

Prova ilícita e sua admissão no processo civil

Francisco Luís Rios Alves

SUMÁRIO

Preâmbulo. **1** Noção panorâmica dos aspectos propendêuticos do instituto da prova judiciária. **1.1** Considerações sobre verdade e prova. **1.2** Indagações básicas sobre prova. **1.2.1** Conceito de prova. **1.2.2** Objeto da prova. **1.2.3** Finalidade da prova. **1.3** Princípios que regem as provas. **1.3.1** Princípio da igualdade, do contraditório e da ampla defesa. **1.3.2** Princípio dispositivo. **1.3.3** Princípio da necessidade da prova. **1.3.4** Princípio da unidade ou comunhão da prova. **1.3.5** Princípio da legalidade. **1.3.6** Princípio da oralidade. **1.3.7** Princípio da imediação. **1.3.8** Princípio da liberdade da prova e da proibição da prova ilícita. **1.4** Classificação das provas. **1.5** Fontes e meios de provas. **1.6** Provas ilegais, ilegítimas e ilícitas. **1.7** Sistemas de valoração da prova. **2** Provas obtidas por meios ilícitos. **2.1** Considerações iniciais. **2.2** Terminologias e definição. **2.3** Provas ilícitas, provas atípicas e proibição de provas. **2.4** Origem e evolução da inadmissibilidade da prova ilícita. **2.5** A admissibilidade da prova ilícita no direito comparado. **2.5.1** Na Itália. **2.5.2** Na Alemanha. **2.5.3** Na Espanha. **2.5.4** Em Portugal. **2.5.5** Nos Estados Unidos da América. **2.6** Tendências relativas à admissão das provas ilícitas. **2.7** A garantia da inadmissibilidade da prova ilícita e os direitos fundamentais. **2.8.** Justificação da inadmissibilidade da prova ilícita. **3** A inadmissibilidade da prova ilícita no direito brasileiro. **3.1** A inadmissibilidade da prova ilícita como garantia fundamental. **3.2** A inadmissibilidade da prova ilícita na jurisprudência brasileira. **4** A vedação da prova ilícita e o princípio da proporcionalidade. **4.1** Críticas ao uso da proporcionalidade. **4.2** Critérios para aplicação da teoria. **4.3** A teoria da proporcionalidade e a jurisprudência

brasileira – precedentes. **4.4** A teoria da proporcionalidade e a jurisprudência portuguesa – precedentes. **4.5** A teoria da proporcionalidade e a doutrina pátria. **5** Inadmissibilidade das provas ilícitas e exceções. **5.1** Provas ilícitas pro reo. **5.2** Provas ilícitas em favor da acusação (pro societate). **5.3** Provas ilícitas por derivação. **5.4** Prova emprestada. **6** Ineficácia da admissão da prova ilícita. **7**. Considerações conclusivas. Referências.

Preâmbulo

A compreensão do que seja prova se coloca como primeira barreira a quem se propõe tecer considerações sobre a atividade probatória judicial. A prova se destina à elucidação de fatos, de regra controvertidos, que se apresentam à valoração do julgador, visando o estabelecimento de uma verdade jurídica ou, como se reportam alguns doutrinadores, a prova objetiva a busca da verdade real no âmbito do processo.

A prova se apresenta com tal relevância que Carnelutti a ela se reportou como o coração do processo. Chiovenda destaca a sua finalidade como sendo a de estabelecer no espírito do juiz uma convicção que lhe permita descobrir quais dos sujeitos do processo possui razão.

O tema é vasto e tormentoso e de longa data vem sendo debatido nos meios jurídicos, mas nem por isso se encontra fechado ao debate, ao exame de novas perspectivas, aceitando, como é natural a qualquer instituto jurídico, mudança de paradigmas.

Neste vasto e complexo campo do direito se eleva com importância singular a temática relativa à prova obtida por meio ilícito e sua admissão no processo, com vista à formação do convencimento do julgador, caminhando a doutrina no sentido da não admissão das provas alcan-



çadas por meios ilícitos, especialmente no processo penal, embora com temperamentos não seara do processo civil e trabalhista, diante dos interesses em conflito. Ou seja, no processo civil, admite-se a ponderação de valores, quando em conflito os direitos fundamentais, tais como o direito à intimidade, à dignidade da pessoa humana etc.

Neste contexto, uma abordagem sobre a admissão da prova ilícita é sempre oportuna, notadamente no direito processual civil, sendo esta a intenção deste relatório, que para tanto se valerá dos ensinamentos doutrinários, das disposições legais e da jurisprudência.

1 Noção panorâmica dos aspectos propendêuticos do instituto da prova judiciária

1.1 Considerações sobre verdade e prova

Quando se pensa em prova de logo se impõe sua correlação aos fatos, pois sobre eles incide com uma finalidade evidente, qual seja, a de estabelecer a verdade.

A busca pela verdade é assim a finalidade da produção probatória.

Mas qual é a verdade que se alcança no processo?

Castro Mendes¹ expõe que a verdade é fundamentalmente uma relação: “uma relação de adequação ou conformidade”, que pode ter diferentes sentidos. No sentido próprio (*veritas proprie*) a verdade é uma

1 MENDES, João de Castro. Do conceito de prova em processo civil. Lisboa, 1961, pp. 369-402

relação cujos termos ou lados são a realidade em si mesma e uma representação mental delas. Por imperfeição terminológica, a verdade pode designar, porém, qualquer dos lados dessa relação, falando-se, então, em *veritas in re*, ou *veritas assendi* (é a realidade – aquilo que tem efetiva existência, com exclusão do meramente possível e do meramente imaginável ou concebível), e de *veritas cognoscendi* ou *veritas in intellectu* (representação mental adequada à realidade).

O autor distingue, ainda, a *verdade da expressão da verdade* (conjunto de afirmações adequadas a *veritas rei*); a *verdade subjetiva* (a de cada um, segundo a sua *forma mentis*, sob o influxo dos seus próprios interesses), ou seja, aquela tida como adequada à realidade, e a *cognoscendi*, isto é, a que é por definição adequada à realidade; a *verdade legal ou jurídica* como sendo a representação que a ordem jurídica toma como verdade; a verdade processual, ou seja, a realidade na medida que interessa ao *eventus litis*.

Castro Mendes se ocupa, também, de tecer a diferenciação entre verdade formal e verdade material. Referindo-se a FURNO, expõe que a primeira seria a representação intelectual da realidade obtida pela aplicação a certos casos das regras da prova legal ou dirigida enquanto a verdade material seria a certeza histórica adquirida para o processo por meio de uma ou mais observações probatórias, cujos resultados devem ser apreciados pelo juiz com plena e absoluta liberdade de critério. Arremata dizendo que “a verdade material seria em última análise uma verdade legal e subjetiva (judiciária), a qual se definiria, como a formal, pelos meios por que se obtém.” Adverte, entretanto, que a verdade formal e material não são espécies do mesmo gênero (não há duas verdades; a verdade é necessariamente uma só), não são realidades que se oponham (um elemento da primeira pode pertencer à segunda e vice-versa) e não desempenham a mesma função jurídica (em qualquer processo, a verdade material é o fim ideal que se procura alcançar, enquanto a verdade formal é o resultado prático que se atinge). A verdade formal, para

Castro Mendes, “é meramente uma representação intelectual definida pelo modo de formação”, sendo conceito que “deveria ser banido da ciência jurídica”, pois “o termo tende insidiosamente a fazer admitir, desempenando funções e papéis científicos reservados à verdade em si, uma realidade que verdade pode não ser”.

O fato é que a doutrina adota essa dualidade de funções da verdade. Teixeira Filho² salienta que “no próprio âmbito da ciência processual, entretanto, o conceito de verdade não é unitário: fraciona-se, no mínimo, dicotômico, eis que aqui se proclama a existência de uma verdade *real* (ou substancial) e de outra, *formal* (ou processual)”.

Detendo-se sobre essa problemática, Michele Taruffo³ destaca a complexidade do tema tendo em vista não ser tarefa fácil estabelecer o que se deve entender por “verdade judicial” nem muito menos compreender o que seja “verdade” *tout court* e aponta a justificativa encontrada pelos juristas para fundamentar a distinção, a qual reside exatamente nas figuras da verdade formal, ou seja, aquela estabelecida no processo por meio das provas e dos procedimentos probatórios, e da verdade material, ou simplesmente verdade, que se refere ao mundo dos fenômenos reais, ou em qualquer caso, a setores de experiência diferentes do processo e que seriam obtidos por distintas ferramentas cognitivas judiciais.

Ao que se extrai da doutrina, a verdade real seria aquela representativa da verdade dos fatos, a efetiva realidade, ao passo que a verdade formal seria formada nos autos, como resultado da atividade probatória das partes, com vista à formação da convicção do julgador. Evidente que nem sempre a verdade material é alcançada nos processos judiciais, diante de sua dinâmica, sobrepondo-se, então, nestes casos, a verdade formal sobre a verdade material. Neste contexto, Teixeira Filho argu-

2 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. A prova no processo do trabalho, 5. Ed. rev. e ampl. – São Paulo, LT, 1989, p. 24

3 TARUFFO, Michele, La Prueba de los Hechos. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán, Editorail Trotta, 2005, 2ª ed. p. 24

menta que “em que pese o processo vise, fundamentalmente, à verdade *real*, é, em concreto, a *formal* que vincula a formação do convencimento (que de certo modo *também é formal*) do julgador, na medida em que a lei o compele a respeitá-la. Podemos afirmar, por isso, que o processo somente atinge, com plenitude, a sua verdadeira razão teleológica quando a verdade formal *coincide* com a *real*.”

Parte da doutrina⁴, no entanto, afasta a dicotomia entre verdade formal e material. Castro Mendes, como salientado, defende o banimento da expressão “verdade formal”.

Sobre essa temática, a doutrina atual caminha no sentido da superação da dicotomia entre verdade real e verdade formal (jurídica), que, em verdade, parte da premissa, no meu sentir equivocada, de que no processo civil residem bens e interesses de menor relevância do que no processo penal, onde a verdade real é sempre procurada, em respeito ao princípio da presunção de inocência, de tal modo que, negligenciando a acusação na formação da culpa, a absolvição do acusado é de rigor, mediante a aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Só excepcionalmente é que se admite no processo penal a adoção da verdade formal em detrimento da verdade real. No processo civil, diversamente, admitir-se-ia a verdade formal sem maiores transtornos, contentando-se com um menor grau de segurança e certeza na procura da verdade dos fatos.

Marinoni e Arenhart⁵, a propósito deste assunto, destacam que a distinção entre verdade formal e substancial “perdeu seu brilho”. Pros-

4 essalta Carnelutti “que a verdade não pode ser mais que uma, de tal maneira que, ou a verdade formal ou a jurídica coincide com a verdade material, e não é mais que verdade, ou discrepa dela, e não é senão uma não verdade, de tal maneira que, sem metáfora, o processo de busca submetido a normas jurídicas que obrigam e deformam sua pureza lógica, não pode na realidade ser considerado como um meio para o conhecimento da verdade dos fatos, senão para uma *fixação* ou *determinação* dos próprios fatos, que pode coincidir ou não com a verdade dos mesmos fatos e que permanece por completo independente deles” CARNELUTTI, FRANCESCO. A prova Civil, Traduzido por Lisa Scarpa, Brookseller, 4ª ed. 2005, p. 48.

5 MARINONIM Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova, 2ª ed. RT, 2011, p. 34.

seguem dizendo que a “doutrina moderna do direito processual vem sistematicamente rechaçando essa diferenciação, corretamente considerando que os interesses objeto da relação jurídica processual penal não têm particularidade nenhuma que autorize a inferência de que se deve aplicar a esse método de reconstrução dos fatos diversos daquele adotado no processo civil.”

Realmente a abordagem distinta não tem razão de ser, tendo em vista que no processo civil também residem direitos de acentuada importância (à similitude do direito à liberdade no processo penal), tais como aqueles que tocam o direito de família, às crianças e adolescentes, à intimidade da vida privada, nas ações de indenização por dano moral etc.

Nessa linha de pensamento, Taruffo⁶ se expressa no sentido da insustentabilidade da ideia de uma verdade que seja completamente diferente e independente da verdade *tout court* pelo simples fato de ter sido determinada no processo e por meio das provas. O autor pondera que “*la existencia de reglas jurídicas y de límites de distinta naturaleza sirve, como máximo, para excluir la posibilidad de obtener verdades absolutas, pero no es suficiente para diferenciar totalmente la verdad que se establece en el proceso de aquella de la que se habla fuera del mismo.*”

Na minha compreensão, ainda que se reconheça que a verdade é necessariamente uma só, é preciso conviver com essa dualidade de função jurídico-processual das figuras. Conquanto se caminhe no sentido do afastamento dessa dicotomia⁷, a distinção entre verdade *formal* e verdade *material* e sua utilidade no processo ainda se justifica e se legitima pela necessidade de segurança jurídica, que resulta da coisa julgada. Com

6 TARUFFO, 2005, Op. Cit. p. 24/25

7 CARNELUTTI ensina que “A verdade é como água: ou é pura, ou não é verdade. Quando a busca da verdade material está limitada de tal maneira que esta não possa ser conhecida *em todo caso e com qualquer meio, o resultado, seja mais ou menos rigoroso o limite, é sempre o de que* já não se trata de uma busca da verdade material, senão de um processo de determinação formal dos fatos.” (Op. Cit. P. 52)

efeito, é preciso reconhecer que a verdade encontrada no processo não é absoluta, pois possui, sempre, uma carga de formalismo, resultante da atividade probatória das partes e da intervenção do juiz, sempre tendente a alcançar a realidade dos fatos. Assim, observa-se que a verdade que surge do processo (formal) qualifica-se como uma verdade híbrida, ou seja, ao menos em parte retrata a efetiva realidade dos fatos.

De fato, a sentença deve retratar a verdade judiciária, devendo o juiz aproximar-se ao máximo da verdade substancial, ainda que por um juízo de verossimilhança, não lhe sendo permitido pronunciar o *non liquet*. Desta feita, o juiz não deve e não pode ser tolhido de compor a lide, de julgar, se não se encontram nos autos os elementos probatórios que permitam aferir a verdade em si (*veritas rei ou assendi*), sendo, então, suficiente a verdade processual ou jurídica, extraída dos autos: aquela que decorre da atividade probatória das partes, que não deixa de ter a sua certeza, pois traduz a verdade⁸ firmada nos autos, mediante a atividade dialógica das partes e conseqüente cognição do juiz. Não fosse assim admitido, não havendo a descoberta da verdade absoluta no processo, não haveria pacificação social, não seriam aceitas as decisões judiciais, ao pressuposto de carentes de legitimidade, quando fincadas em verdades meramente judiciais, de certo modo distantes da realidade subjacente.

Assim, sobreleva ainda como importante para o processo tanto a verdade formal, juridicamente considerada e concretizada nos autos, quanto a material, sendo aquela suficiente ao julgamento da lide, pois juridicamente qualificada.

A rigor, embora a busca pela verdade real seja uma necessidade, não mais se coloca como fim primordial do processo, que se contenta com

8 Como afirma HABERMAS, citado por MARINONI, "a "verdade" não se descobre, mas se constrói, através da argumentação." (HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia, entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 20)

a verdade judiciária, apurada no âmbito do devido processo legal, com contraditório e observância das regras legais de admissão e produção das provas, não sendo imprescindível o alcance de uma verdade absoluta.

Neste contexto, Soares⁹ destaca que a verdade formal, ao final atingida pelos órgãos julgadores, nada mais é do que a verdade possível de ser atingida, considerando-se para tanto a existência de restrições do direito à prova, que consistem numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias ou meios de provas reputados inidôneos tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos.

Certo, porém, que se deve sempre buscar a verdade na atividade judicial, afastando-se da verdade meramente jurídica. Para tanto é imprescindível que as partes comprovem suas alegações, por meios éticos, idôneos e lícitos de prova, contribuindo, assim, com a busca da verdade, seja a material ou a meramente judiciária. Como nos ensina Santos¹⁰, “em processo, vige o princípio da verdade real. Não propriamente da verdade absoluta, pois o homem e as coisas são falíveis. Mas, pelo menos, deve-se procurar, no julgamento, juízo de extrema probabilidade de existência ou inexistência dos fatos.”

1.2 Indagações básicas sobre prova

Detendo-se sobre o estudo da prova, Eduardo Couture¹¹ formulou cinco indagações básicas a respeito do tema, a saber: O que é a prova? O que se prova? Quem prova? Como se prova? Que valor

9 SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. Prova ilícita no processo. Curitiba: Juruá, 2009, pp. 40/41.

10 SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de Direito Processual Civil. Vol. 1. Saraiva, 10ª ed., 2003, p. 436.

11 COUTURE, EDUARDO J. Fundamentos del derecho processual civil, 3ª Ed. (póstuma). Roque de palma editor, Buenos Aires, 1958 – p. 216.

tem a prova? A essas indagações Sentís Melendo¹² acrescentou três outras, quais sejam: Com o que se prova? Para quem se prova? Com que garantias se prova?

1.2.1 Conceito de prova

Segundo COUTURE¹³, na acepção comum, a prova é “*la acción y el efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación.*” Cientificamente, “*probar es tanto la operación tendiente a hallar algo incierto, como la destinada a demostrar la verdad de algo que se afirma como cierto*”

No sentido jurídico, especificamente na acepção jurídico-processual, expõe o autor que “*la prueba es ambas cosas: un método de averiguación y un método de comprobación. La prueba penal es, normalmente, averiguación, búsqueda, procura de algo. La prueba civil es, normalmente, comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio. La prueba penal se asemeja a la prueba científica; la prueba civil se parece a la prueba matemática: una operación destinada a demostrar la verdad de otra operación.*”

Detendo-se sobre os ensinamentos de Alessandro Giuliani, Reichelt¹⁴ destaca três grandes paradigmas históricos em sede de conceito e de função de prova: a prova como *experimentum*, a prova como *ratio* e a prova como *argumentum*. A primeira tem como premissa fundamental a ideia de equiparação entre a prova jurídica e a prova lógico-científica, alicerçada na suposição da existência de dois pontos comuns entre os conceitos elencados: a conside-

12 MELENDO, Santí. Revista Forense, vol. 246, pág. 93.

13 COUTURE, EDUARDO J. Fundamentos del derecho processual civil, 3ª Ed. (póstuma). Roque de palma editor, Buenos Aires, 1958 – pp. 215-216.

