcionais, para se protegerem outros valores constitucionais idênticos ou até mais relevantes do que os violados na coleta da prova, dever-se-ia admitir a produção da prova ilícita. Ressalta, ainda, que essa posição é defendida no Brasil por Barbosa Moreira, Camargo Aranha, Moniz Aragão e Sergio Demoro Hamilton, dentre outros, e que vigora majoritariamente na doutrina e jurisprudências alemãs.²⁷⁵

²⁷⁴ ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 241.

²⁷⁵ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória. Perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 128-129.

5.2.2 Proporcionalidade e crimes graves no processo penal

O Supremo Tribunal Federal já afirmou categoricamente que é inadmissível a utilização do princípio da proporcionalidade para considerar a gravidade de crime como critério de ponderação sobre a admissão de uma prova obtida por meio ilícito.²⁷⁶ No entanto, atualmente são vários os autores²⁷⁷ que sustentam que a proporcionalidade deve ser aplicada igualmente para admitir o aproveitamento de provas ilícitas em casos de crimes graves, em que a violação dos direitos fundamentais por parte do criminoso seria muito mais grave do que a violação dos direitos do acusado, por exemplo, que tenha gerado uma prova ilícita.

Entre esses autores podemos indicar Hamilton, que não vislumbra razão plausível para que não se adote, igualmente, a teoria da proporcionalidade *pro societate*²⁷⁸, e Barbosa Moreira para quem “se a defesa — a diferença da acusação — fica isenta do veto à utilização de provas ilegalmente obtidas, não será essa disparidade de tratamento incompatível com o princípio, também de nível constitucional, da igualdade das partes?” Este autor observa que, numa situação de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, os grupos criminosos estão muito mais bem armados que a polícia, de modo que não lhes será mais difícil munir-se de provas por meios ilegais. E dá como exemplo a coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcotráfico, já que não “passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que algum morador da área declare à polícia, ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado o ‘poderoso chefe’ local.”²⁷⁹

Oliveira considera que a aplicação do critério de proporcionalidade para admitir a prova ilícita em favor da acusação somente poderá ocorrer nas hipóteses em que não estiver em risco a

²⁷⁶ “(...)II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. (...) (HC 80.949/RJ Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 30.10.2001)”.

²⁷⁷ Citem-se também as seguintes dissertações, ainda inéditas: BARONE, Marcelo Luiz. *Provas ilícitas “Pro societate” e o Princípio da Proporcionalidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) Orientador: Marco Antônio Marques da Silva – Programa de Estudos pós-graduados em direito, Pontífice Universidade Católica Católica de São Paulo, São Paulo, 2002; PISTORI, Fábio Neri Pistori. *Provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade no processo penal*. Dissertação (Mestrado em Direito). Orientação: Edinilson Donisete Machado – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Marília, 2008.

²⁷⁸ HAMILTON, Sergio Demoro. As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito. In ____ *Processo Penal: reflexões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 265.

²⁷⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas: In: ____ *Temas de direito processual*, sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 113.

finalidade da norma da inadmissibilidade, que seria a função de controle da atividade estatal. Entende possível quando não se puder falar no incremento ou estímulo da prática de ilegalidade pelos agentes produtores de prova, dando como exemplo as provas ilícitas obtidas por particulares e entregues aos órgãos persecutórios.²⁸⁰

A possibilidade de aplicação da proporcionalidade *pro societate* é defendida por Ávila considerando a dupla dimensão da proporcionalidade no direito penal e processual penal. Os direitos fundamentais devem ser analisados sob duas perspectivas uma vez que são necessárias garantias de proteção do indivíduo contra a coletividade, mas também garantias de proteção da coletividade contra o indivíduo. Não é possível reduzir essa realidade a um conflito binário de princípios “segurança pública *versus* liberdade individual”. Na verdade, há uma tensão dialética de “direitos fundamentais *versus* direitos fundamentais”. De acordo com Ávila:

A proteção da liberdade individual é um interesse coletivo, na medida em que a proteção dessa esfera particular é um pressuposto da possibilidade de participação do indivíduo na coletividade, bem como a promoção dos valores comunitários é de interesse dos indivíduos que compõem a coletividade.²⁸¹

Em razão do exposto, pelo menos no caso de utilização da prova ilícita para comprovar a inocência do acusado, não há questionamento de que ela é admissível, contrariamente ao que prevê a letra da Constituição. Se nessa situação é admissível uma exceção ao disposto no artigo 5º, LVI da Constituição, pela necessidade de ponderação de interesses com outro vetor constitucional, não há dúvidas em afirmar que tal dispositivo configura um princípio, segundo a classificação de Alexy: o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.²⁸²

Desse modo, não é possível argumentar que, tendo a Constituição estabelecido a inadmissibilidade das provas ilícitas, já teria o texto constitucional eleito a relação de precedência entre os interesses em conflito na licitude probatória, e tal eleição dispensaria qualquer ponderação, uma vez que isso implicaria considerar de antemão um princípio como sendo absoluto.

Assim, sendo a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos um princípio, cabe verificar se a ponderação desse princípio com outros valores pode, em determinados casos, levar à admissão de provas ilícitas no processo civil.

²⁸⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.330.

²⁸¹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 60.

²⁸² Cf. *Ibid.*, p. 104.

5.3 Provas ilícitas e proporcionalidade no processo civil

Também no processo civil, a doutrina e a jurisprudência recorrentemente fazem referência à proporcionalidade como justificativa para a aceitabilidade no processo de provas obtidas por meios ilícitos.²⁸³

Segundo Silva, nem sempre as provas obtidas por meio ilegítimos serão repudiadas de forma absoluta. Relata que

em determinadas circunstâncias, tem-se admitido o uso de provas conseguidas por meios ilegítimos. É a doutrina conhecida como a do 'interesse preponderante' ou do '*bilanciamento degli interessi*', amplamente empregada pelos tribunais alemães, segundo a qual, em certas hipóteses, particularmente quando a prova ilegítima seja a única existente, deve admitir-se o seu emprego, tal como ocorre com mais frequência em processo penal.²⁸⁴

Farias cita algumas situações em que entende ser recomendável o uso de provas ilícitas no processo:

Assim, em casos excepcionais – como nas hipóteses de destituição de poder familiar, de investigação de paternidade ou de ações coletivas – há de ser admitida a prova ilícita, pois o bem jurídico a ser protegido é mais relevante do que o bem jurídico que se admite sacrificar, justificando a sua utilização. Em outras palavras, é a ponderação dos interesses no caso concreto que deverá nortear a decisão judicial (...) prestigiando-se o valor jurídico mais relevante.²⁸⁵

Sarmento também propõe o exemplo de uma ação de destituição de pátrio poder em que existam provas ilícitas evidenciando a prática de abuso sexual dos genitores contra o menor. Nesse caso, entende que o direito à dignidade e ao respeito do ser humano em formação, assegurado, com absoluta prioridade, pelo texto constitucional no artigo 227, assume peso superior ao do direito de privacidade dos pais da criança, de modo que estaria justificada a admissibilidade do uso da prova ilícita.²⁸⁶

Alexandre se mostra cética quanto à viabilidade da utilização da ponderação de interesses para viabilizar o aproveitamento das provas obtidas por meios ilícitos no processo civil. Isso porque a autora considera que a existência de um interesse da parte que apresenta a prova ilícita não pode

²⁸³ Cf. KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.1993. *Ajuri: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. mar. 1996, p. 63.

