



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

FERNANDO LUIZ VICENTINI

AS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Mestrado em Direito Processual Civil

SÃO PAULO

2013

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

FERNANDO LUIZ VICENTINI

AS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Mestrado em Direito Processual Civil

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor José Manoel de Arruda Alvim Neto.

SÃO PAULO

2013

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho:

Aos meus pais, Waldomiro e Maria de Lourdes, que sempre fizeram tudo e, ainda, fazem por mim.

À minha esposa, Mayra, sempre companheira em todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente a colaboração de algumas pessoas:

Ao meu Orientador, Professor José Manoel de Arruda Alvim Neto;

Ao Professor Eduardo Arruda Alvim;

Ao Professor Daniel Willian Granado;

À Bibliotecária Sra. Sonia Maria Cruz de Oliveira;

À Dra. Gislândia Ferreira da Silva; e

Ao Dr. Marcelo Assef De Vitto.

A todos, muito obrigado.

“Algum juiz se animaria a perpetrar uma injustiça consciente, condenando o réu, por mero temor de contravir à proibição de fundar a sentença na prova ilícita?” (José Carlos Barbosa Moreira).

RESUMO

O estudo em apreço tem por objetivo a investigação das provas ilícitas e a eventual admissibilidade destas no processo civil brasileiro sob a aplicação do princípio da proporcionalidade.

A investigação inicia-se com aspectos gerais da prova até situar a vedação das provas ilícitas em juízo, prevista no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição brasileira de 1988, como a regra matriz do sistema normativo.

A proibição da utilização das provas ilícitas judicialmente, enquanto regra matriz, está diretamente relacionada com a observância dos direitos individuais, especialmente com a privacidade, a intimidade, a inviolabilidade do sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas e de dados, das comunicações telefônicas, do domicílio e, ainda, com a observância da proteção à incolumidade física e moral do cidadão.

Neste contexto, analisa-se, principalmente, a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, as consequências processuais de cada uma, as provas moralmente legítimas previstas no artigo 332 do CPC, a distinção entre interceptações telefônicas e escutas telefônicas, os institutos afins das provas ilícitas, a garantia absoluta da inviolabilidade de correspondência, das comunicações telegráficas e dados e a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Traçado o panorama do tratamento dado às provas ilícitas no processo sob a diretriz constitucional de que a prospecção probatória não pode ser desenvolvida a qualquer preço, sem respeito aos direitos individuais ou sem respeito às regras processuais, incursiona-se, então, para a análise da eventual admissibilidade das provas ilícitas quando houver o confronto entre os direitos fundamentais, notadamente entre a intimidade e a privacidade e o direito de reparação à lesão ou ameaça de lesão corroborada apenas por única prova possível trazida aos autos.

Nesta polêmica em torno da possível admissibilidade das provas ilícitas no processo, concentram-se as correntes favoráveis e contrárias à admissibilidade, os métodos de interpretação da Constituição enquanto unidade e, principalmente, o princípio da proporcionalidade, em consonância com a segurança jurídica.

Palavras- chave: Provas ilícitas – Direitos Fundamentais -Admissibilidade - Princípio da proporcionalidade – Segurança jurídica.

ABSTRACT

The present study aims to investigate illegal evidence and its admissibility in any civil proceedings under the principle of proportionality.

The investigation begins with general aspects of evidence up to its prohibition in court , under Article 5, paragraph LVI, of the Brazilian Constitution of 1988 , as a main rule of the normative system .

This rule, that is, the prohibition of the use of illegal evidence in court is directly related to the observance of individual rights , especially privacy, intimacy , the inviolability of the secrecy of correspondence, telegraph and data communications , telephone communications , the household and also with respect to the protection of the physical and moral safety and welfare of citizens.

In this context, the distinction between illegal and illegitimate evidence is examined, the procedural consequences of each one, the morally legitimate proofs required under Article 332 of the Civil Code, the distinction between wiretapping and eavesdropping , the related institutes of illegal evidence, the absolute guarantee of the inviolability of correspondence, telegraph and data communications , and the theory of the fruit of the poisoned tree.

It is given a picture of how illegal evidence is handled in proceedings under the constitutional directive that the probative prospecting may not be developed at any price , without regard to individual rights or without regard to the procedural rules. Then we discussed the analysis of the admissibility of illegal evidence when there is a conflict with fundamental rights, notably between intimacy and privacy and the right to reparation for injury or threat of injury confirmed by only one possible evidence brought before the Court.

This controversy surrounding the possible admissibility of illegal evidence in the process , there are two trends one for and one against admissibility, methods of interpreting the Constitution as a unit , and especially the principle of proportionality, in line with legal certainty .