14 REICHELTL, Luis Alberto. A Prova no Direito Processual Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 39-43.



ração da verdade material como objetivo final da investigação e a identidade entre as atividades do juiz e do historiador. A segunda aceita a ideia de verdade formal como fator para a eliminação do subjetivismo da decisão jurisdicional. Segundo Reichelt “diferencia-se tal perspectiva da anteriormente mencionada, pois a lógica de aquisição gradual de informações própria da prova como *experimentum* passa a ser substituída por uma *teoria formal da disputa*, considerada como modelo de discussão racional a ser adotado como parâmetro para a construção de uma decisão.” A terceira proposta de definição do conceito e função da prova presente na evolução do processo civil discute a “*revalorização da retórica* como ferramenta capaz de retratar a verdade. Nesse contexto, a prova passa a ser um *argumento destinado à construção de uma representação do mundo examinado produzida no âmbito do eticamente possível.*”

Atualmente a doutrina considera a ideia de prova em dois sentidos: um objetivo e outro subjetivo. Nesse contexto, Amaral Santos¹⁵ define prova como “a soma dos fatos produtores da convicção apurados no processo”. Para este autor, no sentido objetivo, a prova seria “o meio – pessoa, coisa, documento – por que a verdade chega ao espírito de quem a aprecia; são os meios de demonstração da verdade dos fatos sobre os quais versa a ação”; no sentido subjetivo, a prova aparece como a “própria convicção da verdade sobre os fatos alegados”.

Nos ensinamentos de Malatesta¹⁶, a prova seria “o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade”.

No seu Dicionário Jurídico De Plácido e Silva¹⁷ esclarece que prova¹⁸, no sentido jurídico, corresponde “a demonstração, que se faz, pelos

15 SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Vol. 2, p. 329

16 MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 15.

17 SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. V. III, p. 491.

18 A palavra prova tem origem no latim “probatio”, como derivação do verbo probare, que significa demonstrar, provar, reconhecer, formar juízo.

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

Tourinho Filho¹⁹ ensina que “provar é, antes de mais nada, estabelecer a verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecer-lá. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes e pelo próprio Juiz visando a esclarecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *thema probandum*. Às vezes, emprega-se a palavra *prova* com o sentido de *ação de provar*. Na verdade, provar significa fazer conhecer a outros uma verdade conhecida por nós. Nós a conhecemos; os outros não.”

Detendo-se sobre o conceito de prova em sentido jurídico, Carnelutti²⁰ ressalta que na linguagem comum, prova se utiliza como *comprovação da verdade de uma proposição*, não se confundido com o *procedimento utilizado* para a verificação da proposição. Em seguida, após advertir que “prova é a *demonstração da verdade de um fato*”, afirma que, no sentido jurídico, prova é a “*demonstração da verdade de um fato realizada por meios legais (por meios legítimos)* ou, mais brevemente, *demonstração da verdade legal de um fato.*”

Marques da Silva²¹, referido por Tourinho filho, esclarece ainda que o termo prova é utilizado em três sentidos: a) prova como atividade probatória: ato ou complexo de atos que tendem a formar a convicção do Juiz sobre a existência de determinada situação factual; b) prova como resultado: a convicção do Juiz formada no processo sobre a existência ou não de uma dada situação de fato; e c) prova como meio: o instrumento probatório para formar aquela convicção. No mesmo sentido expressa-se Ovídio Baptista

19 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, 3º Volume, 27ª ed. revista e atual. – São Paulo : Saraiva, 2005.

20 CARNELUTTI, 2005. Op. Cit. P. 67-72

21 SILVA, Germano Marques da Silva. Curso de Processo Penal, Lisboa, Ed. Verbo, 1993, v. 2, p. 82)

da Silva²², para quem a prova pode representar a atividade realizada pelos sujeitos do processo com vista à demonstração dos fatos; o instrumento através do qual se opera essa demonstração ou, ainda, o convencimento resultante da existência da demonstração de determinado fato. Hernano Devis Echandía, na mesma linha, destaca a noção da prova como meio ou instrumento, seu conteúdo essencial (conjunto de motivos ou razões que se encontram em favor da existência, ou não, dos fatos, e, por fim, o resultado alcançado no espírito do juízo. Ao todo Echandía²³ se refere a seis significados diversos a respeito da noção de prova, a saber: a) “hechos que sirven de prueba a otros hechos”; b) “todo médio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho”; c) “convicción que com ella se produce en la mente del juez”; d) “conjunto de motivos o razones que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del processo, que de los médios aportados se deducen”; e) “matéria que deve probarse o el objeto de la prueba”; e f) “actividad de comprobación de os sujetos procesales o de terceros y el procedimiento em que se desarrolla la prueba”.

Percebe-se, então, que a prova se apresenta como instrumento ou meio necessário à demonstração da verdade e formação da convicção do julgador, tendo, assim, uma conotação objetiva e outra subjetiva.

1.2.2 Objeto da prova

O objeto da prova são os fatos²⁴, principais ou secundários, que exigem comprovação judicial. Frederico Marques²⁵ refere-se ao objeto da pro-

22 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil – processo de conhecimento, v. 2, p. 337 s.

23 ECHANDÍA, Hermano Devis. Teoría general de la prueba judicial. T. 1. 6. Ed. Buenos Aires: Víctor P. de Savalía S. A. 1988 a, p. 20-23.

24 No ordenamento jurídico brasileiro confirma esta afirmação o disposto no Art. 332 do Código de Processo Civil, quando se refere à prova da verdade dos fatos, *verbis*: Art. 332. *Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa. Destaquei*

25 MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, IV, p. 331.

va como sendo o *thema probandum*, isto é, a “coisa, fato, acontecimento ou circunstância que deva ser demonstrado no processo”. Mas não são todos os fatos que interessam à prova e reclamam apreciação judicial. Apenas os fatos considerados *controvertidos*, *relevantes* e *determinados* devem compor o objeto da prova. *Contrario sensu*, os fatos considerados incontestados, irrelevantes, impossíveis ou indeterminados não exigem comprovação em juízo.

Portanto, como regra, somente os fatos tidos como controversos²⁶ é que podem ser objeto da prova. Não dependem de prova, pois, os fatos notórios (*notória vel manifesta non egent probatione*²⁷), assim considerados aqueles de conhecimento geral, sobre os quais não militam dúvidas. Frederico Marques²⁸ distingue os fatos notórios dos evidentes: “o fato notório representa o que é certo, indiscutível, indubitoso, de maneira segura, rápida, sem necessidade de maiores indagações. Notórios são os fatos que pertencem, como diz Brichetti, ao patrimônio estável de conhecimento do cidadão de cultura média, em determinada sociedade.” Chiovenda²⁹ entende como notórios os fatos “que não possam negar *sine tergiversatione*”.

Exige-se, deste modo, que resida alguma dúvida sobre os fatos deduzidos em juízo, ou seja, que sejam controvertidos e necessitem de demonstração judicial, pois os fatos incontestados, na dicção do Art. 334, inciso III, do Código de Processo Civil, não dependem de prova.

Além de controvertidos os fatos devem ser relevantes e determinados. Detendo-se sobre o tema, Teixeira Filho³⁰ esclarece que “relevantes são os fatos relacionados diretamente com a ação, os que se revestem de efi-

26 Neste contexto, o Art. 302 do Código de Processo Civil Brasileiro, dispondo sobre o princípio da impugnação específica dos fatos, impõe ao réu “manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial”, sob a pena de serem presumidos como verdadeiros os não contestados, com as exceções ali estabelecidas.

27 O notório e o evidente não precisam de prova.

28 MARQUES, op., cit, 2005, p. 215

29 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições do direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 3., p. 94

30 TEIXEIRA FILHO. Op. Cit., p. 29-30

cácia para influenciar na decisão da causa” e “determinados são os fatos individualizados, especificados, os que possuem características capazes de diferenciá-los de quaisquer outros, que com eles possam se assemelhar”.

São alcançados pelo conceito da irrelevância os fatos que, mesmo possível, não possibilitam a sua demonstração em juízo, seja por sua natureza seja por disposição de lei.

A lei processual brasileira (Art. 334³¹) declara que não dependem de prova os fatos notórios; os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; os admitidos no processo como incontroversos e aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de verdade.

Quanto aos fatos confessados pela parte tenho que se deve exigir a confissão expressa, pois a confissão tácita admite prova em contrário, dela resultando uma presunção ficta ou presumida, que pode ser afastada pela parte e até pelo juiz no cotejo da prova.

Também as presunções legais (*juris et de jure*) dispensam a produção de provas pelas partes. As presunções se classificam em legais e comuns (*hominis*), conforme derivem da lei ou sejam estabelecidas pelo que ordinariamente acontece. As presunções simples derivam de um raciocínio lógico do juiz. As presunções legais *juris et de jure* (absolutas, peremptórias), em princípio, não admitem prova em contrário, o que não acontece com as presunções legais *juris tantum* (relativas), pois somente prevalecem enquanto não ilididas por provas em sentido contrário.

Conquanto seja regra que somente os fatos podem ser objeto de prova, é possível que se exija também a prova do direito. Assim, a regra de

31 Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos, no processo, como incontroversos; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

que o juiz deve conhecer o direito não é absoluta, como deixa evidente o estabelecido no Art. 337 do Código de Processo Civil brasileiro, *verbis*: *A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz*. No mesmo sentido dispõe o Art. 14 da Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro³²: *Não conhecendo a lei estrangeira, poderá o juiz exigir de quem a invoca prova do texto e da vigência*.

No particular merece destaque a lição de Oliveira Deda³³, no sentido de que “no conceito de direito estrangeiro, porém, não entra o “direito das gentes”, que é supraestatal”, nem os “tratados, uma vez que integram a legislação interna do país”.

Assim, mitiga-se excepcionalmente o aforismo latino consubstanciado na regra “*da mihi factum, dabo tibi ius*” (dá-me o fato e te darei o direito).

1.2.3 Finalidade da prova

A prova destina-se à apuração da verdade e tem como principal destinatário a figura do julgador, por isso a afirmação encontrada na doutrina de que a prova visa formar a convicção do juiz. Neste sentido Tourinho Filho³⁴ afirma que “o objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa.”

Marinoni e Arenhaart³⁵, no entanto, destacam que de uma breve incursão “feita sobre alguns avanços na teoria do conhecimento pode-se

32 Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.

33 DEDA, Artur Oscar de Oliveira. A prova no processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2006., p. 5.

34 TOURINHO FILHOS. 2005., op., cit., p. 214.

35 MARINONIM e ARENHART, 2011, p. 53.



extrair que a função da prova é se prestar como peça de argumentação no diálogo judicial, elemento de convencimento do Estado-jurisdição sobre qual das partes deverá ser beneficiada com a proteção jurídica do órgão estatal.”

A prova não se destina apenas a convencer o julgador, pois, além disso, o compele na formação do seu convencimento, já que não pode decidir contrariamente às provas existentes nos autos, conforme a ilação que se extrai do Art. 131 do Código de Processo Civil brasileiro³⁶. Com efeito, não é dado ao juiz julgar conforme a sua íntima convicção, desconsiderando as provas colhidas nos autos. Embora livre para apreciar a prova, deve atender aos fatos e circunstâncias existentes nos autos. Encontra-se, de todo modo, restrito à necessidade de fundamentar sua decisão, indicando os motivos que lhe formaram o convencimento.

Oportuna, pois, a afirmação Teixeira Filho³⁷ quando disse que “a prova dos fatos, além de finalisticamente procurar convencer o Juiz ou o Tribunal, constitui, para ele, uma justificativa para decidir em prejuízo dos interesses da parte contra a qual a prova foi produzida, porquanto o julgador deve ser, por força do rígido princípio legal, neutro, imparcial, não lhe sendo dado conferir maior ou menor credibilidade a esta ou àquela alegação.”

Por fim não se pode negar que a prova se destina, ainda, a convencer a parte sobre a verdade dos fatos, resultando daí uma aceitação ao comando judicial nela fundada.

36 Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (Redação dada ao artigo pela Lei nº 5.925, de 01.10.1973, DOU 02.10.1973, com efeitos a partir de 01.01.1974)

37 TEIXEIRA FILHO. 1989., op., cit., p. 42.

1.3 Princípios que regem as provas

Colhe-se da teoria geral do direito que os princípios são enunciados juridicamente válidos que orientam a compreensão do ordenamento jurídico, com vista à elaboração, aplicação e integração das normas, possuindo, então, importância essencial em qualquer sistema jurídico.

Segundo Bandeira de Mello³⁸ princípio “é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.”

Citando F. de Castro, o professor Paulo Bonavides³⁹ ensina que os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade.

Na compreensão de José Afonso da Silva⁴⁰ os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas.

Os princípios são assim preceitos fundamentais admitidos como base de sustentação de uma ciência ou sistema jurídico, que se apresentam com funções diversas, a saber: informadora; construtora, normativa, interpretativa, integrativa.

38 BANDEIRA DE MELLO, CELSON ANTÔNIO, Curso de Direito Administrativo. 17ª ed. Malheiros Editores, p. 842/843.

39 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 7ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997, p. 229

40 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 12ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996, p. 94

Além de fundamentais, os princípios podem ser apenas técnicos, destinando-se simplesmente a orientar a aplicação da norma, vindo especificados no texto legal, por derivação dos princípios fundamentais. Nesta hipótese são direcionados ao aplicador do direito.

Vejamos, então, alguns princípios relativos à prova que se apresentam essenciais à compreensão do instituto e aplicação das regras de direito probatório.

1.3.1 Princípio da igualdade, do contraditório e da ampla defesa

A Constituição, no art. 5º, *caput*⁴¹, consagra o princípio fundamental da igualdade positivando que “todos são iguais perante a lei”. Compatibilizando-se com o princípio constitucional, a lei processual civil brasileira insere entre os deveres do juiz o de dirigir o processo assegurando às partes “igualdade de tratamento” (CPC, Art. 125, I⁴²).

Como não poderia ser diferente, no âmbito do processo também vigora o princípio da igualdade, assegurando-se às partes as mesmas oportunidades para especificação e produção das provas, tendentes a influir no julgamento da causa. Assim é que se assegura ao autor a prova dos fatos constitutivos dos seus direitos e ao réu daqueles que sejam impeditivos, modificativos ou extintivos do direito, conforme suas alegações. Além disso, produzida determinada prova não se pode olvidar o direito da parte adversa de se manifestar sobre ela e de produzir prova em sentido contrário, como é próprio do contraditório.

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

42 Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:
I – assegurar às partes igualdade de tratamento;

Tais comandos têm importância destacada na temática probatória, por ser imposição principiológica assegurar às partes iguais oportunidades de indicação e produção de provas, sob pena de se conduzir o processo à nulidade, por indevida restrição do direito de defesa.

Ressalte-se, por relevante, que a lei não exige que a parte produza determinada prova, mas apenas assegura a oportunidade de produção, deixando para a parte interessada a liberdade de produzir ou não a prova, assumindo o ônus de ação ou omissão.

Assim, o princípio da igualdade atinge a sua finalidade quando se assegura à parte a oportunidade de, querendo, produzir a prova de suas alegações.

Decorrente da igualdade das partes, a observância do princípio do contraditório se apresenta como indispensável à validade da produção da prova. Não se admite no processo as provas produzidas em segredo, sem que se faculte a sua impugnação.

O princípio do contraditório vem expresso no texto constitucional (Art. 5º, LV), nos seguintes termos: *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*. Detendo-se sobre este princípio, Nery Júnior⁴³ afirma que o “princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o *direito de ação*, quanto o *direito de defesa* são manifestação do princípio do contraditório.”

43 NEY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.122.

A relação processual pressupõe a presença de autor e réu, que devem ser tratados igualmente, especialmente na dinâmica da produção da prova, onde a oportunidade de impugnação se mostra indispensável à validade do processo. A impugnação não envolve apenas a contradição da prova, mas também a oportunidade de contraprova.

No contraditório se concretiza a ampla defesa (*nemo inauditus damnari potest*). O princípio da ampla defesa vem igualmente previsto no Art. 5º, LV, da Constituição Federal, onde se asseguram aos litigantes todos os meios e recursos a ela inerentes para defesa de seus direitos. Assim, não se admite no processo qualquer restrição ao contraditório e à ampla defesa. Se uma parte, por exemplo, juntar ao processo determinado documento é de rigor que a outra seja ouvida a respeito, sob pena de nulidade, somente afastável na ausência de prejuízo.

A ampla defesa e o contraditório se colocam, pois, como essenciais no campo da produção da prova, permitindo que as partes esclareçam os fatos, impugnem as provas inidôneas, ilegítimas ou ilícitas, em suma, contradigam as provas apresentadas pelo adversário.

1.3.2 Princípio dispositivo

Como regra a inércia é inata à jurisdição civil, cabendo às partes a iniciativa de suas pretensões, inclusive as tendentes à produção da prova. A lei processual consagra a inércia da jurisdição civil, cabendo à parte ou ao interessado provocá-la (Art. 2º do CPC⁴⁴).

44 Art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

Assim, a atividade do juiz no processo depende de pedido da parte, ressalvadas as hipóteses expressamente estabelecidas em lei, de que são exemplos, no campo da prova, os artigos 130⁴⁵, 342⁴⁶, 437⁴⁷ e 1.107⁴⁸ do Código de Processo Civil, onde o juiz se encontra, excepcionalmente, autorizado a determinar, de ofício, a produção da prova.