²⁸⁴ SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de Processo Civil*. v. 1. Processo de Conhecimento. 7. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 339.

²⁸⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil – teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 613

²⁸⁶ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1 ed. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.182.

justificar a prática, pelo juiz, de um ato contrário à Constituição. Para ela, é difícil vislumbrar um conflito de princípios constitucionais em casos como esses. O direito à prova não poderia ser alegado como contrapeso dos direitos fundamentais violados, já que se situa em posição inferior à destes, sendo justificada a sua lesão. Por outro lado, mesmo que se admita que o conflito não se verifica entre o direito à prova de uma das partes e o direito fundamental violado da outra, a autora considera extremamente incerta a determinação dos valores em confronto: seria direito fundamental violado *versus* interesse público na descoberta da realidade? Ou seria de se ponderar com o interesse privado que se quer satisfazer com a utilização da prova?²⁸⁷

No mesmo sentido, Pinheiro observa que o perigo da subjetividade no caso da aplicação do princípio da proporcionalidade existe e que as maiores incertezas decorrem, efetivamente, da errônea individualização dos valores em jogo. Considera, no entanto, que não há como ignorar a utilização da proporcionalidade desde que aplicada a situações limites, em que a admissibilidade das provas obtidas ilicitamente acarretaria resultados menos gravesos que a sua simples inadmissibilidade.²⁸⁸

Azenha, em dissertação sobre o mesmo tema deste trabalho, depois de recolher os ensinamentos de diversos doutrinadores a respeito da aplicação da proporcionalidade em matéria de vedação às provas ilícitas, observa que o princípio da proporcionalidade não seduz entusiasmadamente os doutrinadores, embora não seja rejeitado pacificamente. Considera, ainda, que a jurisprudência brasileira não tem igualmente sido muito seduzida pelo mesmo princípio. A autora inclina-se pela aplicação da teoria da proporcionalidade somente em ocasiões extraordinárias, quando em desequilíbrio direitos fundamentais conflitantes, de forma a se obter e preservar uma harmonia entre eles. Deixa, no entanto, em aberto as questões sobre os valores que podem ser postos e confronto; os critérios para identificar os valores e interesses mais relevantes e como adequar a proporcionalidade a um sistema que veda as provas obtidas por meios ilícitos.²⁸⁹

Apesar de ser inafastável a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade para a admissão de provas ilícitas no processo civil, não é possível negar as dificuldades que a determinação dos princípios em confronto gera. Principalmente porque, como se verá, não é possível isolar apenas

²⁸⁷ ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 117.

²⁸⁸ PINHEIRO, Fernanda Letícia Soares. *Princípio da Proibição da Prova ilícita no Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 139.

²⁸⁹ AZENHA, Nívia Aparecida de Souza. *Prova ilícita no Processo Civil*. De acordo com o Novo Código Civil. 1. ed 6. tir. Curitiba: Juruá, 2009, p. 146-147.

um princípio de cada lado, mas os conflitos se dão sempre entre “constelações de princípios” que possam ser favorecidos ou desprestigiados dependendo do teor da decisão.

No processo civil, a aplicação da proporcionalidade se faz em vários níveis de conflito de princípios constitucionais. Há o conflito entre a proteção do direito material violado pela obtenção da prova ilícita e o direito à descoberta da verdade. Mas, como observam Marinoni e Arenhart, “tratando-se de processo civil, é incontestável a necessidade de uma segunda ponderação, a ser feita pelo juiz diante do caso concreto. Por meio dessa ponderação, o juiz, mediante a aplicação da regra da proporcionalidade, poderá admitir eficácia à prova ilícita.”²⁹⁰

Em razão da diversidade de litígios que são resolvidos por meio do processo civil, a definição dos bens jurídicos em confronto merece um olhar mais atento, que será feito no próximo item.

5.3.1 Determinação dos bens jurídicos em conflito

Considerando que a proporcionalidade é uma forma de resolver um conflito entre normas jurídicas, mais especificamente, um conflito entre princípios, é necessário saber de que conflito de normas se está tratando quando ela é utilizada para admitir meios de prova ilícitos.

Abelha Rodrigues indica que a ilicitude da obtenção da prova “pode contaminar sua validade desde que o bem jurídico que foi ofendido pela obtenção ilícita seja de menor relevância do que aquele que será beneficiado por tal prova.”²⁹¹

Didier Jr., Braga e Oliveira consideram mais correta a aplicação do princípio da proporcionalidade para solução do conflito direito à prova *versus* vedação da prova ilícita, de forma casuística, à luz da ponderação concreta dos interesses em jogo. Os autores consideram, no entanto, a admissibilidade de prova ilícita no processo como algo excepcional, propondo os seguintes critérios para que ocorra, no que refere ao processo civil:

- (i) imprescindibilidade: somente pode ser aceita quando se verificar, no caso concreto, que não havia outro modo de se demonstrar a alegação de fato objeto da prova ilícita, ou ainda quando o outro modo existente se tornar extremamente gravoso/custoso para a parte, a ponto de inviabilizar, na prática, o seu direito à prova; (ii) proporcionalidade: o bem da vida objeto de tutela pela prova ilícita deve mostrar-se, no caso concreto, mais digno de proteção que o bem da vida violado pela ilicitude da prova; (iii) punibilidade:

²⁹⁰ 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. 368.

²⁹¹ ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Elementos de Direito Processual Civil*. V. 1. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 317.

se a conduta da parte que se vale da prova ilícita é antijurídica/ilícita, o juiz deve tomar as providências necessárias para que seja ela punida nos termos da lei de regência (penal, administrativa, civil etc.).²⁹²

Para Avolio, a aplicação da proporcionalidade envolve um necessário subjetivismo, revestindo-se de incertezas, mas considera que as maiores incertezas derivam efetivamente da errônea identificação dos valores em jogo.²⁹³

A resposta às questões relativas à determinação dos bens jurídicos em conflito depende de uma análise mais atenta do princípio da proporcionalidade.

De um lado certamente estará a norma constitucional que veda a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que se extrai a partir do inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal, mas também outros princípios jurídicos que, naquele caso concreto sejam privilegiados pela exclusão da prova. Do outro lado, estará, em princípio a busca da verdade, ao lado dos outros princípios privilegiados pela admissão ou manutenção da prova.

Podemos exemplificar com a hipótese de uma pessoa que realiza constantemente filmagens do apartamento de seu vizinho do prédio em frente (violando sua privacidade) e que acaba descobrindo que tal pessoa costuma praticar sevícias em sua filha, menor impúbere. Em tal situação, o “curioso” não age acobertado por nenhuma excludente de ilicitude. A prova apta a demonstrar a culpa (adequação) será a única possível (necessidade). Com relação ao exame de proporcionalidade em sentido estrito, de um lado está o direito à inviolabilidade do domicílio e a proteção da intimidade, aliados à vedação das provas ilícitas. Do outro, o princípio da proteção à criança e a dignidade da pessoa humana, juntamente com o direito à prova e a busca da verdade processual. Caracterizado um conflito de direitos fundamentais, a restrição ao direito à prova não é adequada, pois o valor da proteção à criança é mais relevante na hipótese. Permitir que o pai continue praticando as agressões contra a filha violaria frontalmente o sistema de valores fundamentais consagrado na Constituição.²⁹⁴

Veja-se o caso, por exemplo, do marido que promove a interceptação telefônica de sua mulher para obter a prova de que ela o trai, com o objetivo de pedir o divórcio por culpa desta, além de

²⁹² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada, 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 38-39.