Keywords: Illegal Evidence - Fundamental Rights, Admissibility - Principle of proportionality - Legal certainty.

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA	04
AGRADECIMENTOS.....	05
RESUMO.....	07
ABSTRACT	08
SUMÁRIO	09
INTRODUÇÃO.....	12
I) CAPÍTULO I - PROVA.....	17
1. Conceito de prova	17
2. Prova e Verdade.....	20
3. Finalidade e destinatário da prova	24
4. Objeto da prova.....	26
5. Classificação das provas	29
6. Meios e Fontes de provas.....	30
7. Presunções, indícios e as máximas de experiência	33
8. Sistema de valoração das provas	36
9. Ônus da prova	39
10. Procedimento probatório e admissibilidade da prova	41
11. Limitação da prova: provas lícitas e ilícitas	43
II) CAPÍTULO II - PROVAS ILÍCITAS E O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	44
1. O sistema brasileiro anterior à Constituição de 1988	44
2. O sistema brasileiro atual: art. 5º, inciso LVI da CF	48
2.1. Proteção aos direitos individuais fundamentais	54
2.2. Provas ilícitas e ilegítimas: distinção doutrinária e consequências processuais	61
2.3 A questão da unificação da dicotomia em face do modelo constitucional.....	69
2.4 Provas moralmente legítimas do artigo 332 do CPC.....	72
2.5 Outros Critérios de identificação da ilicitude da prova	74
2.6 Institutos afins das provas ilícitas.....	77
2.6.1 Proibição probatória	77
2.6.2 Prova ilegal ou irregular	78
2.6.3 Prova viciada	78

2.6.4 Prova clandestina.....	78
2.6.5 Prova imoral	78
2.6.6 Prova atípica	78
2.6.7 Prova emprestada.....	80
3. Interceptações, escutas telefônicas e gravações clandestinas	84
4. A inviolabilidade do sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas e de dados	95
5. Sigilo bancário	99
6. Provas ilícitas por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada) e exceções	101
7. A teoria da descontaminação do julgado	107
III) CAPÍTULO III - A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	108
1. A questão da admissibilidade da prova ilícita	108
1.1. Correntes doutrinárias clássicas	110
1.1.1. Admissibilidade da prova ilícita em face da ausência de vedação de norma processual com sanção específica ao infrator do ato ilícito	110
1.1.2. Admissibilidade da prova ilícita em face do princípio da proporcionalidade	110
1.1.3. Inadmissibilidade da prova ilícita em face do ordenamento jurídico vigente	110
1.1.4. Inadmissibilidade da prova ilícita em face da Constituição.....	111
1.2. Correntes doutrinárias da atualidade	111
2. Conceito e evolução da teoria da proporcionalidade	122
3. A aplicação do princípio da proporcionalidade no conflito entre o direito fundamental à produção da prova e a proibição constitucional da prova ilícita.....	126
4. A dignidade da pessoa humana como critério de ponderação	139
5. O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal.....	144
6. O princípio da proporcionalidade, o contraditório e a ampla defesa	148
7. A proporcionalidade, a efetividade do processo e os poderes instrutórios do juiz..	148
8. A aplicação do princípio da proporcionalidade na admissibilidade da prova ilícita no projeto do código de processo civil e sua constitucionalidade	154
9. A Jurisprudência atual brasileira sobre a admissibilidade da prova ilícita no direito processual civil	155

IV) CAPÍTULO IV - BREVE REFERÊNCIA ÀS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO COMPARADO	161
1. Estados Unidos	161
2. Alemanha	163
3. Inglaterra.....	164
4. França.....	164
5. Itália	165
6. Espanha.....	165
7. Portugal.....	165
8. Canadá	166
CONCLUSÕES.....	166
BIBLIOGRAFIA	176

INTRODUÇÃO

A vedação das provas ilícitas no processo, prevista no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição brasileira de 1988, sempre suscitou grande polêmica doutrinária, porquanto se de um lado é crível e coerente que as provas a serem prospectadas pelas partes estejam em consonância com a norma jurídica, e, especialmente, em consonância com as normas de proteção aos direitos individuais, de outro lado a aplicação literal do aludido preceito em todos os casos desembocaria em soluções flagrantemente injustas e até mesmo absurdas como, por exemplo, inocentar-se traficante porque a única prova colhida pela acusação haveria sido uma carta, correspondência erigida como sigilo absoluto e, portanto, inquebrantável pelo inciso XII, do artigo 5º da Carta Magna.

No atual processo civil moderno, a verdade substancial é tão relevante quanto no processo penal. O juiz detém amplos poderes instrutórios ao ponto de investigar o fato *probando* em conjunto com as partes, sem desvencilhar-se da diretriz constitucional de que a prospecção probatória não pode ser desenvolvida a qualquer preço, sem respeito aos direitos individuais ou sem respeito às regras processuais.