A iniciativa probatória do juiz, como exceção à regra geral, somente deve ocorrer quando a prova se fizer *necessária* ao conhecimento da verdade, notadamente diante da deficiência do conjunto probatório, que não permite aferir, com um mínimo de certeza e plausibilidade, a verdade dos fatos, restando impossibilitado o julgamento que, em se verificando neste contexto, se daria com base em provas contraditórias e incompletas.

Ao julgador não é permitido pronunciar o *non liquet*, devendo, então, verificando a necessidade e utilidade da prova, determinar a sua produção, suprindo, assim, a omissão das partes em proveito da busca da verdade material e da plena efetividade do processo.

1.3.3 Princípio da necessidade da prova

A prova se faz necessária porque as partes devem comprovar suas alegações, segundo as regras de distribuição do ônus da prova. É de nenhuma valia alegar fatos em juízo sem comprová-los, daí a regra processual no sentido de que cabe a quem alega o fato a sua prova. Cor-

45 Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

46 Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

47 Art. 437. O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida.

48 Art. 1107. Os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar as suas alegações; mas ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas.

relatamente, o juiz somente pode decidir conforme a prova dos fatos, ou seja, a prova é necessária à formação da convicção do juiz, que não pode decidir se fiando apenas nas alegações das partes (*secundum allegata et probata iudex indicare debet*). Agindo diversamente, o juiz estaria decidindo pelo princípio da íntima convicção, incompatível com sistema processual em vigor do livre convencimento motivado (CPC, art. 131⁴⁹).

1.3.4 Princípio da unidade ou comunhão da prova

Uma vez admitida no processo a prova passa a integrar o acervo probatório apto a formar a convicção do julgador, que não pode, assim, distanciar-se dos meios de prova carreados aos autos, devendo apreciá-los e valorá-los como um todo unitário: um conjunto de meios tendentes à comprovação dos fatos e ao alcance da verdade judicial.

Assim, pelo princípio da comunhão ou da aquisição processual, uma vez produzida, a prova passa a integrar o acervo probatório, sendo co-tejada independentemente de quem a produziu, podendo desse modo ser aproveitada por qualquer uma das partes.

A mesma regra se aplica às provas produzidas por determinação do julgador.

Segundo este princípio, uma vez produzida, a prova se desvincula de quem a produziu passando a pertencer ao processo, dele não podendo mais ser desentranhada.

⁴⁹ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

1.3.5 Princípio da legalidade

A atividade probatória não é conduzida ao bel prazer das partes, sem qualquer restrição legal quanto ao tempo, lugar, meios de produção. Ao reverso, a lei disciplina com certa rigidez o momento em que as partes devem produzir as provas, traçando as diretrizes de tempo, lugar, adequação e meios. Assim é que o *tempo* oportuno para a produção da prova, como regra, é na instância *a quo*, na fase probatória, não se admitindo que seja produzida em grau de recurso. Quanto ao *lugar*, por expressa determinação legal, salvo disposição em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência (CPC, 336⁵⁰).

Há igualmente restrição legal aos *meios* de provas, não sendo possível, como regra, a utilização de provas obtidas por meios ilícitos. Segundo a lei processual, 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 (CPC, Art. 332).

Outrossim determinados fatos somente se provam na forma especificada em lei. Assim é que o Art. 366 do CPC estabelece que “quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta”. Ou seja, exige-se *adequação* do meio de prova em relação aos fatos a comprovar.

1.3.6 Princípio da oralidade

O processo pode se apresentar de forma escrita ou oral, não havendo um procedimento genuinamente oral ou escrito. No processo civil brasileiro predomina a oralidade, especialmente na produção das provas em

50 Art. 336. Salvo disposição especial em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência.

audiência, com a inquirição de testemunhas e peritos, bem assim durante o depoimento das partes e prepostos. Exige-se, no entanto, para certos atos, a forma escrita, como a petição inicial. Amaral Santos⁵¹ ensina que a oralidade se informa pelos seguintes princípios: a) princípio da oralidade, ou da predominância da palavra falada; b) princípio da imediatidade, ou da imediação, ou da imediatidade da relação do juiz com as partes e as provas; c) princípio da identidade física do juiz; d) princípio da concentração da causa; e e) princípio da irrecorribilidade dos interlocutórios.

1.3.7 Princípio da imediação

O jurista Teixeira Filho⁵², valendo-se dos ensinamentos de Pestana Aguiar, ressalta que este princípio está, há muito, “consagrado na doutrina alemã (“Unmittelbarkeit”) e foi subdividido por *Goldschmidt* em dois outros: a) sob o ângulo subjetivo ou formal, temos o que estabelece deva o Juiz manter contato pessoal e imediato com os meios de prova, sobretudo o oral; b) sob o ângulo objetivo ou material, temos o que preconiza que os meios probantes devem estar, o quanto possível, mais próximo da percepção sensorial do Juiz e das partes.”

O princípio revela, então, a proximidade do juiz com os meios de prova, o que sentido com mais evidência durante o interrogatório das partes e na inquirição das testemunhas e peritos. Exige-se do juiz, como sujeito e diretor do processo, uma participação direta e imediata na colheita da prova, sem intermediação, notadamente na produção da prova oral.

51 AMARAL SANTOS, Moacyr. Primeira Linhas de Direito Processual Civil, v. 2, 11ª ed. 1987, p 87/88

52 TEEIXERA FILHO, 1989, p. 49

1.3.8 Princípio da liberdade da prova e da proibição da prova ilícita

A lei processual civil brasileira enumera alguns meios de provas, não os tendo, entretanto, com exaurientes. O Art. 332 do CPC, no particular, estabelece que 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.

Assim, estejam enumerados ou não no texto legal, são admitidos como prova os meios legais⁵³ e os moralmente legítimos. Contrariamente não se admitem as provas obtidas por meios ilícitos ou que atentem contra a moralidade e os princípios da dignidade humana.

Não há, pois, plena liberdade na produção da prova. As partes não têm o direito absoluto de produzir toda e qualquer prova, ainda que sejam imorais ou ilícitas. Somente são admitidos os meios legais e os moralmente legítimos. Veda-se, na nossa ordem jurídica, a utilização de provas obtidas por meios ilícitos. Neste particular a Constituição Federal é taxativa, não excepcionando qualquer tipo de procedimento, dispondo, no Art. 5º, inciso LVI, que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.*”

Portanto, não há liberdade absoluta na produção da prova. Veda-se, por exemplo, a prova obtida por meio de tortura, hipnose, com ministração de entorpecentes, do soro da verdade; obtidas clandestinamente,

53 O Código Civil Brasileiro (Lei 10.406, de 10/01/2002), no Art. 136, estabelece que:

Art. 136. Os atos jurídicos, a que se não impõe forma especial, poderão provar-se mediante:

I – Confissão.

II – Atos processados em juízo.

III – Documentos públicos ou particulares.

Doutrina Vinculada

IV – Testemunhas.

V – Presunção.

VI – Exames e vistorias.

VII – Arbitramento.



com violação do direito à intimidade ou com ofensa ao procedimento legal, como ocorre nas interceptações sem autorização judicial.

A problemática da liberdade da prova e da ilicitude da prova será objeto de ponderações mais demoradas adiante, por ser o objeto principal deste trabalho. Por enquanto anote-se, apenas, que há corrente doutrinária que veda a utilização de meios de provas obtidos por meios ilícitos, como expresso em nosso texto constitucional, e outra que a admite mediante juízo de ponderação e razoabilidade, conforme os direitos e interesses em questão.

1.4 Classificação das provas

As provas classificam-se, como regra, com base em três critérios principais: a) quanto ao objeto; b) quanto ao sujeito; e c) quanto à forma da prova.

Como ressaltado o objeto da prova reside no fato a ser comprovado. Quanto a este a prova se subdivide em prova *direta* e *indireta*. A primeira relaciona-se diretamente com o fato objeto da prova, tais como a inspeção judicial e a inquirição de testemunhas presenciais. A segunda, diversamente, não se vincula diretamente ao fato probando, mas sim a outro que conduz reflexamente, por um raciocínio lógico, àquele fato, tais como os indícios e presunções.

Tourinho Neto⁵⁴ afirma que as “provas podem ser diretas ou indiretas, conforme se refiram ao próprio fato ou *thema probandum*, ou, então, a outro, mas que, por ilação, levam ao fato probando. O testemunho *de auditu* é prova indireta. Já o testemunho *de visu* é prova direta”.

54 TOURINHO NETO. 2005., op., cit, p. 217.

Quanto ao sujeito, a prova é pessoal ou real. Sobre uma e outra Amaral Santos⁵⁵ afirma que a prova *pessoal* é toda afirmação pessoal consciente, destinada a fazer fé dos fatos afirmados enquanto que a prova *real* de um fato consiste na atestação inconsciente, feita por uma coisa, das modalidades que o fato probando lhe imprimiu.

No que toca à forma, ou seja, à maneira como apresentada em juízo, a prova pode ser testemunhal, documental ou material. A prova testemunhal, em sentido amplo, engloba o depoimento de testemunhas, de partes e peritos, a confissão. A prova documental é a afirmação escrita ou gravada de determinado fato, como as escrituras públicas ou particulares, as cartas, fotografias etc. A prova é material quando emanada da coisa, tal o corpo de delito, os exames periciais, os instrumentos do crime. Tourinho Neto⁵⁶ afirma que “a prova pode ser *pessoal*, significando a afirmação feita por uma pessoa: testemunho, interrogatório, declaração; *documental*, que é a afirmação feita por escrito; e *material*, “consistente em qualquer materialidade que sirva de prova ao fato probando”: o instrumento do crime, os *producta sceleris*, as coisas apreendidas, os exames periciais.”

As provas classificam-se, ainda, quanto a sua preparação, em causais ou simples e preconstituídas. As primeiras são aquelas preparadas no curso da demanda, como os depoimentos das testemunhas que presenciaram o fato e os documentos não representativos do fato probando. As provas preconstituídas são aquelas previamente preparadas para utilização em face de eventual litígio, como os instrumentos públicos e particulares.

55 AMARAL SANTOS, op., cit., 1987, p. 332.

56 TOURINHO NETO. 2005., op., cit., p. 218.



1.5 Fontes e meios de provas

A doutrina distingue as fontes dos meios de prova. As fontes de provas seriam os elementos externos ao processo que possam de qualquer modo influir no julgamento. São fontes de provas tanto as pessoas como as coisas, de onde se extraem informações necessárias à apreciação da causa. Os meios de prova são os instrumentos (pessoais ou reais) levados ao processo com a finalidade de revelar ao juiz a verdade dos fatos, de que são exemplos o depoimento pessoal, a prova documental, a prova pericial, a inspeção judicial etc.

Toutinho Neto⁵⁷ ensina que *fonte de prova* é “tudo quanto possa ministrar indicações úteis cujas comprovações sejam necessárias” e que *meio de prova* “é tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo.” Carnelutti⁵⁸, a respeito, se expressa do seguinte modo: “até que não se proponha terminologia melhor, chamo por minha conta *meio de prova* a atividade do juiz mediante a qual busca a verdade a provar, e *fonte de prova* ao fato do qual se serve para deduzir a própria verdade.” Oliveira Deda⁵⁹ destaca que alguns processualistas procuram distinguir meios de fontes de prova, reportando-se ao Professor Juan Montero Aroca, da Universidade de Valencia, para quem “fonte é um conceito extrajurídico, metajurídico ou ajurídico, por corresponder a uma realidade anterior e estranha ao processo, enquanto meio é um conceito jurídico e, especificamente, processual. As fontes preexistem ao processo, enquanto neste só se praticam os meios.”

Em alguns sistemas jurídicos os meios de provas são taxativos, não se admitindo as *provas atípicas*. No direito brasileiro a lei estabelece os

57 TOURINHO NETO. 2005, op., cit., p. 217

58 CARNELUTTI, Francesco. A prova Civil. Traduzido por Lisa Pary Scarpa, 4ª ed. Bookseller, 2005, p. 99.

59 OLIVEIRA DEDA, Artur Oscar. A prova no Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 15.

meios de prova que podem ser utilizados no processo, não se vinculando, entretanto, ao sistema da taxatividade legal dos meios de prova, pois admite outros meios de provas diversos dos arrolados em lei. O Código Civil brasileiro, por exemplo, no Art. 212, estabelece que o fato jurídico pode ser provado mediante confissão, documento, testemunha, presunção e perícia. Por seu turno, o Código de Processo Civil, no Art. 332, estabelece que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa. À semelhança da lei substantiva civil, o Código de Processo Civil disciplina os seguintes meios de prova: depoimento pessoal (Artigos 342 a 347), confissão (Artigos 348 a 363), exibição de documento ou coisa (Artigos 355 a 363), prova documental (Artigos 364 a 399), prova testemunhal (Artigos 400 a 419), prova pericial e inspeção judicial (Artigos 440 a 443). Além destes meios de prova, como ressaltado, são admitidos outros não especificados no Código de Processo Civil, desde que moralmente legítimos, de que são exemplos o reconhecimento de pessoas ou coisa e a prova emprestada.

1.6 Provas ilegais, ilegítimas e ilícitas

A doutrina pátria revela-se, de certo modo, assente no sentido de que as provas ilícitas e ilegítimas são espécies de provas consideradas ilegais. Ou seja, as provas ilícitas e ilegítimas seriam comuns ao gênero provas ilegais, distinguindo-se, apenas, quando ao lugar da obtenção.

No âmbito do direito Processual Penal, o Professor Luiz Flávio Gomes⁶⁰, a respeito da distinção entre provas ilícitas, ilegítimas e ilegais, tece as seguintes considerações conclusivas: “o que é decisivo para se

60 GOMES, Luiz Flávio. Lei nº 11.690/2008 e provas ilícitas: conceito e inadmissibilidade. Artigo publicado na Revista Juris Síntese nº 74 – nov/dez de 2008

descobrir se uma prova é ilícita ou ilegítima é o *locus* da sua obtenção: dentro ou fora do processo. De qualquer maneira, combinando-se o que diz a CF, art. 5º, inciso LVI (“São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”) com o que ficou assentado no novo art. 157 do CPP (“ilícitas são as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”), se vê que umas e outras (ilícitas ou ilegítimas) passaram a ter um mesmo e único regramento jurídico: são inadmissíveis (cf. PACHECO, Denílson Feitoza, Direito processual penal, 3. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 812).”

As provas ilícitas qualificam-se como sendo aquelas que transgridem as normas constitucionais, garantidoras das liberdades públicas. Colhe-se da doutrina dos Professores Scarance Fernandes, Gomes Filho e Ada Grinover aquilo que se deve entender por provas ilícitas: “Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade. Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (Art. 5º, XI, CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, CF); as conseguidas mediante tortura ou maus tratos (art. 5º, III, CF); as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, CF), etc.” (*in*, As nulidades no processo penal, p. 109).

As provas ilegais caracterizam-se, então, pela infringência à norma de direito material, seja de origem constitucional ou infraconstitucional, sendo assim consideradas *provas ilícitas*, ou pela infringência à norma de direito processual, no momento de sua produção, quando então seriam qualificadas como provas *ilegítimas*.

A Constituição Federal brasileira considera como *inadmissíveis*, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, como é expresso a res-

peito o Art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988. A norma constitucional não distingue a inadmissibilidade no âmbito do processo penal, civil ou trabalhista, de modo que a proibição da utilização de meios de provas obtidos por meios ilícitos se estende ao processo em sentido amplo.

A Constituição portuguesa qualifica como *nulas* as provas obtidas por meios ilícitos, consoante a redação do seu Art. 32, *verbis*: “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”.

É também um referencial quase inquestionado a impossibilidade de sustentar uma teoria que admita livremente as provas ilícitas após a Constituição de 1988. Afinal, o art. 5º, LVI, dispõe que “são inadmitidas, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Registre-se, por fim, que embora haja entendimento no sentido da admissibilidade da prova obtida por meio ilícito, em situações excepcionais, em que se revelam em conflito direitos fundamentais, fazendo-se, então um juízo de prevalência mediante razoabilidade e ponderação, a posição que prevalece na doutrina pátria é no sentido da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, seja por força da expressa determinação constitucional (Art. 5º, LVI), seja, ainda, com fundamento nos seguintes argumentos, tecidos, sinteticamente, por Maria Beatriz Oliveira⁶¹:

O direito é um todo unitário, formando um universo que não é composto por compartimentos estanques. Se a prova é ilícita, afronta ao direito em seu universo, não sendo admitida no processo, ainda que não seja instrumental a norma violada. O ilícito contamina todo o direito e não somente partes separadas. Não se pode olvidar que toda prova

61 OLIVEIRA, Maria Beatriz. Provas ilícitas. Revista de Direito da Defensoria Pública, Rio de Janeiro, a. 11, n. 15, p. 281, 1999.

ilícita ofende a Constituição por atingir valores fundamentais do indivíduo. E, como é reconhecido em favor do Estado uma presunção de legalidade e moralidade de seus atos, não se pode admitir, por parte de seus agentes, o uso de meios condenáveis.

1.7 Sistemas de valoração da prova

Compete às partes a indicação e produção das provas tendentes à comprovação dos fatos deduzidos em juízo. Ao julgador, por seu turno, compete avaliar as provas produzidas pelas partes e lhes atribuir o valor que mereçam, com vistas à composição da lide.

Como salienta Amaral Santos⁶², na “avaliação se desenvolve o trabalho intelectual do juiz. É ato seu. É ele quem pesa e estima as provas. Ele, que as coligiu, dirigiu, inspecionou, é quem delas vai extrair a verdade.” O jurista pátrio salienta, ainda, que “o trabalho intelectual do juiz não pode ser desordenado, arbitrário; deve seguir um critério.”

A doutrina costuma referir-se a três sistemas de valoração de prova, a saber: a) *o sistema legal*; b) *o sistema da livre convicção* e c) *o sistema da persuasão racional*.

No primeiro sistema o valor de cada prova encontra-se previamente positivado na norma jurídica; no segundo sistema, o juiz se apresenta com ampla e irrestrita liberdade para valorar a prova; no terceiro, também denominado *sistema do livre convencimento motivado*, o juiz tem liberdade para formar a sua convicção, valorando e ponderando racionalmente as provas, devendo, no entanto, motivar seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos.