²⁹³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999, p. 66-67.

²⁹⁴ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 239.

reparação pelos danos morais sofridos. Nessa hipótese, igualmente se instaura um conflito de bens jurídicos: de um lado estão a verdade processual, a proteção ao matrimônio e à honra, ao passo que do outro, a vedação das provas ilícitas e a proteção à privacidade e ao sigilo das comunicações telefônicas.

É importante repetir que, no processo penal, junto da proibição da prova ilícita, via de regra, está o dever de proteção estatal por meio das normas penais e o dever de prestar a segurança pública. Em oposição a esses valores, também na maioria dos casos, está o direito de defesa e o direito de liberdade do acusado. Isso porque geralmente lá o conflito se dá em razão da prova ilícita produzida pela acusação. Além deles, certamente estão o específico direito fundamental violado pela prova ilícita (por exemplo: a intimidade, o sigilo das comunicações, a inviolabilidade domiciliar) e os direitos fundamentais protegidos pela norma penal (por exemplo: vida, patrimônio, liberdade sexual, administração pública).

No processo civil, no entanto, não é possível fazer uma generalização a respeito dos valores jurídicos em confronto como a oposição “segurança pública *versus* liberdade individual”. Não há como imaginar que os direitos defendidos pelo autor possam merecer prevalência sobre os direitos dos réus em razão da ampla gama de conflitos jurídicos deduzidos e da variação quanto aos bens jurídicos que podem ser defendidos ora ativamente, ora passivamente.

Assim, ao lado da ponderação entre o direito à descoberta da verdade e o direito material violado pela prova ilícita, há que se fazer o sopesamento entre o direito afirmado pelo autor e aquele violado pela prova ilícita.²⁹⁵

No processo civil, também existem os diversos níveis de conflitos entre princípios jurídicos. No primeiro nível, também está o conflito entre a vedação às provas ilícitas e o direito à prova. No entanto, cabe lembrar, com Avolio, que o direito à prova sempre é limitado pelas vedações probatórias. Assim, se os únicos interesses em jogo fossem esses dois, quando a prova ilícita fosse a única disponível para o caso concreto, a regra de exclusão nunca seria aplicada.²⁹⁶

Dessa forma, o tratamento completo do tema envolve a identificação dos direitos materiais defendidos por cada uma das partes no processo. A aplicação do princípio da proporcionalidade não se dá unicamente para resolver o conflito entre os princípios processuais: direito à prova em

²⁹⁵ Cf. 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. 371.

²⁹⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Intercaptações telefônicas e gravações clandestinas*. 3 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999, p. 65.

face da vedação às provas ilícitas, mas deve resolver os conflitos mais profundos existentes no caso.

Segundo Trocker, no julgamento do caso do “perfurador” acima analisado, o BGH vislumbrou uma contraposição entre o direito da personalidade da mulher, e o interesse objetivo no accertamento da verdade ou o interesse subjetivo do marido à obtenção de um meio de prova. Para o autor,

a doutrina, contudo, observou que a corte incorrera em erro quanto à individualização dos valores a comparar, pois, no caso, haveriam de ser balanceados, reciprocamente, os direitos da personalidade de cada um dos cônjuges. Se um deles pretendia ser tutelado contra uma indevida invasão na esfera da sua privacidade, o outro possuía o direito igualmente respeitável de dissolução do vínculo matrimonial. Nesse momento estavam sendo confrontados valores de direito material, que é exatamente o cotejo que o princípio da proporcionalidade visa estabelecer em face de uma vedação probatória.²⁹⁷

Trocker exemplifica as consequências aberrantes a que podem levar o princípio do “balanceamento de interesses” e o da proporcionalidade, quando se determinam de modo errado os valores contrapostos e se ignora a ordem de prioridade fixada no plano normativo, com uma sentença proferida pela justiça italiana, em 1971, onde se afirma que a liberdade e o sigilo das comunicações telefônicas, garantidos pela Constituição italiana e pela Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, não são violados pelo marido que, “no exercício do poder material reconhecido ao chefe da família, vela, onde se afigure necessário pela conduta moral da mulher, seja diretamente, seja valendo-se de terceiros (como, por exemplo, de detetives), controlando as comunicações telefônicas.”²⁹⁸

Dessa forma, na aplicação da proporcionalidade para resolver os conflitos a respeito do aproveitamento de provas ilícitas, deve ser considerada a constelação dos os bens jurídicos em conflito em vários níveis. Ao lado do direito constitucional à prova e do direito de descoberta da verdade, estão os princípios de direito material que são favorecidos pelo aproveitamento da prova ilícita. Ao lado da vedação constitucional às provas ilícitas estão os direitos violados na obtenção ou produção das mesmas.

²⁹⁷ TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 624-625, tradução nossa.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 627-628.

5.3.2 Proporcionalidade e consideração do caso concreto

No processo penal, como visto, a doutrina de forma geral elenca duas possibilidades de aproveitamento de provas ilícitas com base no princípio da proporcionalidade: a prova ilícita *pro reo* e a prova ilícita de crimes graves. As duas hipóteses, no entanto, não representam uma correta aplicação da proporcionalidade uma vez que buscam criar regras gerais e abstratas, sem fazer qualquer consideração ao caso concreto. Na verdade, não se pode nem dizer que a prova ilícita é sempre aproveitável a favor da defesa, nem que seja sempre aproveitável em casos de crimes graves, sem antes analisar as circunstâncias concretas envolvidas.

Somente a fundamentação adequada nos caracteres do caso concreto permite uma correta utilização do princípio da proporcionalidade. Não é possível ter sempre de antemão a solução para todos os problemas jurídicos. Muitas vezes a regra jurídica surge somente depois da compreensão dos fatos, uma vez que não é possível separar completamente o discurso fático e o discurso jurídico.

Não se pode utilizar o recurso à proporcionalidade para dizer nem que a prova ilícita nunca é admissível a favor da acusação, nem que somente é admissível a favor a acusação em casos de crimes graves. Tudo vai depender das especificidades do caso concreto: qual o fato *sub judice*, qual a ilicitude cometida na obtenção da prova, quais as consequências da admissão daquela prova, a boa-fé ou má-fé dos agentes públicos envolvidos na coleta da prova, quem são os criminosos envolvidos, e todas as características do caso concreto que, exatamente por serem do caso concreto, não é possível enumerar teórica e antecipadamente.

A utilização sem fundamentação adequada do princípio da proporcionalidade para aproveitar provas ilícitas é que gera uma repulsa ao princípio, como justamente teme Gomes filho: “a generalizada aceitação de tal critério levaria a uma indesejável banalização dos direitos fundamentais tutelados pela proibição das provas ilícitas, além de dar margem a interpretações perigosamente amplas e marcadas pelo subjetivismo”.²⁹⁹

Coura, em sua tese de doutoramento analisa vários casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal em que a corte não considerou as circunstâncias do caso concreto. Uma dessas hipóteses foi a da definição de que todas as gravações telefônicas

²⁹⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Prefácio in: Ávila, Thiago Pierobom de. *Prova ilícita e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. XVI.

necessitariam de autorização judicial para serem realizadas³⁰⁰, independentemente da ausência de conteúdo privado ou íntimo na conversa, ou da aplicabilidade de uma excludente de ilicitude aos fatos, como a legítima defesa ou o estado de necessidade.³⁰¹ E conclui que

a ausência de consideração das peculiaridades do caso concreto impulsiona um indevido alargamento do rol de provas consideradas ilícitas, o que acaba reforçando a equivocada ideia de que a vedação constitucional a que se refere o art. 5º, inciso LVI, da Constituição, deve ser relativizada, como medida de justiça, em prol do combate à impunidade, ainda que o preço seja a redução dos direitos fundamentais ao ‘limite do possível’, em face de contingências políticas, pragmáticas ou éticas, verificadas no momento de aplicação normativa.³⁰²

A definição da ilicitude da prova deve considerar todas as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, e deverá decorrer de um processo, em vez de ser considerada como um dado *a priori*. Isso porque, a consideração prévia, e não baseada nos fatos *sub judice*, de que a prova é ilícita leva à necessidade de se fundamentar a possibilidade do aproveitamento de provas ilícitas e a um enfraquecimento da garantia consistente exatamente na vedação de sua utilização no processo.

A análise das circunstâncias do caso concreto permite verificar que, na verdade, se está diante de uma hipótese de prova ilegítima, que somente deve acarretar a nulidade dos atos praticados se não for possível o seu aproveitamento, ou saneamento, tiver causado prejuízo, não tiver precluído, ou seja, todos os aspectos da teoria das nulidades processuais já considerados. Permite também demonstrar que a prova aparentemente ilícita não ostenta tal condição em razão da existência de uma excludente de ilicitude, de modo que não viola a vedação das provas ilícitas o aproveitamento de uma prova lícita. O caso concreto pode dizer, ainda, que em uma situação de prova derivada, não está presente o nexo de antijuridicidade, de modo que a prova não é contaminada pela ilicitude da prova originária.

As circunstâncias do caso podem indicar, ainda, que malgrado tenha havido alguma intervenção em direitos individuais como a inviolabilidade do domicílio ou da vida privada, tais violações são autorizadas pela Constituição, como no caso de flagrante delito.

³⁰⁰ O autor refere-se ao julgado do STF publicado na RTJ 163/759, Relator Ministro Otávio Galotti.

³⁰¹ Segundo o autor, no mesmo sentido, a fundamentação de diversos julgados não encontra apoio nas peculiaridades do caso concreto, uma vez que se referem a situações em que a gravação é obtida durante situação de flagrante delito, razão pela qual a prova sequer deveria ser considerada ilícita (STF: HC 75.338-8/RJ, DJU 25/09/98. STJ: RSTJ 109/269; RJDTACrim 39/550).

³⁰² COURA, Alexandre de Castro. *Para uma análise crítica da vedação constitucional de provas ilícitas – Contribuições para garantia dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito*. Tese de doutoramento em direito constitucional. Orientação: Menelick de Carvalho Netto. Coorientação: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, Belo Horizonte, nov. 2007, p. 21.

Essas considerações permitem evitar que se trate como um caso de prova ilícita que deva ser aproveitada com base no princípio da proporcionalidade uma hipótese que, examinada de perto, não revela ilicitude probatória. O recurso à proporcionalidade deve ser reservado para os casos excepcionais, para assegurar a maior aplicabilidade possível da norma constitucional que veda as provas ilícitas.

Ambos ressalta, igualmente, a necessidade de que a ponderação se refira, necessariamente às circunstâncias do caso concreto:

A decisão ‘correta’, de qualquer modo, tem que se dar caso a caso, já que não se pode evitar a utilização de certa casuística. A ponderação deve ser feita judicialmente, já que é o juiz do feito que deverá decidir, no juízo oral, se pode sanar o vício processual ou se deve reconhecer, necessariamente, a incidência de uma proibição de utilização da prova. A fixação pelo Poder Legislativo de uma proibição de produção probatória não antecipa a existência de uma prévia ponderação, de forma a fazer com que, necessariamente, sempre incida a vedação de utilização.³⁰³

O professor alemão também indica exemplos de circunstâncias do caso concreto que devem ser sopesadas como o fato de se tratar da violação de um dispositivo processual de especial gravidade ou importância, considerando, especialmente as garantias dos direitos humanos por meio do processo; e, a circunstância de a violação se traduzir em uma forma bem calculada ou consciente de menosprezo aos dispositivos processuais.³⁰⁴

5.3.3 Subjetivismo na aplicação da proporcionalidade

A utilização da proporcionalidade como critério para temperar o suposto rigor da norma constitucional que veda as provas ilícitas sofre dois grupos de críticas.

O primeiro relacionado à própria utilização da proporcionalidade e da atribuição do caráter de princípios às normas constitucionais. Estas críticas são genéricas, ou seja, não se referem especificamente ao tema das provas ilícitas, e estão relacionadas a um temor de esvaziamento do conteúdo garantista dos direitos fundamentais.

³⁰³ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória. Perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 108.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 109.

Nessa linha, segundo Sarmiento, “se uma norma constitucional institui uma garantia, sem prever qualquer exceção, não poderia o Judiciário criar hipóteses de flexibilização, por mais relevantes que fossem os seus motivos.”³⁰⁵

Barroso e Barcellos consideram ainda as características da cultura jurídica no nosso país:

embora a ideia da proporcionalidade possa parecer atraente, deve-se ter em linha de conta os antecedentes de país, onde as exceções viram regra desde sua criação (vejam-se, por exemplo, as medidas provisórias). À vista da trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um *sentimento constitucional* consolidado, não é nem conveniente nem oportuno, sequer *de lege ferenda*, enveredar por flexibilizações arriscadas.³⁰⁶

Nessa linha, não deveria ser admitida a proporcionalidade para relativizar nenhuma garantia fundamental.

Barbosa Moreira, em defesa da utilização da proporcionalidade, e contra as críticas de que ela enseja subjetivismo e arbítrio judicial, observa que em numerosos casos a lei confia na valoração feita pelo juiz para possibilitar a aplicação de normas que contenham conceitos jurídicos indeterminados como “bons costumes” e “interesse público”. A subjetividade do juiz seria impossível de ser eliminada, atuando de modo constante e inevitável no modo de dirigir o processo e decidir.³⁰⁷

Na mesma linha, afirma Alexy que a possibilidade de não se ter uma unanimidade quanto à solução adotada não é uma crítica à racionalidade do método de ponderação, mas uma qualidade geral dos problemas práticos ou normativos. A universalização dessas decisões concretas sobre as relações de precedência condicionada devem ser realizadas pela jurisprudência e pela doutrina, com o transcurso do tempo, gerando uma rede de regras concretas adscritas às distintas disposições de direito fundamental, e representam o objeto central do estudo da dogmática.³⁰⁸

Dessa forma, tais críticas, apesar de servirem como alerta, não são privilégio da aplicação do princípio da proporcionalidade, mas são inerentes ao exercício de qualquer atividade jurídica, mas, de maneira especial, da atividade jurisdicional.

³⁰⁵ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 183.

³⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A viagem redonda: *habeas data*, direitos constitucionais e as provas ilícitas. *Revista Trimestral de Direito Público* n. 24/14, 1998.