62 AMARAL SANTO, 1987., op., cit., p. 381

Reportando-se à evolução histórica dos sistemas de valoração da prova, Amaral Santos⁶³ refere-se às *ordálias* ou *juízos de Deus*, onde alguém era submetido a uma prova “na esperança de que Deus não o deixaria sair com vida, ou sem um sinal evidente, se não dissesse a verdade”. Com tal sistema conviveu o *juramento*, também de caráter religioso, cuja abusividade dos juramentos falsos levou à criação da figura dos “*conspurgadores – juratores, conjuradores* – e que consistia no juramento de outras pessoas em abono da pessoa que prestava juramento”. As ordálias foram abolidas a partir do século XI sobrevivendo em substituição o sistema da tarificação das provas ou da prova legal, no qual “as regras legais estabelecem os casos em que o juiz deve considerar provado, ou não, um fato”, destinando-se a instrução “a produzir a certeza legal”. Como evidente, o juiz não tinha qualquer liberdade para interpretar e valorar as provas, previamente sopesadas pela lei.

Como reação ao sistema da prova legal, surgiu o sistema da livre convicção do julgador, que passou a ter liberdade para valorar a prova conforme sua consciência e íntima convicção. Neste sistema, salienta Almeida Garcia⁶⁴, “o juiz não tem a obrigação de apoiar-se no resultado das provas produzidas no processo, nem em qualquer meio de informação que possa ser fiscalizado pelas partes. Nesse método, o magistrado forma sua convicção acerca da verdade com a prova dos autos, fora da prova dos autos e ainda contra a prova dos autos.” O sistema da íntima convicção, como evidente, conduz a injustiças e arbitrariedades, porquanto deixa ao critério exclusivo do julgador a avaliação das provas, sem necessidade de motivação da sua decisão conforme as circunstâncias dos autos. Amaral Santos⁶⁵ adverte que o sistema peca “por ofender dois princípios fundamentais de justiça: o de que ninguém pode ser condenado sem ser ouvido (*ne inauditus condemnentur*) e o da *sociabilidade do convencimento*.”

63 AMARAL SANTOS, 1987. Op., cit., p. 382.

64 ALMEIDA GARCIA, André. Prova Civil, Saraiva, 2010, 1ª ed., p. 71

65 AMARAL SANTOS, 1987. Op., cit., p. 383.

O sistema da *persuasão racional*, atualmente adotado no processo civil brasileiro (CPC, Art. 131),⁶⁶ surgiu da necessidade de condicionar o convencimento do julgador às provas dos autos, afastando-se as injustiças decorrentes do sistema da convicção íntima. Nesse sistema o juiz avalia livremente a provas, mas não firma sua convicção de suas impressões pessoais, desapegada das provas coligidas, mas sim conforme as provas constantes dos autos. Não se admite, assim, o julgamento com base em provas estranhas ao processo.

Como esclarece Amaral Santos, a “convicção fica, assim, condicionada: a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica controvertida; b) às provas desses fatos, colhidas no processo; c) às regras legais e às máximas de experiência; e, por isso, que é condicionada, deverá ser motivada.”

Registre-se, por fim, que a adoção do sistema do livre convencimento motivado não afasta a aplicação do sistema da tarifação de provas. Aliás, no processo civil pátrio encontram-se dispositivos que se afinam com o sistema legal de provas, sendo exceção ao sistema do livre convencimento motivado. A título de exemplo veja-se o disposto no Art. 401 do CPC, onde positivado que “a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.” Outro exemplo de tarifação encontra-se no Art. 405, § 1º, III, do CPC, quando veda a oitiva, como testemunha, de menor de dezesseis anos.

66 Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

2 Provas obtidas por meios ilícitos

2.1 Considerações iniciais

A produção da prova destina-se à formação de uma verdade, seja real, tida também como material ou substancial, seja jurídica ou formal. Essa prova, no entanto, deve ser produzida conforme a ordem jurídica, pois repugna ao direito a admissão de uma prova que tenha sido obtida *contra legem* ou sem atenção às regras da moralidade.

Apresentam-se situações, no entanto, em que a prova se apresenta à consideração do julgador com vícios, sejam materiais sejam formais, demandando, assim, uma avaliação interpretativa sobre sua admissão como meio de prova no processo.

Discute-se, então, sobre a possibilidade de admissão de provas no processo civil, penal ou trabalhista ainda que não tenham sido alcançadas por meios legítimos ou moralmente aceitáveis e mesmo constituídas contrariamente à ordem jurídica.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem norma expressa determinando a inadmissão, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos (Art. 5º, LVI)⁶⁷.

O Código de Processo Civil brasileiro (Art. 332), por seu turno, afirma que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa. Deste modo, *contrario sensu*, a lei pro-

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

cessual civil brasileira afasta a utilização dos meios de prova considerados ilegais e os moralmente ilegítimos, somente admitindo os meios legais.

O direito à prova, no entanto, se apresenta como uma garantia constitucional, já que se assegura aos litigantes o devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa (CF, Art. 5º, LV), não se podendo falar em amplitude de defesa sem acesso à ampla produção de provas em juízo. Afirma-se, ainda, no processo penal, o princípio da presunção de inocência, como uma garantia fundamental do indivíduo, de tal modo a impor limites e vedações à produção de provas por meios ilegais. Surge, então, o dilema posto no confronto de tais princípios e garantias constitucionais e a possibilidade do uso no processo da prova ilegal, no seu sentido amplo, envolvendo a prova ilícita e a ilegítima.

Sobreleva, portanto, a polêmica entre a necessidade de se conformar a busca da verdade real ou jurídica, de um lado, e a necessidade de se assegurar os direitos fundamentais.

Neste contexto, ressalta Barbosa Moreira⁶⁸ que “*o problema das provas ilícitas inclui-se entre os mais árduos que a ciência processual e a política legislativa têm precisado enfrentar, dada a singular relevância dos valores eventualmente em conflito.*” (Moreira, 1996, p. 21)

2.2 Terminologias e definição

A noção que se extrai do texto constitucional (Art. 5º, LVI) conduz naturalmente à adoção da terminologia *provas ilícitas*, havendo, no entanto, quem atribua outra denominação às provas obtidas por meios não

68 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, v. 205, p. 11-22, 1996.

acolhidos pela ordem jurídica, por serem ilegais ou moralmente inaceitáveis. Neste contexto, a doutrina se refere, ainda, no meu sentir com propriedade, às provas ilícitas como categoria ou espécies das *provas vedadas*, conforme expressão haurida dos ensinamentos de Pietro Nuvolone⁶⁹, acolhidos na doutrina da professora Ada Pellegrini Grinover.⁷⁰ As provas vedadas, segundo essa doutrina, compreenderiam as provas ilícitas *estricto sensu* e as provas ilegítimas.

As provas ilícitas, propriamente ditas, seriam aquelas obtidas com violação a normas ou princípios de direito material, especialmente daqueles assentados no texto constitucional, conforme a ilação que se extrai da interpretação autêntica conferida pelo legislador no Art. 157 do Código de Processo Penal brasileiro, *verbis*: *São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*. Nesta categoria se inserem as provas colhidas com invasão de domicílio, com uso de tortura, mediante interceptação telefônica não autorizada pelo Judiciário etc.

Por seu turno, as provas ilegítimas resultam da infringência de normas de índole processual, como seria o caso da inquirição de testemunha impedida de depor ou mesmo de admissão e valoração de uma prova sem respeito ao contraditório. Ainda, seria ilegítima a prova pericial realizada sem que as partes tenham sido intimadas para acompanhá-la.

Portanto impõe-se considerar se a prova foi produzida com base em uma proibição decorrente de lei processual ou se o vício que a contamina tem natureza material, configurando, a primeira situação as chamadas *provas ilegítimas* e a segunda as assim denominadas *provas ilícitas*. Ambas, no entanto, são tidas como provas ilegais. Com efeito, como esclarece Ada Pellegrini Grinover, “quando a proibição for colocada

69 Cf. NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. In: Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1991.

70 GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades Públicas e processo penal, 1976, págs. 126-129

por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilícitamente obtida⁷¹”.

A Constituição Federal, no entanto, não se reporta a “provas ilícitas”, mas sim a provas “obtidas por meios ilícitos”, exigindo, então, alguma consideração a respeito.

Os fatos, por certo, podem ser provados por meios diversos, que podem ser lícitos ou ilícitos. A ordem jurídica repugna as provas ilícitas, sendo assim consideradas inadmissíveis. São ilícitas as provas alcançadas mediante tortura, com uso de hipnose, com ofensa às garantias individuais que asseguram a inviolabilidade do domicílio e o direito à intimidade da vida privada etc. Neste contexto verifica-se que a expressão “provas ilícitas” não tem sentido hermenêutico diverso de “provas obtidas por meios ilícitos”.

De fato, os meios de prova, como regra, são sempre conforme o direito, como é o caso da confissão, da interceptação telefônica, da prova documental ou testemunhal. O que vai de encontro à ordem jurídica processual ou material é a forma de obtenção de tais meios de prova. Assim é que uma prova testemunhal produzida mediante coação não é admitida, bem como a confissão alcançada com recurso à tortura. Também não se admite como meio de prova a captação ambiental sem autorização do Judiciário, pois isso vai de encontro ao direito posto.

Disso resulta que a expressão provas ilícitas deve ser acolhida no sentido de provas obtidas por meios ilícitos, conforme a referência do legislador constitucional.

71 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *As nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 113.

2.3 Provas ilícitas, provas atípicas e proibição de provas

Seguramente que não se confundem as *provas ilícitas* com as provas ditas *atípicas*. As provas ilícitas, como já assentado, referem-se aquelas produzidas contrariamente às normas de direito material (provas ilícitas propriamente ditas) e processual (provas ilegítimas), sendo espécies do gênero *provas ilegais*. As provas atípicas, diversamente, são aquelas não indicadas pelo legislador nos textos legais como meio apto à prova das alegações.

Assim, as provas atípicas seriam aquelas não previstas nos textos normativos não se confundindo, evidentemente, com provas obtidas com violação dos textos legais. A ausência de previsão legal, à evidência, não torna a prova atípica em prova ilícita, sendo, entretanto, possível a existência de provas atípicas ilegais (ilícitas e ilegítimas).

As provas atípicas são expressamente admitidas pela lei processual, pois resultam da cláusula de abertura contida no Art. 332 do Código de Processo Civil, quando afirma que “*Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos.*” Portanto, além do rol taxativo previsto na lei, tais como o depoimento pessoal, a confissão, os documentos, as testemunhas, a perícia e a inspeção judicial, são admitidos outros meios de provas, desde que “moralmente legítimos”. São meios de provas atípicos, por exemplo, a prova emprestada, ou seja, aquela produzida em processo e admitida como prova em outro feito.

Vê-se, então, que as provas atípicas são admitidas no direito processual brasileiro, desde que moralmente legítimas. São as provas sem denominação legal, na expressão utilizada por Carnelutti e que são admitidas desde que idôneas.

Registre-se que as provas atípicas podem ser lícitas ou ilícitas, à semelhança das provas típicas, conforme sejam produzidas com ou sem observância das regras de direito material ou processual. O uso da prova emprestada produzida sem observância do devido processo legal revela a sua ilegitimidade como meio de prova atípico.

Quanto às proibições de produção de provas, se apresentam de três maneiras diversas, a saber: a) proibições de temas de provas; b) proibições de meios de provas e c) proibição de métodos de provas. As primeiras dizem respeito às proibições quanto a determinados fatos, que não poderiam ser objeto de prova, tais como os fatos que constituem segredo de Estado, por exemplo. Também é o caso da prova da declaração injuriosa no crime de injúria (CP, Art. 140), tendo em vista a vedação da exceção da verdade. As segundas (dos meios de prova) referem-se àqueles meios de prova que não podem ser utilizados no processo por irem de encontro a um direito ou interesse que exige proteção, de que são exemplos as provas protegidas pelo sigilo profissional, bem assim os documentos que, em virtude de sigilo, não possam ser apresentados em juízo. As proibições de métodos de prova reportam-se aos meios de prova viciados pela ilicitude ou ilegitimidade, tais como a confissão obtida mediante tortura e a prova testemunhal coagida. Ou seja, não são admitidas as provas obtidas por meios ilícitos nem mesmo as provas ilegítimas, por desprezo das regras de natureza processual.

Neste tema particular (de proibição de provas) releva como consequência a proibição da valoração da prova, ou seja, sendo a prova produzida com desprezo das regras de proibição, não seria possível a sua admissão e valoração pelo julgador com vista à composição da lide. A proibição de valoração da prova, no entanto, não é absoluta. É possível, em determinados casos, que se admita a valoração, como seria a hipótese da proibição de utilização de determinados meio de prova com afastamento do impedimento legal, de que é exemplo a valoração do

depoimento sobre fatos protegidos pelo sigilo, havendo anuência dos interessados na sua produção e admissão como prova em juízo.

2.4 Origem e evolução da inadmissibilidade da prova ilícita

A problemática ligada à exclusão da prova ilícita somente recentemente mereceu maior atenção dos juristas, dado que, no passado, havia uma tendência exagerada à busca da verdade real, ainda que com sacrifício dos direitos fundamentais dos indivíduos. Assim é que se autorizava o julgamento pelo sistema do livre convencimento sem se dedicar muita atenção às consequências ruinosas advindas do uso de provas ilegais ou ilegítimas. Interessava mais à sociedade a busca da verdade real do que assegurar os direitos e garantias individuais. Como salienta Avolio⁷², os defensores da admissibilidade das provas ilícitas, devotados à busca da verdade real, “colocavam a reconstrução da realidade como princípio inspirador do processo, argumentando que prescindir de provas formalmente corretas pela tão só existência de fraude em sua obtenção seria prescindir voluntariamente de elementos de convicção relevantes para o justo resultado do processo”⁷³.

Com o passar do tempo, a prevalência pela busca da verdade real, no sistema do livre convencimento, passou a ser questionada diante dos in-

72 AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas.: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas – 4. Ed., ver. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 53.

73 Avolio reporta-se, em sua fala, à doutrina no sentido da defesa da admissibilidade das provas ilícitas: "Nesse sentido, entre os juristas alemães, SCHONKE sustentava que o interesse da coletividade deveria prevalecer sobre uma formalidade antijurídica no procedimento, como, por exemplo, a busca ilegal; GUASP reputava eficaz a prova ilicitamente obtida, sem prejuízo da aplicação das sanções civis, penais ou disciplinares aos responsáveis. Na doutrina norte-americana, FLEMING condenava a supressão da prova ilicitamente obtida, que não poderia ser afastada à custa de castigo à polícia pelo seu mau comportamento; e WIGMORE entendia que a regra de exclusão levava a considerar o oficial da lei demasiado zeloso um perigo maior para a comunidade do que o próprio assassino sem castigo; e para o juiz CARDOZO, a prova obtida ilicitamente deveria ser válida e eficaz, sem prejuízo das sanções cabíveis aos responsáveis – policiais ou particulares – por sua obtenção.– (AVOLIO, 2010, .op., cit., p. 52)



teresses em conflito, surgindo, então, tendências doutrinárias no sentido da inadmissibilidade das provas ilícitas, conforme um juízo de ponderação, contrapondo-se, assim, à diretriz então em voga que admitia as provas ilícitas, como manifestação extremada da busca da verdade real.

2.5 A admissibilidade da prova ilícita no direito comparado

2.5.1 Na Itália

Segundo o apanhado feito por Avólio, o Tribunal de Apelação de Milão, em 1880, no caso envolvendo Vigo *versus* Formenti, não aceitou a prova produzida ilicitamente por um dos litigantes, já que o fez com violação do sigilo das correspondências⁷⁴.

Naquela altura, sendo necessária abrir alguma exceção à proibição probatória, comenta Avólio, “caberia ao juiz a apreciação da validade e do peso do documento ilegitimamente subtraído da parte adversa e produzido em juízo”.

Com a ordem jurídica instaurada com a novel Constituição italiana imaginou-se uma mudança radical no campo do direito probatório, notadamente diante do movimento no sentido do reconhecimento dos direitos de liberdade. Qual a surpresa na constatação de que não houve, de imediato, uma mudança significativa no âmbito da doutrina

74 Comentando o episódio, Avólio afirma que "o próprio BELING, que reconheceu a necessidade de contemporizar as exigências processuais com os direitos do indivíduo, amarrava a propriedade à dignidade epistolar do Homem e a considerava fonte de "claras vedações probatórias". Já quanto ao segredo epistolar da Mulher o ordenamento da época conferia uma proteção subordinada ao respeito de outros valores (poder marital, dever de fidelidade da mulher), considerados, então, mais dignos de tutela." (AVOLIO, 2010, op., cit., p. 54)

e da jurisprudência italianas, que permaneceram “ligadas à velha ordem de valores”.

Neste contexto, com apoio em Trocker, Avólio escreve que a “Constituição transformou-se numa espécie de “lírica política”, o que explicaria certas teses como a que considera um “absurdo” dessumir uma regra de exclusão probatória (referente às gravações clandestinas) do princípio genérico fixado no art. 15 da Constituição.”

Ainda que ensejasse controvérsia, a doutrina majoritária caminhou no sentido da inadmissibilidade da prova ilícita no processo. Conforme referência de Avólio, Nuvolone criticava a posição de Cordeiro, segundo a qual a ilicitude da prova não a torna inadmissível, salvo se esta for em si mesma inadmissível, ou se ocorrer uma violação da norma processual. Para Nuvolone, entretanto, dever-se-ia observar a plenitude do ordenamento jurídico, que não é constituído de setores estanques, posicionando-se pela inadmissibilidade da prova ilegal no processo.