³⁰⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: _____. *Temas de direito processual, sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 110.

³⁰⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 145.

5.3.4 Da importância do método

O segundo grupo de críticas está relacionado à aplicação concreta da proporcionalidade como critério para o aproveitamento de provas chamadas ilícitas. Ou seja, admite-se a proporcionalidade mas observa-se que não vem sendo aplicada corretamente, sem observância de método e sem adequada fundamentação.

Como observou Silva:

A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula ‘à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade o ato deve ser considerado inconstitucional’.³⁰⁹

Também Roque considera que a ponderação de interesses, em casos excepcionais, é precisamente o que protege os direitos fundamentais. Mas observa que “para evitar abusos e subjetivismos judiciais, é preciso, de alguma forma, promover esta ponderação utilizando critérios minimamente racionais. É indispensável ir além da vaga assertiva, que já se tornou verdadeiro lugar-comum no direito, segundo o qual ‘não existem valores absolutos na Constituição’.”³¹⁰

Hamilton observa que “a objeção que se costuma fazer ao princípio da proporcionalidade reside no subjetivismo que gera, pondo nas mãos do juiz um poder absoluto de apreciação sobre qual valor deve preponderar, fazendo surgir um “concretismo” perigoso, com graves riscos para a segurança individual.³¹¹” Em seguida aponta alguns critérios balizadores para a aplicação do Princípio da Proporcionalidade que a) deve ser reservado para casos excepcionais e de extrema gravidade; b) a decisão exige cuidadosa fundamentação; c) possibilidade de enfrentamento mediante recurso, criando-se a partir daí uma jurisprudência que sirva como critério indicador para casos futuros.

É valioso o critério proposto pelo mestre fluminense de que a aplicação da proporcionalidade deva ser feita para casos excepcionais e de extrema gravidade, mediante fundamentação adequada, para evitar a reiterada admissão da prova ilícita sem outras justificativas que não a

³⁰⁹ SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 91, v. 798, abr. 2002, p. 23-50.

³¹⁰ ROQUE, André Vasconcelos. O estado de necessidade processual e a admissibilidade das provas (aparentemente) ilícitas. *Revista de Processo*. ano 32, n. 153, nov. 2007, p. 327.

³¹¹ HAMILTON, Sergio Demoro. As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito. In ____ *Processo Penal: reflexões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 259.

invocação do nome “proporcionalidade”. Há, todavia, necessidade de uma orientação mais precisa quanto à forma de fazer a fundamentação que, por certo, começa com a demonstração de que se trata de um caso de excepcional gravidade.

A aplicação da jurisprudência dos casos passados, indicada por Hamilton, é outro parâmetro muito importante. Como demonstra Alexy, a solução de um conflito de princípios jurídicos consiste em que se estabelece, levando em conta as circunstâncias do caso, uma relação de precedência condicionada. A determinação de uma relação de precedência condicionada consiste em indicar que, nas mesmas condições do caso julgado, um princípio precede ao outro. Em outras condições, a solução pode ser diversa. A consideração dos parâmetros definidos nas normas de colisão é um ponto importante na teoria de Alexy sobre os direitos fundamentais.³¹²

Uma relação de precedência incondicionada importa afirmar que um princípio P1 prevalece sempre sobre o princípio P2, independente do caso concreto. No caso de precedência condicionada, surge uma norma de colisão com a seguinte estrutura: nas condições X, aplicam-se as consequências do princípio P1, que prevalece sobre o princípio P2; Nas condições Y, aplicam-se as consequências do princípio P2, que prevalece sobre o princípio P1.

A relação de precedência condicionada pode ser formulada como uma norma de colisão nos seguintes termos: “As condições nas quais um princípio tem precedência sobre outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio.” As normas de colisão servem como parâmetro para decisões futuras e diminuem a subjetividade dos julgamentos.

Assim a contribuição de Hamilton é muito importante, embora não esclareça definitivamente a forma adequada de fundamentação da decisão judicial que admita a prova ilícita.

Barbosa Moreira propõe um método segundo o qual se deve, em primeiro lugar, verificar se a transgressão derivava de autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte; em seguida, se esta se manteve nos limites determinados por aquela necessidade e se existia a possibilidade de produzir a prova por meios regulares; e, por fim, se a infração gerou

³¹² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 73.

dano superior ao benefício trazido à instrução do processo. E diz que, em suma, seria verificar se de dois males se escolheu o menor.³¹³

Segundo se propõe neste trabalho, o método de Barbosa Moreira estaria mais adequado para investigar se a ilicitude na obtenção da prova estaria excluída por alguma excludente, que se considera a primeira fase da aplicação da proporcionalidade. A segunda fase de aplicação, que se examina agora, deve ser reservada para as situações em que a parte não agiu albergada pela excludente de ilicitude, ou seja, quando a sua conduta não foi escusável, à vista da necessidade de obter a prova.

A escolha entre o menor de dois males assemelha-se a um julgamento genérico do processo. Não se pode reduzir o sopesamento da constelação de princípios jurídicos envolvidos no caso em que se julga a exclusão ou o aproveitamento da prova ilícita por um julgamento geral de equidade. A ideia de escolher o menor dos males ou, simplesmente, julgar de maneira justa não é suficiente para combater o subjetivismo e o arbítrio judicial que são motivo de tantas críticas ao princípio da proporcionalidade.

Marinoni e Arenhart propõem uma sequência para aplicação da proporcionalidade, considerando o caso concreto sob exame. Em primeiro lugar há que se considerar o valor do bem jurídico que se busca proteger por meio da prova ilícita. Depois, deve-se verificar se havia outro elemento de prova, além do obtido de forma ilícita, capaz de demonstrar as alegações em juízo. Por fim, analisa-se de que modo a obtenção da prova ilícita determinou a violação do direito e de que tipo de direito se trata. Se for um daqueles que admitem limitação obedecidos certos requisitos legais, a violação é menos grave do que a de um que não admita restrição.³¹⁴

Reichelt defende que para servir como meio eficaz de construção de decisões justas, o postulado da proporcionalidade não pode ter um conteúdo normativo indefinido. Não seria possível aceitar uma noção de proporcionalidade como sinônimo de outros postulados interpretativos, como interpretação sistemática e interpretação teleológica. Deve a doutrina procurar definir um

³¹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas: In: _____. *Temas de direito processual, sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 146.

³¹⁴ 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. 375.

conteúdo mínimo do postulado, correspondente ao modo de proceder por ele mesmo determinado.³¹⁵

Em seguida, faz uma especificação detalhada de uma proposta de método a seguir.

Sob o manto do postulado da proporcionalidade, o afastamento da norma que veicula a proibição e produção de provas ilícitas pressupõe uma análise situada em três planos. Primeiramente, impõe-se examinar a adequação entre o meio empregado (prova) e o fim almejado (busca da verdade, tutela do bem jurídico pelo direito material). Em segundo lugar, cumpre verificar a existência ou não de outros meios alternativos ao emprego da prova considerada ilícita, capazes de garantir o respeito ao fim anteriormente referido, de maneira que, ao existirem outras possibilidades, além de tal expediente probatório, que seja empregado o meio que importe em menor restrição aos direitos fundamentais – como, por exemplo, o emprego de meios de prova lícitos que levem a resultados similares. Por último, o exame final subsume-se ao da proporcionalidade em sentido estrito, no qual se verifica se as vantagens obtidas mediante o emprego da prova ilícita se sobrepõem às desvantagens verificadas.³¹⁶

Essas três etapas, propugnadas tanto por Marinoni e Arenhart, como por Reichelt, correspondem à análise dos subprincípios da proporcionalidade, já expostos acima: a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.³¹⁷

Cabe observar que o exame de necessidade feito neste momento é diferente do exame de necessidade realizado para definir se a pessoa que produziu a prova estaria agindo em estado de necessidade. A necessidade, lá, refere-se à prática da conduta que gerou o elemento de prova ilícito, no momento da sua obtenção extraprocessual. Aqui, é uma necessidade para o processo, para o esclarecimento da verdade. Nesse ponto, assemelha-se, juntamente com o juízo de adequação, ao juízo de relevância e pertinência que sempre deve ser feito para admissão de um meio de prova no processo.

No entanto, como já ressaltamos, o direito à prova significa o direito à produção da prova relevante e pertinente, de modo que, se não existe adequação e necessidade, nenhuma prova, seja lícita ou ilícita, seja legítima ou ilegítima, deve ser admitida no processo. A diferença é que a essa análise de adequação e necessidade deve levar em conta também as outras provas já produzidas no processo, uma vez que o direito à produção probatória se encontra em grave conflito com a vedação à admissão das provas ilícitas, de modo que é uma análise muito mais exigente.

³¹⁵ REICHELT, Luis Alberto. *A prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 294.

³¹⁶ REICHELT, Luis Alberto. *A prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 295.

³¹⁷ A importância da utilização dos subprincípios da proporcionalidade é considerada por Letícia Pinheiro também como uma forma de contenção do arbítrio judicial. PINHEIRO, Fernanda Letícia Soares. *Princípio da Proibição da Prova Ilícita no Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 137.

Já a proporcionalidade em sentido estrito deverá levar em consideração os bens jurídicos em conflito, como visto acima. Na esteira das lições de Alexy, o benefício aos princípios jurídicos favorecidos pela admissão da prova ilícita deve superar o malefício trazido aos princípios violados, e acordo com a fórmula da lei da ponderação: “Quanto maior for o grau da não satisfação ou da afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”.³¹⁸

Assim, o conhecimento e a aplicação do princípio da proporcionalidade por meio dos seus subprincípios — adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito— são indispensáveis para debelar as críticas de que é objeto, e permitir que o jurista tenha em mãos o instrumental para garantir maior eficácia aos direitos fundamentais, quer rechaçando as provas decorrentes da sua violação, quer protegendo-os por meio exatamente de provas obtidas a partir da violação de outros direitos fundamentais.

³¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p.138.

6 Conclusões

- 1 Os mesmos princípios constitucionais e normas internacionais que determinam o direito constitucional à prova permitem chegar à conclusão de que esse direito é limitado.
- 2 A produção probatória deve respeitar outros valores e princípios não especificamente processuais que merecem igual acolhida e proteção pelo direito.
- 3 A importância de se caracterizar o direito à produção probatória como de matriz constitucional não está na garantia de toda e qualquer pretensão de produção probatória de forma irrestrita, mas na necessidade de que todas as restrições probatórias sejam fundamentadas na proteção a outros princípios constitucionais.
- 4 Ilícitas são as provas obtidas em razão de violação de normas de direito material ao passo que as ilegítimas são as obtidas em decorrência da violação de normas de direito processual. Enquanto as primeiras são inadmissíveis no processo, por determinação constitucional, as outras sofreriam as consequências previstas na lei processual, de modo que estão sujeitas à teoria das nulidades.
- 5 A *ratio* da norma que proíbe a admissão das provas ilícitas no processo é exatamente ajuntar uma sanção processual para o cometimento de um ilícito de direito material que tenha repercussão no processo.
- 6 Normas de conduta são as que prescrevem comportamentos e cominam sanções, e as normas de competência são as que estabelecem requisitos para o surgimento de consequências jurídicas, sob pena de essas não ocorrerem. As normas processuais, via de regra são normas de competência.
- 7 O vício decorrente da violação de uma norma de comportamento determina a aplicação da sanção prevista, ao passo que o decorrente da “violação” ou não preenchimento de requisitos de uma norma de competência gera a não produção dos efeitos que eram esperados. Desse modo, o reconhecimento de uma nulidade não é sanção nos mesmos termos que se aplicam à sanção pela violação de normas de comportamento. Ela é simplesmente a não consecução dos efeitos pretendidos, e não uma pena que se aplica pela violação da norma. A nulidade é uma sanção no sentido mais amplo de consequência de uma conduta que não preencheu os requisitos legais.

- 8 A lei n.º 11.690/2008, ao dar nova redação ao artigo 157 do Código de Processo Penal, regulamentou a garantia constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas para todos os tipos de processos.
- 9 A distinção entre provas ilícitas e ilegítimas não desapareceu com a alteração legislativa, uma vez que o artigo 157, na sua nova redação, estabelece uma regra geral de inadmissibilidade que pode perfeitamente conviver com regras específicas para os casos particulares da violação dos dispositivos processuais específicos.
- 10 Atualmente perde prestígio a diferença entre verdade material e formal em prol de uma ideia de verdade formalizada para todos os tipos de processo. A busca da verdade pode ser limitada em razão de interesses alheios ao processo, o que é a *ratio* da vedação às provas ilícitas.
- 11 Não é válido o raciocínio de que os meios de prova vedados no processo penal também o sejam para o processo civil, no qual as partes teriam maiores limitações probatórias, porque as características e os princípios deste ramo devem ser levadas em conta na determinação da admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.
- 12 No processo civil, pode-se fundamentar a inadmissibilidade da prova ilícita no dever de lealdade por parte da parte que a pretende utilizar, ao passo que se pode fundamentar a admissibilidade da prova ilícita no dever de veracidade da parte contrária.
- 13 Para o direito brasileiro, a teleologia da garantia constitucional da vedação das provas ilícitas está relacionada com o desestímulo às violações dos direitos fundamentais, que na Constituinte foi uma reação ao período político anterior; o imperativo de integridade judicial, como um reforço ao Estado de Direito constituído em 1988, e também o reforço à credibilidade da prova.
- 14 Em razão das vedações constitucional e legal explícitas, não se pode mais aceitar a defesa da admissibilidade da prova ilícita pura e simplesmente. Ela somente é concebível se a ilicitude for meramente aparente — seja porque não houve violação do direito material, seja porque o agente agiu albergado por alguma excludente de ilicitude — ou se existir um conflito entre bens jurídicos no caso concreto que permita a aplicação da proporcionalidade.