Com o advento do Código de Processo Penal italiano, em 1988, a matéria atinente à admissibilidade da prova ilícita recebeu nova roupagem, tendo em vista os termos expressos da lei processual penal daquele País. De acordo com o Art. 188⁷⁵ do *Codice di Procedura Penale* vê-se que não podem ser utilizados, mesmo com o consentimento da pessoa interessada, os métodos ou técnicas idôneas a influir sobre sua liberdade de autodeterminação ou de alterar a capacidade de recordar e de analisar os fatos.

Especificamente sobre a admissibilidade da prova obtida contrariamente à ordem jurídica, o Art. 191⁷⁶ do Código de Processo Penal ita-

75 Art. 188. Libertà morale della persona nell'assunzione della prova 1. Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla liberta' di autodeterminazione o ad alterare la capacita' di ricordare e di valutare i fatti.

76 Art. 191. Prove illegittimamente acquisite

1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate.
2. L'inutilizzabilita' e' rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento.

liano afirma que a prova adquirida com violação dos dispositivos estabelecidos pela lei não pode ser utilizada, sendo a nulidade relevante em todas as fases e graus do procedimento⁷⁷.

Portanto, a regra de exclusão prevista na lei processual penal italiana vem de encontro ao entendimento doutrinário predominante no sentido da inadmissibilidade, no processo, da prova ilicitamente obtida, ainda que em termos relativos. Isto porque, conforme entende Tonini, as provas obtidas por meio de violação de uma norma da lei penal substancial (provas ilícitas) são, em regra, utilizáveis; tornam inutilizáveis se for violada norma processual (provas ilegítimas) específica que dispõe nesse sentido, como é a hipótese do Art. 188 do CPP italiano.

2.5.2 Na Alemanha

Como ocorre no direito processual penal italiano, no âmbito do ordenamento jurídico germânico, um dos mais evoluídos e férteis no campo da teoria⁷⁸, também há norma expressa dispondo sobre a inadmissibilidade da prova ilícita no processo, colocando-se a doutrina, por

77 Detendo-se sobre o Art. 191 do Código Penal italiano, Paolo Tonini, destaca que "... a proibição idônea a gerar a inutilizabilidade é somente aquela prevista por uma norma processual. Isso pode ser extraído do *nomen iuris* do art. 191 do CPP, que se refere às provas ilegitimamente adquiridas. Se a proibição tivesse como objeto a violação de uma lei penal substancial, teria sido utilizada a expressão "prova ilicitamente adquirida". Em contrapartida, o *nomen iuris* do art. 191 refere-se às provas "ilegitimamente adquiridas". Portanto, as provas obtidas por meio de violação de uma norma a lei penal substancial (denominadas provas ilícitas) são, em regra, utilizáveis; tornam-se inutilizáveis se for violada uma norma processual específica que disponha nesse sentido (exemplo: art. 188 do CPP)". TONINI, Paulo, in A Prova no Processo Penal Italiano. Tradução de Daniela Mróz e Alexandra Martins. São Paulo: RT, 2002, p. 77)

78 O jurista Manuel da Costa Andrade ressalta a altivez do conhecimento jurídico do povo germânico, afirmando que "... a pujança da elaboração doutrinária germânica é, outrossim, a pletora de construções, já aventadas como resposta aos problemas dogmáticos das proibições de provas. Convirá recordar, desde já, por mais insistentemente referenciadas, doutrinas como a teoria da esfera jurídica (*Rechtskreisstheorie*), a teoria dos três graus (*Dreistufentheorie*) e a já direta imposição substantiva, a doutrina da ponderação de interesses, a doutrina do fim da proteção da norma (*Schutz der Norm*) ou, mais recentemente, a concepção sustentada por *Ame-lung*, assente nos conceitos de direitos de domínio de informação. A doutrina e a *praxis* das proibições de prova vê-se, aliás, revelando como um campo privilegiado de aplicação e confirmação de algumas das construções nucleares da dogmática penal substantiva. (ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, pp. 20-21)

seu turno, no sentido da exclusão da prova produzida com infração ao direito substancial.

Sobre o influxo das normas constitucionais (Artigos 1º e 2º da Lei Fundamental) que garantem a dignidade do homem e o direito à livre formação da personalidade, a doutrina reforça o entendimento no sentido da salvaguarda dos direitos do homem, deixando para trás as concepções doutrinárias sobre a preponderância absoluta do interesse público na busca da verdade. Por seu turno, o legislador, já em 1950, introduziu no ordenamento germânico a regra do § 136, a⁷⁹, da *Strafprozessordnung*, onde, na referência de Avólio, se excluem expressamente não só os maus-tratos e a aplicação de sofrimentos físicos, como as substâncias aptas a alterar, reduzir ou oprimir a capacidade de entendimento e as faculdades mnemônicas do sujeito, como também toda forma de violência moral ou pressão dolorosa realizada com expedientes inadmissíveis ou promessas de vantagens ilícitas⁸⁰.

O legislador Alemão foi além e de modo expreso proibiu, no § 136, a, 3º, a utilização em juízo de provas obtidas de forma proibida, consignando que a proibição dos parágrafos 1 e 2 do art. 136, a, são aplicáveis sem levar em conta o consentimento do acusado.

Claus Roxin⁸¹ aponta exemplos de provas ilegais segundo as normas processuais penais alemãs, distinguindo-as entre (a) proibições de tema

79 Dispõe a *Strafprozessordnung*, na sua tradução para o inglês, do seguinte modo: **Section 136a [Prohibited Methods of Examination]** (1) *The accused's freedom to make up his mind and to manifest his will shall not be impaired by ill-treatment, induced fatigue, physical interference, administration of drugs, torment, deception or hypnosis. Coercion may be used only as far as this is permitted by criminal procedure law. Threatening the accused with measures not permitted under its provisions or holding out the prospect of an advantage not envisaged by statute shall be prohibited.* (2) *Measures which impair the accused's memory or his ability to understand shall not be permitted.* (3) *The prohibition under subsections (1) and (2) shall apply irrespective of the accused's consent. Statements which were obtained in breach of this prohibition shall not be used, even if the accused consents to their use.* Disponível no seguinte endereço: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/index.html

80 AVOLIO, 2010, op., cit., p. 58

81 ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2003, p. 190.

probatório (§§ 61 e seg. BBG, e BRRG), como são os fatos probando que incidem nas hipóteses de segredo de estado e segredos em razão de ofício; (b) proibições de meios probatórios (§§ 52-55 e 81c, III); e (c) proibições de métodos probatórios (§ 136a).

A doutrina alemã afasta a concepção da inadmissibilidade absoluta da prova ilícita, admitindo-a em situações específicas, conforme juízo de ponderação de valores.

A jurisprudência, no mesmo sentido, de longa data abraçou a teoria da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), na qual prevalece um juízo de razoabilidade entre os meios empregados e os fins visados. Exige-se sempre uma valoração dos direitos em conflito, admitindo-se a derrogação de certas regras de exclusão de provas, mediante o sopesamento de valores, desde que, no caso específico, se verifique a existência de um valor mais relevante.

2.5.3 Na Espanha

No direito espanhol a doutrina majoritária orienta-se no sentido de recusar as provas obtidas por meios ilícitos, como o fazem Mareza e Navarro, ao defenderem a afirmação de que “os fatos ilícitos não devem aproveitar o seu autor”⁸².

O Art. 11 da Lei Orgânica do Poder Judiciário (LOPJ) estabelece que “*No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa ou indirectamente, violentado los derechos o liberdades fundamentales.*” A partir desta disposição da LOPJ e do que decidido pelo Tribunal Constitucional Espanhol, na STC 114, de

82 MANREZA; NAVARRO *apud* AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, op., cit., 2010, p. 63.

29.11.1984, os doutrinadores espanhóis sustentam que a prova ilícita seria aquela obtida com violação de uma norma de Direito Fundamental.

Nesse sentido Rubio afirma que, no direito espanhol, diante da interpretação dada pelo Tribunal Constitucional ao art. 11.1. da LOPJ, exposta na S.T.C 114/84, o conceito de prova ilícita estaria restrito àquelas obtidas mediante violação aos direitos e liberdades fundamentais. Estrampes⁸³, por seu turno, na mesma direção, afirma que “ (...) desde esta orientación, la prueba prohibida se deve circunscribir unicamente a los casos em que, em su obtención, dentro o fora del proceso, resulten vulnerados algunos de los derechos fundamentales recogidos en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I de nuestra Constitución.”

2.5.4 Em Portugal

A Constituição da República portuguesa tem por fundamento a dignidade da pessoa humana (Art. 1º), sendo um Estado de direito democrático baseado no “respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais” (Art. 2º). Além disso, ao cuidar dos direitos, liberdades e garantias pessoais, positiva o direito fundamental à integridade pessoal, no seu art. 25, onde dispõe que (1) A integridade moral e física das pessoas é inviolável e (2) Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos. Mais adiante, ao dispor sobre as garantias de processo criminal, no Art. 32, item 8, afirma que, *verbis*: *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.*

83 ESTRAMPES, Miranda *apud* SILVA, César Gonçalves da Silva. A prova ilicitamente obtida por particular no Processo Penal. Capinas, SP: Servanda Editora. 2010, p. 88.

A Constituição portuguesa autoriza, no entanto, em situações excepcionais, que as autoridades públicas invadam a vida privada, o domicílio, as correspondências e as telecomunicações dos cidadãos (Art. 34)⁸⁴.

Por seu turno, a Lei Processual Penal de Portugal (Aprovada pelo Decreto-lei n. 78/87, de 17 de fevereiro e Republicado pela Lei 48, de 29.08.2007), no Art. 125º, ao cuidar da legalidade da prova, estabelece que “são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei” e disciplina com profundidade as provas consideradas nulas, a ela se referindo no art. 126º, com a denominação de “métodos proibidos de prova”⁸⁵.

Segundo o Código de Processo Penal português não podem ser utilizadas, por serem nulas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, com ofensa da integridade física ou moral das pessoas. São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: a) Perturbação

84 Artigo 34.º – Inviolabilidade do domicílio e da correspondência

1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis.

2. A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei.

3. Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei.

4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

85 Artigo 126.º

Métodos proibidos de prova

1 – São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas.

2 – São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante:

a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos;

b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação;

c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei;

d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto;

e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível.

3 – Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular.

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.

da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível. Cuida-se, aqui, de nulidade absoluta, pois as provas assim obtidas não poderão, em caso algum, ser utilizadas.

Por outro lado, ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular. Assim, excetuando-se as situações previstas na lei, as provas obtidas nas referidas circunstâncias serão igualmente nulas e não poderão ser utilizadas sem o consentimento do titular do direito em causa. A disposição legal traduz hipótese de proibição relativa, já que admite o uso de tais provas desde que, a *contrario sensu*, exista o consentimento do titular do direito em causa.

Além disso, o Art. 126, item 4, do CPP português dispõe que 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.*

Ressalte-se que a lei processual civil portuguesa não possui qualquer disposição que afirme, de forma direta e expressa, o que são e quais são as provas ilícitas ou proibidas, ao contrário do que acontece na lei processual penal, conforme a disciplina do seu Art. 126, sob o título de “Métodos proibidos de prova”. Sustenta-se, no entanto, seja na doutrina seja na jurisprudência, a aplicação analógica do Art. 32, n. 8, da Constituição portuguesa ao processo civil, apesar de expressamente referenciada para o processo penal.

Neste sentido, Paulo Mota Pinto e Isabel Alexandre – in “Provas Ilícitas em Processo Civil – 1998 – Almedina, pag.s 287 e 263-265 – ao concluírem que “*No direito português, a obtenção ilícita de um meio de prova tem consequências a nível da sua admissibilidade processual, em virtude da aplicação analógica da regra do artº 32º, nº8 da CRP ao processo civil*”, e ao defenderem que nas situações em que se comprove ter havido uma abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas comunicações, estará o juiz obrigado a não admitir a prova apresentada que tenha sido obtida através desses meios.

Idêntica interpretação defende José João Abrantes, no seu Estudo intitulado “Prova Ilícita – da sua relevância no Processo Civil”, *apud* Revista Jurídica, nº 7, Julho-Setembro 1986, edição da Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAF DL), quando realça o fato de naquele Art. 32º, nº 8, da Constituição, nada mais se fazer do que especificar alguns dos direitos previstos genericamente nos artºs 25º, 26º e 34º, da mesma Constituição, direitos esses que, face ao ordenamento constitucional português (artº 18º, nº1), são diretamente aplicáveis aos particulares, e, nessa medida, podem fundamentar a inadmissibilidade de certos meios de prova, sejam estes obtidos por autoridades públicas ou particulares, em processo criminal ou em processo Cível.

No sentido da aplicação analógica da regra da regra constitucional, veja-se o seguinte precedente do Tribunal de Relação do Porto:

Sumário: I – Não sendo o CPC tão claro como o C. Proc. Pen. (art. 126º) quanto à nulidade das provas e à sua inadmissibilidade no processo civil, hão-de, todavia, as suas normas conformar-se – tal como as demais de todo o nosso ordenamento jurídico – às normas e princípios constitucionais em vigor (art. 204º da CRP), particularmente, e no que agora releva, às dos arts. 26º, nº1 e 32º, nº8, da CRP.

II – Por isso, a disciplina normativa deste art. 32º, nº8, apesar de epigráficamente referenciada para o processo penal, tem aplicação analógica ao processo cível, sendo a interpretação por analogia possível devido a não ser excepcional a regra deste art., nem as suas razões justificativas (dimanadas dos direitos individualmente reconhecidos no art. 26º, nº1 da mesma Constituição) serem válidas apenas para o processo penal (art. 126º, nº3 do Cod. Proc. Pen.).

III – Constitui abusiva intromissão na vida privada a gravação de conversas ou contactos telefónicos, sem consentimento do outro interlocutor ou autorização judicial concedida pela forma prevista na lei processual, sendo nulos quanto à sua obtenção os respectivos registos fonográficos e, como tal, inadmissíveis como meio de prova, mesmo no processo civil.

(Apelação nº 10795/08. 8TBVNG -A.P1 2ª Secção Cível Relator – Teixeira Ribeiro Adjuntos – Desembgdrs: Pinto de Almeida e Telles de Menezes)

2.5.5 Nos Estados Unidos da América

Em tema de provas ilícitas, o direito brasileiro é profundamente influenciado pelas regras aplicadas no regime judicial americano, filiado ao sistema da *common law*.

Como regra, a jurisprudência da Suprema Corte Americana considera ilegais as provas produzidas com inobservâncias das garantias constitucionais contidas nas Emendas IV, V, VI e XIV, que tratam, em suma, respectivamente, do direito do povo à segurança de suas pessoas, casas, papéis e pertences contra registros, arrestos e sequestros desarrazoados;

da necessidade de acusação formalizada, das garantias da coisa julgada, do *habeas corpus*, do *nemo tenetur se detegere* e do *due process of law*; do direito a um julgamento rápido e público perante juiz imparcial e natural; e da liberdade dos Estados de reformarem suas leis procedimentais, vinculada ao respeito, no fundo e na forma, à garantia do devido processo legal.⁸⁶

Distanciando-se do sistema da *commun law*, a jurisprudência dos Estados Unidos, em diversos casos, vem aplicando a doutrina da *exclusionary rule* (regra da exclusão), fundamentada nas Emendas IV e V, e da *fruit of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada). Com base na primeira doutrina recusa-se admissibilidade aos meios de provas obtidos ilícitamente, os quais não se prestam para fundamentar qualquer condenação. A segunda doutrina afirma que são inválidas as provas derivadas, que sejam resultantes de outra obtida ilícitamente, especialmente quando violadas as garantias constitucionais.

Aliás, no processo americano o estudo sobre a admissibilidade da prova ilícita no processo originou-se do debate sobre prova ilícita por derivação e não propriamente pelo exame da prova originariamente ilícita. Com efeito, foi a partir do caso *Mapp versus Ohio*, de 1961, que se adotou o entendimento no sentido da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo. Cuidava-se da apreensão de material obsceno na residência da Srta. Mapp, sem mandado judicial, contrariando a Constituição Federal Americana. Noutro momento, no caso envolvendo *Miranda versus Arizona*, em 1966, aplicou-se a garantia constitucional contra a *self incrimination* no momento da detenção, tendo em vista o preceituado nas Emendas 5ª e 14ª da Constituição Americana.

Oportuno ressaltar que a Constituição dos Estados Unidos não veda em suas disposições o uso de provas ilícitamente obtidas, mas apenas

86 Cf. AVOLIO, 2010, op., cit., p. 62

protege o cidadão das condutas arbitrárias do poder público, especialmente da atividade policial. Com isso, pode-se afirmar que é perfeitamente possível admitir-se a produção de provas ilícitas no processo americano, tanto é certo que assim ocorre, quando então são valoradas segundo o princípio da razoabilidade.

Castro informa que no campo do direito probatório, o ordenamento jurídico norte-americano concede relevância às regras que excluem a admissibilidade de certas provas, quais sejam: as obtidas com violação do *unreasonable search seizure*, bem como aquelas obtidas por *coerced confession* incluídas dentro das *exclusionary rule*.⁸⁷ Barbosa Moreira, a seu turno, afirma que “a prova colhida com violação de tais regras (*illegally obtained evidence*), em princípio, não pode ser levada em conta no julgamento do réu⁸⁸”.

2.6 Tendências relativas à admissão das provas ilícitas

São diversas as tendências relativas à admissão da prova ilícita: algumas no sentido da sua admissibilidade, não vendo obstáculo a que tal ocorra; outras no sentido da recusa e outras, ainda, intermediárias, apontando a inadmissibilidade, mas não de forma absoluta, pois, em determinadas situações, diante dos interesses em jogo, seria possível mitigar as regras de exclusão da prova ilícita para se acolher determinado elemento de prova essencial ao julgamento da causa, prestigiando os valores inerentes às liberdades públicas.

87 CASTRO, Raimundo Amorim de. *Provas Ilícitas e o Sigilo das Comunicações Telefônicas*. 2ª edição: Curitiba Juruá, 2010, p. 107.

88 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Processo Penal Norte-Americano e sua Influência*, Revista de Direito Renovar. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. XVIII, 2000, p. 49.

Examinando a doutrina a respeito do tema, colhe-se a lição de Antônio Scarance Fernandes⁸⁹, no sentido de que (a) a prova ilícita seria admitida à falta de impedimentos legais, punindo-se, apenas, o responsável pela produção da prova de forma ilícita. Ou seja, separam-se as consequências jurídicas da ilicitude nos campos do direito material e processual; (b) a unidade do ordenamento jurídico inviabilizaria o acolhimento da prova ilícita, já que vedada pela ordem constitucional e legal, de tal modo que, não sendo acolhida pelo direito material também não poderia sê-lo no direito processual; (c) a prova colhida com ofensa a normas de direito constitucional apresenta-se como inconstitucional, de modo que inadmissível no processo; e (d) excepcionalmente, tendo em conta a proteção de direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente previstos, superiores aos valores infringidos com a colheita ilícita da prova, cogitar-se-ia de admitir a prova produzida com ofensa à norma constitucional. Nesta última hipótese, os defensores socorrem-se dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade para justificarem a relativização da regra constitucional que veda a utilização da prova obtida por meios ilícitos⁹⁰.

89 FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 79.

90 Do mesmo modo, a lição de José Cirilo de Vargas, permite uma síntese das tendências atuais sobre a admissão da prova ilícita, a saber: "... a primeira é no sentido de se admitir a prova ilícita e apenas punir o responsável pelo ato cometido; filiavam-se a essa corrente, entre outros, Carnelutti e Rosenberg, e, entre nós, mencionaremos mediante um voto de Cordeiro Guerra, no Supremo. A segunda tendência era pela inadmissibilidade, tendo por fundamento a unidade da ordem jurídica (ilícito em um setor do Direito, ilícito em todos). Uma terceira corrente, desenvolvida inicialmente pela jurisprudência dos Estados Unidos, da Alemanha e da Itália, era também pela inadmissibilidade, reportando-se aos valores constitucionais e aos direitos fundamentais do cidadão. A quarta tendência sustentava a inadmissibilidade, mas com atenuações, baseando-se no chamado "critério da proporcionalidade" ou da "razoabilidade": reconhece-se a inconstitucionalidade e conseqüente ineficácia da prova colhida. Contudo, a proibição de admiti-la é "abrandada", quando for a única a ser produzida, visando tutelar outros valores fundamentais. Parece ter aplicação o conceito de que os fins justificam os meios (VARGAS, José Cirilo de. *In Direitos e garantias individuais no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 196-197.

2.7 A garantia da inadmissibilidade da prova ilícita e os direitos fundamentais

A Constituição assentou a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no Título que cuida dos direitos e garantias fundamentais, no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos (Art. 5º, LVI), qualificando-a, então, como uma *garantia* fundamental, que tem aplicação imediata (Art. 5º, § 1º), ou seja, prescinde de regulamentação, e não pode ser suprimida nem mesmo por emenda constitucional, já que se constitui em cláusula pétreia (Art. 60, § 4º). Vale dizer, cuida-se de uma garantia de hierarquia constitucional, de modo que não pode ser afrontada por lei infraconstitucional.

Neste contexto, quais seriam os direitos cuja violação ensejaria a declaração de inadmissibilidade da prova ilicitamente obtida? Ora, a finalidade da garantia constitucional é estabelecer um sistema processual que respeite os direitos e garantias constitucionais, daí porque não se poder extrair interpretação no sentido de que a garantia deve ser invocada diante da violação de qualquer norma, senão daquelas normas ou princípios insertos na Constituição e em leis que se destinem à proteção das liberdades públicas.

Nesse sentido, Grinover, Scarance e Magalhães ensinam que, em sentido estrito, as provas ilícitas seriam aquelas colhidas “infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade.” São, pois, ilícitas as provas obtidas com violação do domicílio ou das comunicações; as colhidas mediante tortura ou ainda com infringência à intimidade; as obtidas com violação à liberdade das pessoas, com uso de hipnose, soro da verdade, etc..

Pode-se, então, afirmar que a garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas deve ser invocada quando houver ofensa a direitos fundamentais materiais⁹¹. *Contrario sensu*, uma infringência legal que não importe em ofensa a direitos ou garantias constitucionais não autoriza que se invoque a garantia da inadmissibilidade da prova ilicitamente obtida. A violação de regras administrativas ou mesmo civis, sem relevância constitucional, não ensejam, desta feita, a exclusão da prova por aplicação da garantia da inadmissibilidade.

2.8 Justificação da inadmissibilidade da prova ilícita

Pierobom de Ávila, ao discorrer sobre a teleologia da garantia fundamental da inadmissibilidade, com base nos ensinamentos de Gössel, destaca as diversas finalidades das proibições de prova, condensadas em três linhas propostas por Florian, a saber: proteção dos direitos fundamentais (efeitos dissuasório), dimensão equitativa do processo (proteção à igualdade processual) e eticidade do processo (integridade judicial em sentido estrito), lembrando que “a primeira perspectiva está ligada a um argumento utilitarista, estas duas últimas estão ligadas a argumentos éticos, de integridade judicial”⁹²

Afirma-se, então, que num primeiro enfoque a garantia constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas tem por finalidade a proteção dos direitos fundamentais. Ao se declarar a inadmissibilidade das provas

91 Pode-se, afirmar, que as provas ilícitas não se ligam a direitos fundamentais de natureza processual, tendo em vista que a própria Constituição dispõe que são inadmissíveis "as provas obtidas por meios ilícitos", ou seja, refere-se ao meio de obtenção da prova, quando então se considera a violação ou não dos direitos fundamentais de ordem material. A violação a norma processual não acarreta a ilicitude da prova, mas sim a sua nulidade, sendo a prova, neste caso, considerada ilegítima.

92 Provas Ilícitas e Proporcionalidade: Uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, p. 117 – Disponível em <[http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Dissertação THIAGO ANDRÉ PIEROBOM DE ÁVILA – Provas Ilícitas.pdf](http://repositorio.bce.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Dissertação%20THIAGO%20ANDRÉ%20PIEROBOM%20DE%20ÁVILA%20-%20Provas%20Ilícitas.pdf)> Acesso em 22/01/2012

obtidas por meios ilícitos, elege-se um instrumento eficaz de proteção dos direitos fundamentais, capaz de dissuadir novas violações, diante da inutilidade de tais provas. Salienta Pierobom⁹³ que esta perspectiva “possui íntima relação com a teoria alemã do fim de proteção: as proibições de prova devem ser vistas como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais (*Schtzinstrumente der Individual-und Grundrechte*).”

Noutra perspectiva, agora tendo em conta a integridade judicial, Pierobom destaca duas linhas de argumentação, que justificam a inadmissibilidade das provas ilícitas. A primeira diz respeito à dimensão equitativa do processo e estabelece que toda vez que o acusado for colocado em situação de desvantagem excessiva que coloque em xeque padrões mínimos de respeito a sua liberdade, será necessária uma proibição de prova. A segunda tem fundamentação ética em sentido estrito, justificando-se a inadmissibilidade pelo receio ético de que a admissão da prova redunde na confirmação de seus efeitos e na validade teleológica das violações dos direitos, tornando o juízo cúmplice do violador e maculando sua integralidade.

3 A inadmissibilidade da prova ilícita no direito brasileiro

No aspecto legislativo, as Constituições brasileiras, até a que foi promulgada em 1988, não tratavam das provas obtidas por meios ilícitos em seus textos.

A Constituição política do império do Brasil, de 1824, embora não cuidasse das provas ilícitas, assegurava alguns direitos individuais, tais

93 Op. Cit., p. 120

como o sigilo das correspondências (Art. 179, XXVII) e a inviolabilidade do domicílio (Art. 179, VII). Somente era permitido o ingresso, à noite, com o consentimento do cidadão, ou então em casos emergenciais, como incêndio, inundação; durante o dia, na forma determinada em lei, o ingresso somente era permitido com ordem judicial.

Do mesmo modo, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1991, afirmava ser “inviolável o sigilo da correspondência” (Art. 72, § 18). Não disciplinava, entretanto, a questão das provas ilícitas.

A mesma omissão foi sentida na Constituição de 1934, que se limitou a repetir a garantia da inviolabilidade do sigilo das correspondências (Art. 133, § 8º) e anunciar que “A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá entrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos em lei” (§ 16).

As Constituições subsequentes, de 1937, 1946, 1967 e emenda Constitucional n. 1 de 1969, não teceram, igualmente, qualquer consideração sobre as provas obtidas por meios ilícitos. Seguiram a linha das anteriores, apenas assegurando certos direitos e liberdades aos cidadãos.

A Constituição Federal de 1988 aparece como um divisor de águas no trato da matéria no âmbito constitucional, estabelecendo de modo expresso que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*” (Art. 5º, LVI).

A doutrina, por certo período, oscilava a respeito da admissibilidade da prova ilícita no processo, havendo entendimentos no sentido de admiti-la no direito de família. Considerava-se que a prova deveria ser admitida, punindo-se apenas o infrator pelo ilícito cometido no momento da colheita da prova. Todavia já se desenhava àquela altura

uma tendência predominante no sentido de recusar as provas obtidas por meios ilícitos, com temperamentos conforme os interesses em conflito e considerando a incidência dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

No mesmo sentido, antes da vedação constitucional, a jurisprudência posicionava-se, especialmente no direito de família, no sentido da admissibilidade da prova obtida ilegalmente. Tal ocorria porque preponderava o entendimento de que certos direitos ligados ao estado das pessoas mereciam especial proteção, com vista à busca da verdade real.

Decisões mais antigas chegaram a admitir como válida inclusive confissão extorquida, bem assim gravações telefônicas clandestinas (ADOCAS 21/330, de 26.05/1970).

Acórdão de 1983, relatado por Barbosa Moreira, reportava-se favoravelmente à prova ilícita no processo, *verbis*: Prova obtida por meio de interceptação e gravação de conversas telefônicas do cônjuge suspeito de adultério: não é ilegal, quer à luz do Código Penal, quer do Código Brasileiro de Telecomunicações, e pode ser moralmente legítima, se as circunstâncias do caso justificam a adoção, pelo outro cônjuge, de medidas especiais de vigilância e fiscalização.”⁹⁴

Grinover⁹⁵ destaca que antes da Constituição de 1988, o que havia de mais significativo eram apenas três decisões do Supremo Tribunal Federal, banindo as interceptações clandestinas, quer em matéria civil, quer em matéria penal, “a caracterizar posição sólida já tomada pelo tribunal de cúpula do país.”

94 TJRJ, 5ª Câmara de Instrução n. 7111, rel. Des. José Carlos Barbosa Moreira, v. u. j. 22.11.1983, in RBDP 43 (1984), Uberaba, pp. 137/145.

95 GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal/Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes – 12ª ed. Rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 132.

No âmbito infraconstitucional, a Lei 11.690, de 2008, atribuiu nova redação ao Art. 157 do Código de Processo Penal⁹⁶, disciplinando a questão do seguinte modo:

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

§ 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.

O Código de processo civil, por seu turno, dispõe que 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 (Art. 332).

Vale dizer, a ordem jurídica constitucional e legal banem as provas ilicitamente obtidas, considerando-as inadmissíveis no processo. A doutrina e a jurisprudência, no entanto, ainda controvertem a respeito, existindo posicionamentos favoráveis a admissibilidade de tais provas, conforme juízo de ponderação. Não divergem, no particular, do que ocorre na doutrina mundo afora.

⁹⁶ Assim dispunha o artigo alterado: "Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova."

Segundo uma primeira corrente, a prova ilícita seria admitida sem maiores obstáculos, desde que não houvesse impedimentos legais. Afirma-se, para tanto, que os direitos processual e material são autônomos, sujeitando-se o infrator à sanção pelo ato ilícito cometido, conforme o direito material, sem, contudo, excluir a prova do processo, a não ser que seja vedada por norma de natureza processual. Ou seja, a prova é válida, embora ilícita, desde que processualmente admitida. As tendências opostas anotam, de um lado, que o direito é um todo unitário, sendo que se a prova é ilícita, afronta ao direito como um todo, não sendo admissível no processo, ainda que não seja violada norma de natureza instrumental; de outro, ressaltando o princípio da moralidade, destacam que o Estado não pode aceitar provas ilícitamente obtidas por seus agentes; e, ainda, dizem que a prova ilícita não pode ser admitida porque ofende a valores fundamentais dos indivíduos, constitucionalmente tutelados, tornando-se, por conseguinte, atingidos pelo vício de inconstitucionalidade.

Numa posição intermediária, há doutrina que embora recuse, como regra, a admissibilidade da prova ilicitamente obtida, aceita que, em determinadas situação haja um juízo de ponderação, segundo a teoria da proporcionalidade, como é conhecida na Alemanha, ou da razoabilidade, conforme propagada nos Estados Unidos da América. Ou seja, relativiza-se a regra da exclusão desde que esteja em conflito com princípio de igual ou maior valor.

3.1 A inadmissibilidade da prova ilícita como garantia fundamental

A inadmissibilidade da prova ilícita no processo, por imposição constitucional (Art. 5º, LVI), apresenta-se como uma garantia fundamental do indivíduo⁹⁷. A garantia constitucional qualifica-se como um elemen-

97 Gilmar Mendes classifica a inadmissibilidade de prova ilícita como direito fundamental pertencente à cate-

to essencial à realização de outros direitos fundamentais, contudo não se reveste de caráter absoluto. Com efeito, as normas constitucionais revelam-se essencialmente conflitantes⁹⁸, impondo-se, então, uma restrição a direitos ou mesmo a sua total exclusão, para que prepondere um dos valores em choque.

Sobre tal ponto, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de que não há, em nosso sistema jurídico constitucional, direitos ou garantias que sejam absolutos, tendo em vista que “razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos na própria Constituição.”⁹⁹

Assim, os interesses e valores que inspiram as normas jurídicas, inclusive as de raiz constitucional, não raro, entram em choque uns com os outros, de tal sorte que se torna impraticável dispensar a todos, ao mesmo tempo, integral proteção. Portanto, pode-se dizer que a regra constitucional que afirma a inadmissibilidade das provas ilícitas não se aplica sem qualquer ressalva, desconsiderando todo e qualquer valor em conflito com a regra de proibição.

Seguindo esta linha, é perfeitamente possível e comumente ocorre que a garantia da inadmissibilidade da prova ilícita entre em colisão com

goria conceituada como “direito à organização e ao procedimento”, sendo este reconhecido como elemento essencial da realização e garantia de outros direitos fundamentais.

98 MARMELSTEIN afirma que os “casos mais clássicos de colisão de direitos fundamentais são que envolvem os seguintes conflitos: o direito de informação em choque com o direito à imagem; a liberdade jornalística em confronto com o direito de intimidade; a liberdade de comunicação invadindo a esfera de privacidade dos indivíduos; a livre manifestação do pensamento violando a honra das pessoas”. Esclarece, ainda, que “Qualquer solução a ser adotada em um conflito assim resultará na restrição (às vezes, total) de um dos dois valores. Ou se privilegia o dever de respeito à liberdade de imprensa, em detrimento do dever de proteção aos direitos de personalidade, ou se prestigia o dever de proteção à intimidade, em desfavor do dever de respeitar a liberdade de imprensa.” Marmelstein, George. In Curso de Direitos Fundamentais, Atlas, São Paulo, 2008, p.366-367.

99 STF, MS 23.542-RJ, Rel. Ministro Celso de Mello.

outros direitos ou garantia fundamentais, em situações das mais diversas, exigindo-se, então, um juízo de ponderação e sopesamento de tais valores, no caso concreto, para que preponderem os interesses e valores de maior relevância na situação conflituosa.

Andrade¹⁰⁰ salienta que as considerações sobre os direitos fundamentais e os regimes de proteção de prova somente têm relevo diante do caso concreto, pontificando que o “direito das proibições de prova obedece, assim, a uma acentuada tensão para o concreto”, não sendo possível à doutrina estabelecer nem ao legislador prever, normativamente, todas as hipóteses que envolvam o tema relativo à proibição de provas. Portanto, somente no caso concreto é que se mostra viável um juízo de ponderação que revele o alcance da proibição, levando, necessariamente, a resultados diversos, conforme cada situação.

3.2 A inadmissibilidade da prova ilícita na jurisprudência brasileira

A jurisprudência brasileira, antes do advento da Constituição de 1988, chegou a admitir a prova ilícita, principalmente em causas de Direito de Família, dando ênfase à submissão da prova à livre apreciação do juiz, como revelam os seguintes precedentes históricos:

Prova. Gravação de conversa telefônica. Captação por meio criminoso. Violação do sigilo de correspondência. Meio probatório não previsto em lei. Livre apreciação, todavia, pelo juiz. (...) (Embargos 46.223 – São Paulo – 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de São Paulo – j. em 14.06.1951 – Rel. Des. Raphael de Barros Monteiro. RT 194/157)

100 ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 114/115.

Prova fonográfica. Obtenção de modo sigiloso. Admite-se prova através de fita gravada sigilosamente, dado permitir nosso Código de Processo Civil todos os meios modernos de captação de prova na pesquisa da demonstração dos fatos articulados em juízo (Agravo de Instrumento 91 – 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, j. em 07.08.1975 – Rel. Des. Goulart Pires) RP 4/403

Prova. Gravação de conversa telefônica. Desconhecimento da parte contrária. Irrelevância. Prova Admitida. A gravação feita através de fita magnética da própria conversação com terceiro e mediante o emprego de meios comuns (vale dizer, não interceptação) deve ser admitida como prova, uma vez que não há quebra da privacidade de quem quer que seja, pois se trata de gravação da própria conversação, pouco ou nada importando que a pessoa com quem se fala desconheça a existência do sistema eletrônico. (Agravo de Instrumento 30.814-1 – 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo – j. em 08.02.1983 – Rel. Des. Jurandyr Nilsson). RP 4/403.