- 15 No atual estágio da ciência jurídica, todos os doutrinadores admitem que existem casos de admissibilidade plena da prova ilícita e outros de inadmissibilidade.
- 16 A teoria da conexão de antijuridicidade busca trazer em consideração a relação normativa entre as provas ilícitas e as delas derivadas. As provas derivadas, pela ruptura do nexo de antijuridicidade, podem ser consideradas juridicamente independentes e, portanto, não contaminadas pela ilicitude das primeiras.
- 17 Não é qualquer ilicitude que importará na inadmissibilidade das provas derivadas. A aplicação de alguma limitação à doutrina dos frutos da árvore venenosa equivale à existência de uma excludente de ilicitude na origem de uma prova ilícita, e exclui a contaminação da prova derivada, de modo que essa é lícita para todos os fins.
- 18 Também para as provas derivadas das ilícitas é aplicável a proporcionalidade, considerando todas as circunstâncias do caso concreto, incluindo os fins a que se destina a referida prova, nos mesmos termos que se faz com as provas ilícitas.
- 19 A limitação da fonte independente é importante para fixar o verdadeiro conteúdo da vedação às provas derivadas das ilícitas, uma vez que, se elas decorrem de fonte independente, não é derivada da ilícita, por definição. Com a reforma do Código de Processo Penal, essa limitação foi consagrada expressamente na lei.
- 20 Na limitação da descoberta inevitável, existe a relação de causalidade, mas ela é desconsiderada em razão da inexistência de vínculo jurídico, uma vez se a prova ilícita não tivesse existido, a derivada seria inevitavelmente descoberta por outros meios. Também foi consagrada pela alteração do Código de Processo Penal, no §2º do artigo 157, embora o dispositivo refira-se a “fonte independente”.
- 21 A aplicação da limitação da contaminação expurgada ao processo brasileiro fica na dependência do caso concreto, em que se deverá fazer um juízo de valor a respeito do nexo de causalidade para saber se o mesmo é tão tênue que deve ser considerado inexistente.
- 22 A limitação da boa-fé deve ter maior aplicação no processo civil, em razão do princípio da boa-fé processual.

- 23 Quando um depoimento faz referência a conhecimentos obtidos de forma ilícita, a melhor forma de fazer valer a vedação às provas ilícitas é o riscamento das frases que o demonstrem.
- 24 A apropriada consideração ou desconsideração das provas ilícitas deverá ocorrer no momento da valoração, que é feita no corpo da fundamentação das decisões, quando o juiz deverá mostrar que sua decisão foi devidamente embasada exclusivamente em elementos de prova lícitos.
- 25 Os elementos de prova ilícitos deverão ser destruídos ou restituídos a quem pertençam, caso não sejam necessários para processar os responsáveis pelo cometimento da ilicitude.
- 26 O impedimento do juiz não é meio idôneo a impedir a influência das provas ilícitas no julgamento, sendo que o controle deverá ser exercido a partir da fundamentação da decisão judicial.
- 27 A ilicitude é uma categoria geral do direito. A conduta ilícita é aquela valorada negativamente pelo ordenamento jurídico, no sentido de que é proibida, o que pressupõe que possa ser impedida.
- 28 Existe uma diferença entre a ilicitude e as consequências da ilicitude, que podem ocorrer em diversos planos e, ainda, depender de outros fatores que não o simples descumprimento da norma.
- 29 Não é suficiente considerar que a conduta ilícita é aquela para a qual está prevista uma sanção, porque a qualificação de ilícita não está ligada à existência da sanção em si, mas ao juízo de valor que se associa ao suposto de fato da sanção.
- 30 Os atos praticados albergados por uma das normas conhecidas por excludentes de ilicitude são lícitos e, portanto, as provas oriundas deles são lícitas para todos os fins. A análise da licitude e da existência de excludentes de ilicitude na obtenção da prova deve ser o primeiro passo na aplicação da norma que veda a admissibilidade das provas ilícitas, antes da verificação da existência de alguma “limitação à doutrina dos frutos da árvore venenosa”, ou da aplicação do princípio da proporcionalidade.
- 31 Perante a Constituição brasileira a inadmissibilidade de provas lícitas pertinentes e relevantes, ainda que imorais, viola o direito constitucional à produção probatória. De modo que é necessária uma “interpretação conforme a Constituição” do artigo 332 do

código de processo civil para considerar que a expressão “moralmente legítimos” abrange todos os meios de prova que não sejam ilícitos.

- 32 Dificilmente uma atividade de busca de provas estará albergada pela excludente da legítima defesa uma vez que esta deve limitar-se a repelir uma agressão e que os meios necessários devem ser utilizados moderadamente.
- 33 Na hipótese de gravações clandestinas não se está diante de um caso de legítima defesa porque a gravação de conversa feita por um dos interlocutores é lícita.
- 34 Em matéria probatória, é possível falar de estado de necessidade quando a violação do direito do outro for a única forma de se obter a prova de um direito próprio ou de terceiro.
- 35 A necessidade de prova pode justificar a conduta que viola direitos de terceiros de modo a tornar as provas dela decorrentes lícitas, desde que se esteja diante de uma situação em que os requisitos do “estado de necessidade” estejam presentes.
- 36 A análise da proporcionalidade em matéria probatória deve ser feita em duas etapas: A primeira se dá por ocasião da definição da ilicitude da conduta, ou seja, em primeiro lugar deve-se verificar se a conduta relevante para a obtenção da prova é realmente ilícita, ou se está justificada de modo que a prova por meio dela obtida é válida para todos os fins. A segunda, ao se admitir a utilização de uma prova ilícita no processo, quando será correta a consideração sobre a finalidade a que se destina a prova.
- 37 A teoria das nulidades processuais aplica-se primariamente às provas ilegítimas. Todavia, no caso das provas ilícitas estão presentes as mesmas razões que levam à aplicação dos institutos da teoria das nulidades processuais, de modo que estes também podem ser aplicados.
- 38 É viável defender que impugnação da prova ilícita também deve estar sujeita à preclusão, dependendo do caso, da mesma forma como em relação às nulidades absolutas, considerando os princípios da duração razoável do processo, da economicidade, da boa-fé e da cooperação processual.
- 39 O princípio do prejuízo somente se aplica quando o vício já ocorreu e se cogita aplicar a sanção de nulidade às provas ilegítimas ou inadmissibilidade às provas ilícitas. Não é admissível que se pratique a ilicitude, inobstante arguida previamente, sob o fundamento de que não causará prejuízo.

- 40 Assim como ocorre para as nulidades absolutas, também em casos de provas ilícitas, a exigência do prejuízo para que seja determinada sua exclusão dos autos é uma decorrência da concepção moderna do processo civil.
- 41 Em princípio, toda prova que puder ser repetida depois de sanado o vício não precisará ser desentranhada, uma vez que é possível sanear a ilicitude cometida e validá-la.
- 42 Somente depois de exercido o contraditório pelas partes interessadas o juiz pode inadmitir ou mandar desentranhar um elemento de prova considerado ilícito, mesmo sendo matéria de ordem pública e pronunciável de ofício.
- 43 Como a proporcionalidade é aplicável aos conflitos entre princípios jurídicos constitucionais de uma forma geral, ela também se aplica às colisões de princípios em matéria probatória, em especial no que se refere à rejeição da prova obtida por meios ilícitos.
- 44 O princípio que veda a admissão de provas obtidas por meios ilícitos é uma limitação do direito constitucional à prova, de modo que os problemas jurídicos decorrentes da colisão entre esses dois princípios devem ser resolvidos à luz da proporcionalidade. A Constituição não admite nem a aniquilação do direito à prova, nem a desconsideração da vedação às provas ilícitas.
- 45 Mesmo que favoráveis à defesa, se a ilicitude da prova colocar em risco a credibilidade da mesma, não poderá ser aceita, como no caso de tortura.
- 46 Como é unanimemente admissível a utilização da prova ilícita para comprovar a inocência do acusado, mesmo contra o que prevê a letra da Constituição, não há dúvidas em afirmar que a vedação às provas ilícitas configura um princípio, de modo que, no caso concreto, pode ter que ceder perante outros princípios constitucionais.
- 47 Apesar de ser inafastável a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade para a admissão de provas ilícitas no processo civil, não é possível negar as dificuldades que a determinação dos princípios em confronto gera, uma vez que os conflitos se dão sempre entre “constelações de princípios” que possam ser favorecidos ou desprestigiados dependendo do teor da decisão.

- 48 Na aplicação da proporcionalidade para resolver os conflitos a respeito do aproveitamento de provas ilícitas, deve ser considerada a constelação dos bens jurídicos em conflito em vários níveis. Ao lado do direito constitucional à prova e do direito de descoberta da verdade, estão os princípios de direito material que são favorecidos pelo aproveitamento da prova ilícita. Ao lado da vedação constitucional às provas ilícitas estão os direitos violados na obtenção ou produção das mesmas.
- 49 No processo penal, como visto, a doutrina de forma geral elenca duas possibilidades de aproveitamento de provas ilícitas com base no princípio da proporcionalidade: a prova ilícita *pro reo* e a prova ilícita de crimes graves. As duas hipóteses, no entanto, não representam uma correta aplicação da proporcionalidade uma vez que buscam criar regras gerais e abstratas, sem fazer qualquer consideração do caso concreto. Na verdade, não se pode nem dizer que a prova ilícita é sempre aproveitável a favor da defesa, nem que seja sempre aproveitável em casos de crimes graves, sem antes analisar as circunstâncias concretas envolvidas.
- 50 A fundamentação correta da decisão que aplica o princípio da proporcionalidade começa com a demonstração de que se trata de um caso de excepcional gravidade.
- 51 A aplicação da jurisprudência dos casos passados é outro parâmetro muito importante, uma vez que as normas de colisão servem como parâmetro para decisões futuras e diminuem a subjetividade dos julgamentos.
- 52 A análise de adequação e necessidade, como subprincípios da proporcionalidade, na utilização de provas ilícitas, deve levar em conta as outras provas já produzidas no processo, uma vez que a adequação e necessidade em abstrato são exigidas de todas as provas admitidas, que devem ser pertinentes e relevantes.
- 53 O conhecimento e a aplicação do princípio da proporcionalidade por meio dos seus subprincípios — adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito— são indispensáveis para debelar as críticas feitas a sua utilização no tema das provas ilícitas, e permitir que o jurista tenha em mãos o instrumental para garantir maior eficácia aos direitos fundamentais, quer rechaçando as provas decorrentes da sua violação, quer protegendo-os por meio exatamente de provas obtidas a partir da violação de outros direitos fundamentais.

7 Referências

- ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Elementos de Direito Processual Civil*. v 1. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- AMBOS, Kai e LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória. Perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.
- AZENHA, Nivia Aparecida de Souza. *Prova ilícita no Processo Civil. De acordo com o Novo Código Civil*. 1. ed. 6 tir. Curitiba: Juruá, 2009.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas: In: _____. *Temas de direito processual, sexta série*. São Paulo, Saraiva, 1997.
- BARONE, Marcelo Luiz. *Provas ilícitas “Pro societate” e o Princípio da Proporcionalidade*. Dissertação (Mestrado em Direito). Orientador: Marco Antônio Marques da Silva – Programa de Estudos pós-graduados em direito, Pontífice Universidade Católica Católica de São Paulo, São Paulo, 2002
- BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade do Direito Constitucional. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro* n. 4, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 24/14, 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BULYGIN, Eugenio; MENDONCA, Daniel. *Normas y sistemas normativos*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *A Prova Civil Admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. Ritorno al sistema della prova legale? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, XVII(1974):139-141.

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

CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA. Petrópolis: Vozes, 1993.

CAVALLONE, Bruno. Critica della teoria delle prove atipiche. In *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman* v. 2. Milano: Giuffrè, 1979.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 2ª ed. riv. ed amp. Torino: UTET, 2004.

CONTE, Mario. *Le Prove Civili*. Milano: Giuffrè, 2005.

CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: Giuffrè, 1963.

COSTA ANDRADE, Manuel. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 1992.

COURA, Alexandre de Castro. *Para uma análise crítica da vedação constitucional de provas ilícitas – Contribuições para garantia dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito*. Tese de doutoramento em direito constitucional. Orientação: Menelick de Carvalho Netto. Coorientação: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, Belo Horizonte, nov. 2007.

DIDIER JR., Fredie. O juízo de admissibilidade na teoria geral do direito. In DIDIER JR., Fredie e JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 3. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Juspodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 3. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil – teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 1993.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Prefácio In: Ávila, Thiago Pierobom de. *Prova ilícita e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica: Lei 9.296 de 24.07.96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal. In: *Novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. n. 37. p. 46. 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no processo penal*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HAMILTON, Sergio Demoro. As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito. In ____ *Processo Penal: reflexões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

HART, Hebert L. A. *O Conceito de Direito*. 5ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Grande dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.1993. *Ajuri: Revista da Associação dos juízes do Rio Grande do Sul*. mar. 1996.

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.

MAZZEI, Rodrigo. Algumas notas sobre o (“dispensável”) art. 232 do Código Civil. In: MAZZEI, Rodrigo; DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). *Prova, exame médico e presunção: o art. 232 do Código Civil*. Salvador: Juspodivm, 2006.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral*. São Paulo: Atlas, 1998.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A reforma do código de processo penal: Provas*. Jusnavigandi, Teresina, ano 12, n. 1843, 18 jul. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11517>. Acesso em: 25. jul. 2008.

NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. *Rivista di Diritto Processuale*, 1966, p. 442-475.

- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*, 11ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.
- PICO I JUNOY, Joan La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil. *Justitia: Revista e derecho procesal*, 2005, n 3-4.
- PINHEIRO, Fernanda Letícia Soares. *Princípio da Proibição da Prova ilícita no Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2009.
- PISTORI, Fábio Neri Pistori. *Provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade no processo penal*. Dissertação (Mestrado em Direito). Orientação: Edinilson Donisete Machado – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Marília, 2008.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal Norte-Americano*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006.
- REICHELDT, Luis Alberto. *A prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- RIBEIRO, Luiz J. J. *A prova ilícita no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.
- RICCI, Gian Franco. Le prove illecite nel processo civile. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*. 1987, p. 34-87.
- ROQUE, André Vasconcelos. O estado de necessidade processual e a admissibilidade das provas (aparentemente) ilícitas. *Revista de Processo*. ano 32, n. 153, nov. 2007.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SEREJO, Lourival. *As provas ilícitas no direito de família*. São Paulo: IOB Thomson, 2004.
- SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de Processo Civil*. v. 1. Processo de Conhecimento. 7. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 91, v. 798, abr. 2002, p. 23-50.

SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. A prova ilícita no cível. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Prova Cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 3. 29. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007

TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

VIGORITTI, Vincenzo. Prove illecite e Costituzione. *Rivista di Diritto Processuale*, 1968, p. 64-70.

WALTER, G. Il diritto alla prova in Svizzera. *Rivista trimestrale di diritto e Procedura Civile* 1991, p.1187 - 1201.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.