A vedação constitucional de utilização de provas obtidas por meios ilícitos (CF/1988, Art. 5º, LVI) não foi suficiente para pacificar a questão, tendo surgido novo debate, desta feita com suscitação da teoria da proporcionalidade, como revela o precedente abaixo transcrito, de 1994:

Investigação de paternidade. Prova pericial. Exame consistente em impressões digitais de DNA. Incidência em caso de falecimento do investigado, sobre tecidos do próprio cadáver, coletados em vida ou *post mortem*, submetendo os próprios filhos menores do *de cuius* ao referido exame. Admissibilidade. Conquista da ciência que não pode ser desacolhida no contexto do processo. Exame que não chega a comprometer o princípio da inviolabilidade corporal, que, aliás, evidencia outros direitos da personalidade, que é o da paternidade, do qual resultam ainda entre outros direitos, o direito ao patronímico paterno e direito aos

alimentos. Inadmissibilidade de se permitir o seu impedimento, ante a amplitude de provas admitidas na lei processual. Recurso provido para se viabilizar a perícia pretendida. Voto vencido. (agravo de Instrumento 8.137 – 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina – j. em 19.04.1994 – Rel. Des. Napoleão Amarante. RT 720/220).

Por oportuno, ressalte-se que a submissão obrigatória a exame médico, notadamente de DNA, foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* 71.373-4 – Rio Grande do Sul (j. em 10.11.1994 – DJU de 22.11.1996), entendendo que ninguém pode ser constrangido, contra a vontade, a um exame que implique retirada de material hematológico de seu corpo, pois isso feriria as garantias constitucionais de preservação da integridade física, intimidade e dignidade humana, ressaltando, ainda, que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Antes mesmo do advento da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal, em 1977, decidiu caso paradigmático que serviu de base à tese de inadmissibilidade das provas ilícitas:

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 (CPC, art. 332). Recurso extraordinário conhecido e provido (Recurso Extraordinário 85.439 – RJ – 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal – j. em 11.11.1977 – Rel. Min. Xavier de Albuquerque) RTJ 84/609.

Noutra oportunidade, no julgamento do Recurso Extraordinário 100.094-5, Rel. Ministro Rafael Mayer, ao cuidar de captação de prova mediante a interceptação telefônica e à revelia do comunicante, o STF reafirmou seu entendimento no sentido da inadmissibilidade da prova ilícita, afastando a sua divulgação em audiência de processo judicial, por ferir o direito constitucional ao recato ou intimidade, *in verbis*:

Prova documental. Mandado de segurança. Impetração ante o deferimento de redução a escrito de conversa telefônica captada clandestinamente. Caracterização de ofensa do direito ao recato. Cabimento e procedência do *mandamus*. CF/67, art. 153, § 9º, CF, art. 5º, XII. Ementa oficial: Direito ao recato ou à intimidade. Garantia constitucional. Interceptação de comunicação telefônica. Captação ilegítima de meio de prova. Art. 153, § 9º, da Constituição Federal. Art. 332 do CPC. Infringente da garantia constitucional do direito da personalidade e moralmente ilegítimo é o processo de captação de prova mediante a interceptação de telefonema, à revelia do comunicante, sendo, portanto, inadmissível venha a ser divulgada em audiência de processo judicial de que sequer é parte. Lesiva a direito individual, cabe o mandado de segurança para determinar o trancamento da prova e o desentranhamento, dos autos, da gravação respectiva. Recurso extraordinário conhecido e provido. (Recurso Extraordinário 100.094-5 – PR – 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal – j. em 28.06.1984 – Rel. Min. Rafael Mayer). JB 153/35

Atualmente, diante da cláusula constitucional, o Supremo Tribunal Federal tem firme posição no sentido da inadmissibilidade da prova ilícita no processo. Veja-se, a título de exemplo, a seguinte passagem do Voto lançado pelo Ministro Ilmar Galvão (Ação Penal 307-3-DF – DJU de 13.10.1995) que deixa evidente a posição do Tribunal quanto às provas ilícitas:

(...) é indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade em uma eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver em estado de direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Heleno Fragoso, em trecho

de sua obra Jurisprudência criminal, transcrita pela defesa. A Constituição brasileira, no art. 5º, inc. LVII, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

4 A vedação da prova ilícita e o princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso aparece como exceção à regra que veda a utilização de provas ilícitas no processo.

A aplicação de tal princípio conduz a um juízo de ponderação no sistema de vedação de provas ilícitas, no qual se realiza uma seleção entre valores constitucionalmente relevantes e que se encontram em conflito. Marinoni e Arenhart lembram que todos os países que adotaram o sistema de proibição de provas ilícitas foram obrigados a aceitar exceções à regra a fim de “preservarem determinados bens e valores dignos de proteção”, explicando que “com base na regra da proporcionalidade, os tribunais americanos e alemães admitem exceções à proibição das provas ilícitas quando necessário à realização de exigências superiores de natureza pública ou privada, argumentando que a proporcionalidade é essencial para a “justiça no caso concreto””.¹⁰¹

Inicialmente concebida no direito administrativo, visando impedir a prática de condutas gravosas aos direitos dos administrados, diante do exercício exacerbado do poder de polícia, a teoria da proporcionalidade foi transportada para o direito constitucional pelos Alemães, no pós-segunda guerra mundial, quando então se dedicou especial atenção aos direitos fundamentais na Constituição. Com ele, ao tempo da Constituição alemã de 1949, o direito germânico solidificou o princípio da

101 MARINONI e ARENHART, Prova, op., cit., pp. 270-271.

proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais (*Wissensgehaltsgarantie*), ao dispor que tais direitos somente seriam restringidos por lei necessária, geral e que não afete o conteúdo essencial desses direitos.

A aplicação da proporcionalidade pressupõe a observância de três aspectos, a saber: necessidade (*Erforderlichkeit*), adequação (*Geignetheit*) e proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) da medida de restrição aos direitos fundamentais. Ou seja, os direitos fundamentais somente podem ser restringidos se presentes tais dimensões justificadoras.

Assim é que, por exceção à proibição legal, se admite a utilização de provas obtidas ilicitamente, quando tal se apresente, no caso concreto, como medida razoável de proteção de direitos fundamentais. Isso ocorre, de regra, quando o conflito se coloca entre valores ou exigências de igual envergadura, exigindo, pois, uma ponderação ou balanceamento de tais valores ou interesses conflituosos, conduzindo, nesse passo, a um juízo de razoabilidade e proporcionalidade, em que, sendo a hipótese, há o sacrifício ou restrição a um direito fundamental em proveito de outro merecedor de uma tutela especial.

Nesta linha, o princípio da proporcionalidade reconhece a ilegalidade ou inconstitucionalidade das provas obtidas por meios ilícitos, no entanto, mitiga sua eficácia, excepcionalmente, no caso concreto, para aceitar como válidas provas assim colhidas, desde que diante de interesses ou exigências públicas ou privadas de relevo, conduzindo, assim, neste juízo de ponderação, a um equilíbrio jurídico entre os valores em conflito.

4.1 Críticas ao uso da proporcionalidade

A doutrina apresenta crítica ao uso da proporcionalidade como exceção à regra de exclusão das provas obtidas por meios ilícitos. Assim o faz afirmando que o princípio encerra certo subjetivismo, que pode conduzir a interpretações indesejadas e até perigosas, como adverte Ada Pellegrine Grinover¹⁰². Avolio¹⁰³, no mesmo sentido, afirma que a “teoria encerra um subjetivismo ínsito, que já deflui da impossibilidade de enunciação dos seus elementos essenciais— interesses e valores – num plano abstrato”. Não é outra a opinião de Aranha¹⁰⁴, ao salientar que embora a teoria seja sedutora apresenta pontos negativos dentre os quais figura o subjetivo de sua admissão ou rejeição, levando a abusos e à insegurança.

Vê-se razão nessa ressalva à utilização da teoria, pois, de fato, impregnada de subjetivismo, inata à atividade de interpretação e de aplicação do direito. Esse subjetivo não pode, entretanto, colocar-se como impeditivo da admissão da proporcionalidade em tema de provas ilícitas. Com efeito, há situações em que o subjetivismo do julgador deve imperar e tal deve ocorrer exatamente quando em choque interesses, valores e exigências de ordem pública ou privada em que a utilização e valoração da prova ilicitamente obtida se colocam, excepcionalmente, como hipóteses possíveis e razoáveis de solução da controvérsia, recompondo-se a harmonia do sistema, diante do aparente conflito entre interesses similares.¹⁰⁵

102GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas ...*, p. 189

103AVOLIO, op., cit., p. 79

104ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*, p. 55

105Grinover, no particular, ressalta que "embora reconhecendo que o subjetivismo ínsito no princípio da proporcionalidade pode acarretar sérios riscos, alguns autores têm admitido que sua utilização poderia transformar-se no instrumento necessário para a salvaguarda e manutenção de valores conflitantes, desde que aplicado única e exclusivamente em situações tão extraordinárias que levariam a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes se inadmitida a prova ilicitamente colhida". Grinover, *As Nulidades...* p. 129.



Por seu turno, Alexandre¹⁰⁶ não enxerga viabilidade na ponderação de interesses para permitir o aproveitamento das provas obtidas por meios ilícitos no processo civil, argumentando que a existência de um interesse da parte que apresenta a prova ilícita não pode justificar a prática, pelo juiz, de um ato contrário à Constituição. Além disso, a autora ressalta que é difícil vislumbrar um conflito de princípios constitucionais em casos como esses, ponderando que o direito à prova não poderia ser alegado como contrapeso dos direitos fundamentais violados, já que se situa em posição inferior a destes, sendo justificada a sua lesão. Por outro lado, assevera que 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, seria 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?

4.2 Critérios para aplicação da teoria

ANDRADE¹⁰⁷ salienta que as considerações sobre os direitos fundamentais e os regimes de proteção de prova somente têm relevo diante do caso concreto, pontificando que o “direito das proibições de prova obedece, assim, a uma acentuada tensão para o concreto”, não sendo possível à doutrina estabelecer nem ao legislador prever, normativamente, todas as hipóteses que envolvam o tema relativo à proibição de provas.

Portanto, somente no caso concreto é que se mostra viável um juízo de ponderação que revele o alcance da proibição, levando, necessariamente,

106 ALEXANDRE, Isabel. Provas ilícitas em Processo Civil. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 117.

107 ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 114/115

te, a resultados diversos, conforme cada situação. Neste contexto, Avolio, como apoio em Trocker, sustenta a necessidade de definição dos critérios de aplicação da teoria, com a determinação (a) dos valores em jogo; (b) da ordem (normativa) das prioridades; e (c) do cânone da proporcionalidade (entre o meio empregado e o fim a ser obtido). Com isso evitar-se-iam os equívocos e incertezas decorrentes da aplicação do critério da proporcionalidade na solução dos conflitos de interesse.

De fato, considerando que a proporcionalidade destina-se a resolver um conflito entre normas jurídicas, notadamente um conflito entre princípios, é essencial a determinação dos bens jurídicos em contraste para admitir meios de prova ilícitos. Assim, um primeiro critério a ser observado é a *determinação dos bens jurídicos em conflito*.

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 âmbito do processo civil: a) 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; b) 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; e c) punibilidade: se a conduta da parte que se vale da prova ilícita é antijurídica/ilícita, o juiz deve tomar as providências necessárias para que seja punida nos termos da lei de regência (penal, administrativa, civil etc.)¹⁰⁸.

108 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.

Hamilton Demoro¹⁰⁹ também aponta alguns critérios balizadores para a aplicação do Princípio da Proporcionalidade, a saber: 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.

Barbosa Moreira¹¹⁰ 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 dano superior ao benefício trazido à instrução do processo. E diz que, em suma, seria verificar se de dois males se escolheu o menor.

4.3 A teoria da proporcionalidade e a jurisprudência brasileira – precedentes

A jurisprudência, por seu turno, só excepcionalmente, tem aplicado o teoria da proporcionalidade para exclusão da regra de proibição das provas ilícitas. Os diminutos precedentes, em sua maioria no campo do direito processual penal, revelam certa aversão das cortes brasileiras quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade, como decorrência natural da cláusula constitucional que veda a admissão, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos.

109HAMILTON, 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.

110BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: _____. Temas de direito processual, sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 146.

O Supremo Tribunal Federal, na vigência da Constituição de 1988, deixou assentado, no voto condutor do Ministro Sepúlveda Pertence (HC 69.912-0 RS), que “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.” Em outra oportunidade, no HC 80.949, o STF, mais uma vez na voz do Ministro Sepúlveda Pertence, reafirmou que “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.”

Seguindo a mesma diretriz, em tema de processo penal, o Ministro Celso de Mello, do STF, no Habeas Corpus 82.788, considerando abusiva a apreensão de documentos realizada pela Receita Federal, lançou o entendimento no sentido de que “a ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do “*due process of law*” que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A “*Exclusionary Rule*” consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. — A Constituição da República, em norma reves-

tida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “*male captum, bene retentum*”.”

Como se nota, a manifestação do Supremo Tribunal Federal, no direito processual penal, exclui qualquer possibilidade de mitigação da regra de exclusão das provas ilícitas, negando peremptoriamente a admissão no processo de provas obtidas por meios ilícitos. Consagra, ainda, a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) excluindo do processo todas as provas decorrentes, direta ou indiretamente, das provas ilicitamente obtidas. Ou seja, recusa admissibilidade igualmente às provas ilícitas por derivação.

4.4 A teoria da proporcionalidade e a jurisprudência portuguesa – precedentes

No Acórdão nº 607/2003¹¹¹, do Tribunal Constitucional português (tirado sobre a relevância probatória de diários apreendidos em buscas policiais), foi realizada profunda explanação da doutrina nacional e internacional sobre o tema da admissibilidade da prova, formulando-se a seguinte conclusão, em torno do Art. 32º, nº 8, da Constituição portuguesa: “...deve considerar-se que quando a Constituição prescreve, no

111 Disponível em – <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030607.html> – acesso em 02.07.2012.

art. 32º, nº 8, concretizando, neste plano, o valor da dignidade humana assumido como princípio estruturante no seu artº 1º, que “são nulas” todas as provas obtidas “mediante abusiva intromissão na vida privada”, está a prever não só a imposição de condicionamentos formais ao acesso aos meios de prova que represente uma intromissão na vida privada, como, também, a existência de restrições à valoração de provas, que devem aferir-se, conforme o exposto, pelas exigências do princípio da proporcionalidade, sempre ressalvando a ineliminável dignidade e integridade da pessoa humana”.

Na linha do Tribunal constitucional, o Tribunal da Relação de Lisboa (Processo n. 321/05.6TMFUN-C.L1-7) lançou decisão reconhecendo a necessidade de ponderação de interesses quando evidenciado o conflito entre direitos fundamentais, como adiante de vê:

Sumário: 1. No âmbito da OTM (art. 157º), nos termos do art. 385º, do CPC, aplicável ao caso, por força do disposto no art. 161º, da OTM, o tribunal pode deixar de ouvir o requerido, se a sua audiência puser em risco sério o fim ou a eficácia da providência, sendo o requerido notificado da decisão que a ordenou, após a sua realização.

2. A recusa de um meio de prova deve ser sempre fundamentada, sendo certo que o direito processual civil português não contém, nenhuma norma que regule especificamente a inadmissibilidade da chamada prova ilícita (ilicitude material).

3. No que toca a certos direitos fundamentais, (como será o caso do direito à intimidade), perante uma eventual colisão de direitos, a admissibilidade do meio de prova deve ser encontrada à luz da ponderação dos interesses em jogo, averiguando, caso a caso, qual o direito fundamental atingido e as circunstâncias que rodearam a actuação «lesiva».

4. No que respeita à guarda, as crianças devem ser confiadas ao progenitor que demonstre ter mais condições para garantir o seu desenvolvimento harmonioso, numa atmosfera de afecto e segurança moral e material.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa – Processo n. 321/05.6TMFUN-C.L1-7. Relatora – MARIA DO ROSÁRIO MOR-GADO – 7ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa. Decisão Unânime.

São relevantes os fundamentos jurídicos tecidos pela Relatora do referido Acórdão, justificando a utilização da teoria da proporcionalidade:

O art. 515º, do CPC determina que “o tribunal deve tomar em consideração todas as provas produzidas, tenham ou não emanado da parte que devia produzi-las (...)”.

Trata-se da consagração do princípio da aquisição processual. Daqui decorre que a recusa de um meio de prova deve ser sempre fundamentada, sendo certo que o direito processual civil português não contém nenhuma norma que regule especificamente a inadmissibilidade da chamada prova ilícita (ilicitude material).

Sobre a questão, no direito comparado, várias soluções doutrinárias têm sido adiantadas, confrontando-se as teses favoráveis à admissibilidade, à inadmissibilidade e as chamadas teses mistas. O panorama revela-se, porém, pouco claro, dada a ausência de regulamentação legislativa sobre o assunto, na generalidade dos ordenamentos jurídicos.

Há, porém, quem entenda que o disposto no art. 32º, nº8, da CRP, sob a epígrafe «garantias de processo criminal», no qual se estabelece que «são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações» é de aplicar analogicamente ao processo civil, atendendo a que «no caso omissis procedem as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei» (art. 10º, nº2, CC).

Não é, contudo, uma solução inteiramente pacífica, sobretudo se tivermos em conta que a lei ordinária continua a consagrar diferentes soluções no âmbito do processo penal e do processo civil que deixariam de se justificar se a norma constitucional fosse de aplicação imediata a todos os ramos do direito.

Parece assim mais adequado, pelo menos no que toca a certos direitos fundamentais: ../../../../Documents and Settings/mariarosario/Os meus documentos/JURISPRUDÊNCIA/ANA RESENDE/32105MRM.doc – ft5, (como será o caso do direito à intimidade), perante uma eventual colisão de direitos, encontrar a solução à luz da ponderação dos interesses em jogo, averiguando, caso a caso, qual o direito fundamental atingido e as circunstâncias que rodearam a actuação «lesiva».

Note-se que, mesmo aqueles que aceitam a aplicação analógica do art. 32º, nº8, da CRP, defendem que só seria abusiva, em termos de obstar à admissibilidade da prova, quando se não tenha visado a sua utilização como meio probatório. Ora, nessa medida, a questão desloca-se do plano da admissibilidade para o da valoração.

Nesta perspectiva, não decorrendo da lei a proibição absoluta de admissibilidade daquele elemento de prova, considerando a espécie de providência requerida e os seus fundamentos, bem como as circunstâncias em que foi obtido o aludido elemento de prova, fazendo, por sua vez, como se impõe, o confronto dos interesses em litígio, inclinamo-nos para reconhecer a sua admissibilidade.

4.5 A teoria da proporcionalidade e a doutrina pátria

Parte da doutrina pátria também rechaça a possibilidade da aplicação do princípio da proporcionalidade para justificar a admissão de provas ilícitas. Barroso e Barcelos afirmam que a Constituição expressamente “retirou a matéria da discricionariedade do julgador e vedou a possibilida-

de de ponderação de bens e valores em jogo. Elegeu ela própria o valor mais elevado: a segurança das relações sociais pela proscricção da prova ilícita.”¹¹² No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover afirma que “não há margem para aplicação do princípio da proporcionalidade, porque o constituinte não deu margem a qualquer exceção. O sistema constitucional brasileiro partilha da 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.”¹¹³

Não obstante o entendimento do Supremo Tribunal Federal e de doutrina conceituada sobre a matéria, a tendência é que se adote, no Brasil, o princípio da proporcionalidade, como ocorre no direito estrangeiro, de modo excepcional, como forma de preservação de direitos fundamentais que se apresentam com maior relevância no caso concreto, devendo-se, para tanto, guiar-se pela ponderação de valores, averiguando-se a necessidade, adequação e proporcionalidade (*stricto sensu*) da medida excepcional de exclusão da regra geral que veda a prova ilícita.

5 Inadmissibilidade das provas ilícitas e exceções

Se de um lado consagra-se o direito à prova como fundamental ao devido processo legal, com contraditório e a ampla defesa, por outro, se nega a admissão em juízo das provas obtidas por meios ilícitos. Há neste campo uma constante tensão entre interesses e exigências de ordem pública e privada que não recomenda um posicionamento extremado no sentido da inadmissibilidade de qualquer prova ilicitamente obtida,

112Barroso, Luís Roberto; Barcelos, Ana Paula de. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. Revista Trimestral de Direito Público, n. 24/14, 1998.

113GRINOVER, 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.

como sanção destinada a coibir a violação de direitos fundamentais. Como recomenda a doutrina mais avisada, é preciso mitigar os efeitos da regra de exclusão em determinados casos nos quais a inadmissibilidade da prova ilícita possa conduzir ao sacrifício de outros direitos e valores tão relevantes quanto ao que se pretende proteger. Afirma-se, pois, como indispensável um juízo de ponderação em que se examine a proporcionalidade da regra de exclusão.

Examinam-se, em seguida, algumas situações em que se admite no processo a prova ainda que conseguida por meios ilícitos ou moralmente ilegítimos.

5.1 Provas ilícitas pro reo

A doutrina pátria tem admitido a prova ilícita *pro reo* mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade. Avolio afirma que a aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio do *favor rei* é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e pela jurisprudência.¹¹⁴ Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães Filho¹¹⁵, na mesma linha, admitem a prova ilícita a favor do réu, como manifestação do princípio da proporcionalidade, inclusive quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado. Nestes casos, a ilicitude seria eliminada por causas legais, como a legítima defesa e o estado de necessidade, que excluem a antijuridicidade.

114AVOLIO, Provas Ilícitas, p.80.

115Grinover, Scarance, Magalhães Filho. As nulidades no processo penal, p. 130.



5.2 Provas ilícitas em favor da acusação (pro societate)

A doutrina dominante é no sentido de que a prova ilícita somente pode ser admitida em favor do réu, recusando, assim, a aplicação do princípio da proporcionalidade quando a prova se destinar a prejudicar o acusado, ou seja, *pro societate*.

A posição do Supremo Tribunal Federal é predominantemente no sentido de recusar validade às provas obtidas por meios ilícitos, sem admitir juízo de ponderação.

Todavia, em situações excepcionais, a Suprema Corte já caminhou no sentido da admissão da aplicação da ponderação de interesses em proveito da sociedade.

Com efeito, em Acórdão proferido pelo Ministro Celso de Mello, ponderando os bens jurídicos em conflito, o STF se posicionou no sentido da possibilidade de se restringir um direito fundamental em benefício da sociedade, *verbis*: E m e n t a: *Habeas Corpus* – Estrutura formal da sentença e do acórdão – Observância – Alegação de interceptação criminosa de carta missiva remetida por sentenciado – Utilização de cópias xerográficas não autenticadas – Pretendida análise da prova – Pedido indeferido. – (...) – *A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.* – O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de “habeas corpus”. (HC 70.814-SP. 1ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. J.01/03/94. DJ. 24/06/94.).

A proibição da utilização de provas ilicitamente obtidas em desfavor do acusado decorre de norma constitucional, não havendo controvérsia quanto a este ponto, tendo em vista a garantia inserta no Art. 5º, LVI, da Constituição Federal.

A indagação a ser feita é se não é possível, em casos excepcionalíssimos, afastar a vedação constitucional quando em conflito valores superiores que recomendam, mesmo diante da ilicitude da prova, que seja aplicada contra o acusado. O mesmo questionamento é feito por Capez, nos seguintes termos: “seria mais importante proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, do qual se serve para planejar crimes, do que desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas, que ceifa milhões de vidas de crianças e jovens? Certamente não. Não seria possível invocar a justificativa do estado de necessidade?”¹¹⁶

No meu pensar a garantia da inadmissibilidade da prova ilícita pode ser relativizada, excepcionalmente, no âmbito do processo e diante do caso concreto, quando em confronto com valores relacionados à dignidade da pessoa humana. Assim, em casos de crimes hediondos, de tráfico de drogas, tortura, terrorismo, dentre outros, é possível, em tese, ponderar e flexibilizar a regra da exclusão da prova ilícita em favor da acusação, evitando-se, com isso, que a vedação da utilização das provas, ainda que ilicitamente colhida, acarrete profunda e evidente injustiça.

Nessa linha, Pacelli de Oliveira¹¹⁷ entende que o critério da proporcionalidade “poderá validamente ser utilizado, nas hipóteses em que não estiver em risco a *aplicabilidade potencial e finalística* da norma da inadmissibilidade.” O autor complementa seu raciocínio dizendo: “quando não se puder falar em incremento ou no estímulo da prática de ilegalidade

116 CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.307.

117 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. 4ª ed. rev. atual. Ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 302.

pelos agentes produtores da prova, pensamos ser possível, em tese, a aplicação da regra da proporcionalidade.”

Pierobom de Ávila¹¹⁸ aponta categorias aptas a relativizar o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas *pro societate*. A primeira situação se desenha quando ocorre *abuso de garantias constitucionais*. Assim, admitir-se-ia a gravação de conversa pelo próprio interlocutor que está sendo vítima de crime (extorsão, ameaça, corrupção etc.). A vítima, nestes casos, estaria agindo em legítima defesa, causa excludente da ilicitude. Permitir-se-ia, inclusive, a gravação feita em legítima defesa de terceiro. Outra hipótese excepcional, que admite relativizar a inadmissibilidade da prova ilícita surge diante da *exceção de boa-fé*, ou seja, certas atuações putativas dos agentes configuram situação de ausência de dolo ou de culpa grave na violação dos direitos fundamentais. Avaliam-se, nestes casos, requisitos objetivos de ausência de culpa. As *descobertas casuais de provas* (conhecimentos fortuitos) também permitem afastar a proibição de provas. Com efeito, seria a hipótese de informações obtidas casualmente, com restrição de um direito fundamental, em diligência destinada a finalidade diversa. A polícia, por exemplo, ingressa em domicílio com ordem judicial para proceder a busca e apreensão de entorpecentes, mas, diversamente, descobre, casualmente, outro crime, não alcançado pela ordem judicial. Outrossim acolhe-se, ainda, a prova originalmente ilícita, quando houver *descontaminação posterior*, seja diante da possibilidade de renovação posterior do ato viciado, seja quando o titular do direito violado confirmar o teor da prova. O autor reporta-se, ainda, às situações de violações de direitos fundamentais por particulares, referindo que no direito alemão não há restrição à admissão de provas ilícitas obtidas por particulares, diferentemente do entendimento adotado pelo STF.

118PIERIBOM DE ÁVILA. Provas Ilícitas e proporcionalidade ..., op., cit, págs. 201-232

5.3 Provas ilícitas por derivação

As assim consideradas provas ilícitas por derivação são aquelas em si mesmas lícitas, mas que foram colhidas a partir de provas ilicitamente obtidas. É o caso da apreensão de drogas, cuja descoberta do local onde se encontravam armazenadas fora obtida mediante interceptação telefônica realizada sem autorização judicial. Ou ainda a confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que assim é regularmente apreendido. Como se nota, a prova subsequente deriva de outra ilicitamente produzida. A questão controversa é saber se essas provas, formalmente lícitas, mas derivadas de provas materialmente ilícitas, podem ser validamente acolhidas no processo.

A matéria foi recentemente regulada pela Lei 11.960, de 2008, que deu nova redação ao Art. 157 do CPP, o qual, no § 1º, dispõe que 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. 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.

Conforme a regulamentação legal, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são igualmente excluídas do processo.

A prova ilícita por derivação deu origem, na jurisprudência dos Estados Unidos, à propagada teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) pela qual o vício da planta alcança todos os seus frutos. Assim, segundo essa teoria, a ineficácia que contamina as provas ilícitas repercute nas provas derivadas, ainda que lícitamente colhidas.

Como salienta Grinover¹¹⁹ é preciso atentar para as limitações impostas à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação pelo próprio Supremo norte-americano e pela doutrina internacional, pois “excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outra é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito; ou, ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em *independente source* e, no segundo, na *inevitable discovery*.”

Com efeito, não evidenciado o nexo de causalidade entre a prova ilícita e a prova derivada não há falar em ineficácia desta. Do mesmo modo, se a prova derivada puder ser obtida por uma fonte independente da originária nada impede sua admissão no processo.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em posição dominante, passou a ser pelo acolhimento da doutrina dos frutos da árvore envenenada, conferindo eficácia à regra de exclusão das provas ilícitas por derivação, somente afastada quando ausente nexo de causalidade com a ilicitude originária. Nesse sentido foi a decisão lançada pelo STF no julgamento do HC 93.050/RJ (Re. Min. Celso de Mello), cuja ementa pode ser conferida no Anexo I.

Registre-se, por fim, que as provas derivadas das ilícitas poderão ser acolhidas no processo mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, desde que evidenciados seus pressupostos, quais sejam, necessidade, adequação e proporcionalidade restrita. Com efeito, já se afirmou que as liberdades públicas não têm caráter absoluto, podendo ser afastadas quando em conflito com valores de igual ou superior relevância.

119GRINOVER. Nulidades .. p. 130.

5.4 Prova emprestada

No particular, questiona-se se a prova lícitamente colhida no processo penal, como é exemplo a interceptação telefônica, poderia ser transportada para o processo civil.

Colhe-se da doutrina e jurisprudência que a prova emprestada pode ser admitida quando a parte contra quem foi produzida participou efetivamente de sua produção. Sem isso, exige-se que a prova seja ratificada no juízo civil, em atenção ao princípio do contraditório. Avolio¹²⁰ salienta, no entanto, que “não se exige efetividade do contraditório, bastando que a parte interessada tenha ao menos tido ciência da existência dessa prova, e que também seja parte no segundo processo.”

A doutrina, no entanto, diverge quanto a utilização do resultado da interceptação no processo civil. Alguns autores afirmam a impossibilidade do aproveitamento da prova no processo civil, tendo em vista os parâmetros constitucionais limitativos; somente seria possível a utilização da prova em outro processo penal. Outra parcela da doutrina afirma a possibilidade, como o fazem Ada Grinover, Scarance e Gomes Filho¹²¹, ressaltando, entretanto, que “se a prova emprestada for indevidamente transportada para o segundo processo, em violação ao princípio do contraditório, configuraria prova ilícita, sujeita às correlatas consequências processuais (inexistência como prova, ineficácia e nulidade da sentença que nela se fundamentar).”

120 AVOLIO, Provas Ilícitas, p. 90.

121 GRINOVER, Scarance, Gomes Filho. As Nulidades ..., p. 120.



6 Ineficácia da admissão da prova ilícita

Diante de expressa determinação constitucional (Art. 5º, LVI) e legal (Art. 157 do CPP), as provas obtidas por meios ilícitos não são admitidas no processo. Como consequência disso, as provas ilícitas são tidas como inexistentes e, pois, sem qualquer eficácia como meio de prova. Admitidas que sejam no processo e utilizadas para fins de julgamento acarretam a nulidade da sentença, sujeitando-a à reforma, rescisão ou revisão.

7 Considerações conclusivas

Se de um lado consagra-se o direito à prova como fundamental ao devido processo legal, com contraditório e a ampla defesa, por outro, se nega a admissão em juízo das provas obtidas por meios ilícitos. Há neste campo uma constante tensão entre interesses e exigências de ordem pública e privada que não recomenda um posicionamento extremado no sentido da inadmissibilidade de qualquer prova ilicitamente obtida, como sanção destinada a coibir a violação de direitos fundamentais. Como recomenda a doutrina mais avisada, é preciso mitigar os efeitos da regra de exclusão em determinados casos nos quais a inadmissibilidade da prova ilícita possa conduzir ao sacrifício de outros direitos e valores tão relevantes quanto ao que se pretende proteger. Afirma-se, pois, como indispensável um juízo de ponderação em que se examine a proporcionalidade da regra de exclusão.

Referências

ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

AMARAL SANTOS, Moacyr. Primeira Linhas de Direito Processual Civil, v. 2, 11ª ed. 1987.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas – 4. Ed., ver. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celson Antônio, Curso de Direito Administrativo. 17ª ed. Malheiros Editores.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 7ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997.

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

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASTRO, Raimundo Amorim de. Provas Ilícitas e o Sigilo das Comunicações Telefônicas. 2ª edição: Curitiba Juruá, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. A prova Civil, Traduzido por Lisa Scarpa, Brookseller, 4ª ed. 2005.



CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições do direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 3.

COUTURE, EDUARDO J. Fundamentos del derecho processual civil, 3ª Ed. (póstuma). Roque de palma editor, Buenos Aires, 1958.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. A prova no processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2006.

ECHANDÍA. Hermano Devis. Teoria general de la prueba judicial. T. 1. 6. Ed. Buenos Aires: Víctor P. de Savalía S. A. 1988 a.

ESTRAMPES, Miranda apud SILVA, César Gonçalves da Silva. A prova ilicitamente obtida por particular no Processo Penal. Capinas, SP: Servanda Editora. 2010.

FERNANDES, Antônio Scarance. Processo penal constitucional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES. Luiz Flávio. Lei nº 11.690/2008 e provas ilícitas: conceito e inadmissibilidade. Artigo publicado na Revista Juris Síntese nº 74 – nov/dez de 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades Públicas e processo penal, 1976.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. As nulidades no processo penal. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal/Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes – 12ª ed. Rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia, entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais, Atlas*, São Paulo, 2008.

MANREZA; NAVARRO apud AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, op., cit., 2010, p. 63.

MARINONIM Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, 2ª ed. RT, 2011.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, IV.

MELENDO, Santí. *Revista Forense*, vol. 246, pág. 93.

MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa, 1961.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 205, p. 11-22, 1996.

SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. Prova ilícita no processo. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Vol. 2.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. V. III, p. 491.

SILVA, Germano Marques da Silva. Curso de Processo Penal, Lisboa, Ed. Verbo, 1993, v. 2.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 12ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil – processo de conhecimento, v. 2.

TARUFFO, Michele, La Prueba de los Hechos. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán, Editorail Trotta, 2005, 2ª ed.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. A prova no processo do trabalho, 5. Ed. rev. e ampl. – São Paulo, LTr, 1989.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, 3º Volume, 27ª ed. revista e atual. – São Paulo : Saraiva, 2005.

VARGAS, José Cirilo de. In Direitos e garantias individuais no processo penal. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Anexo I

Ementa do Acórdão proferido pelo STF no HC 93.050/RJ:

E M E N T A: FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS, SEM MANDADO JUDICIAL – INADMISSIBILIDADE – ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI) – SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE “CASA” – NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR – PROVA ILÍCITA – INIDONEIDADE JURÍDICA – “HABEAS CORPUS” DEFERIDO. ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – FISCALIZAÇÃO – PODERES – NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTES E DE TERCEIROS. – Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional. – A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, “respeitados os direitos individuais e nos termos da lei” (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia – que prepondera sobre todos os órgãos e agentes

fazendários – restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado. A GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR COMO LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – CONCEITO DE “CASA” PARA EFEITO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL – AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS ESPAÇOS PRIVADOS NÃO ABERTOS AO PÚBLICO, ONDE ALGUÉM EXERCE ATIVIDADE PROFISSIONAL: NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). – Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, “embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita” (NELSON HUNGRIA). Doutrina. Precedentes. – Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito (“invito domino”), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF). – O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do “privilège du préalable”, não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária. Doutrina. Precedentes. ILICITUDE DA PROVA –

INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) – INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. – A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do “due process of law”, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A “Exclusionary Rule” consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. – A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “male captum, bene retentum”. Doutrina. Precedentes. – A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. – Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites – inultrapassáveis – que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros. A

QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (“FRUITS OF THE POISONOUS TREE”): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. – Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. – A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “due process of law” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. – A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. – Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. – Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal –, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilici-



tude originária. – A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA (“AN INDEPENDENT SOURCE”) E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) – JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS “SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)”, v.g. (HC 93050, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-04 PP-00700)

Referência do texto

ALVES, Francisco Luís Rios. Prova ilícita e sua admissão no processo civil. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 38, p. 295-392, jul./dez. 2013.