Por outro lado, a limitação do direito à prova não poderá tolher o exercício do direito de ação e a inafastabilidade da jurisdição ao ponto de ver-se frustrada a reparação à lesão ou à ameaça a direito porque a única prova trazida aos autos seria inadmissível. O julgador deverá adotar uma posição equidistante entre estes dois extremos de modo a proferir uma sentença que não só reflita a segurança jurídica, em respeito aos institutos legais, mas também reflita uma sentença justa.

Não se pode conceber que a incolumidade dos direitos fundamentais, como a privacidade, a intimidade, assim como a inviolabilidade do sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas e de dados e das comunicações telefônicas convertam-se em escudo à prática de lesões na esfera cível de alto impacto ou de crimes de alto potencial ofensivo. O interesse à privacidade e à intimidade pode entrar em conflito com outros interesses também merecedores de proteção e que somente com o confronto e o balanceamento dos valores em jogo, conforme as circunstâncias, poder-se-á extrair a conclusão sobre qual direito e garantia fundamental deverá ser mitigado em benefício do outro. A busca da verdade em prol da satisfação de um bem jurídico violado não

pode ser aniquilada em face de um suposto irrestrito direito à intimidade, à privacidade ou à incolumidade de qualquer ordem.

Neste terreno que transita entre a segurança jurídica e a efetiva justiça o tema ganha relevância quando envereda para a análise da possível admissibilidade das provas ilícitas no processo, levando-se em conta os métodos de interpretação da Constituição e, sobretudo, a aplicação do princípio da proporcionalidade.

No processo civil, o tema vem ganhando maior destaque, porquanto o projeto do novo código¹ propôs uma norma expressa em que as provas ilícitas seriam admissíveis sob a aplicação do mencionado princípio pelo juiz. Tal proposta, apesar de haver sido abolida no substitutivo apresentado pelo Senador Valter Pereira, já aprovado, no Senado, não deixa de suscitar questionamento, pois, se de um lado a norma do inciso LVI do artigo 5º da CF é peremptória ao proibir a utilização das provas ilícitas no processo, por outro lado, será visto que o princípio da proporcionalidade é implícito na Constituição Federal e apto a mitigar o rigor da norma nas situações em que houver total asfixia de outro direito e garantia fundamental.

Logo, nosso singelo estudo procura traçar o panorama das provas ilícitas no sistema jurídico brasileiro e buscar as raízes que justificam a sintonia entre a norma do inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal brasileira com eventual e criteriosa admissibilidade das provas ilícitas no processo sob a aplicação do princípio da proporcionalidade.

No capítulo I, a abordagem será desenvolvida em torno do aspecto geral da prova: o seu significado tanto meio, tipificado no código de processo civil, como o depoimento pessoal, o depoimento testemunhal, o exame pericial, a inspeção judicial e a

¹ O artigo 257 da redação original do projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, que introduz o Novo Código de Processo Civil, dispõe: “As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar fatos em que se funda a ação ou a defesa e influir eficazmente na livre convicção do juiz. Parágrafo único. A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais”.

prova documental, quanto resultado do que se pretende demonstrar ao juiz, como a constatação do que se alegou foi plenamente corroborado em fase instrutória no processo; a relação prova e verdade, a finalidade e o destinatário da prova, tendo em vista a verdade como faceta de um objeto multifacetário sob a dependência da ótica do sujeito cognoscente; o objeto da prova tendo em vista os fatos alegados no processo; a classificação das provas em face da doutrina clássica; a distinção entre meios e fontes de prova, destacando-se a teoria da atipicidade no sistema jurídico brasileiro em que os meios ainda não previstos expressamente na lei podem ser trazidos ao processo; as presunções, os indícios e as máximas de experiência, vistos como técnicas dedutivas de constatação do fato *probando* do que propriamente como meios de prova; o sistema de valoração da prova tendo em vista os critérios da livre convicção, do positivo ou legal e da livre persuasão racional ou do livre convencimento motivado; o ônus da prova e sua distinção com a obrigação, acepções e função no processo; o procedimento probatório como porta de entrada da prova no processo e sua avaliação à luz da legalidade e a demarcação entre provas lícitas e ilícitas.

No capítulo II, serão analisados: o tratamento dado às provas ilícitas em juízo antes e depois da Constituição de 1988; a conexão da vedação constitucional das provas ilícitas com os direitos e garantias individuais fundamentais; a clássica dicotomia provas ilícitas e ilegítimas, concebida pelo jurista italiano Pietro Nuvolone, em que as provas ilícitas seriam aquelas violadoras de normas de direitos materiais, notadamente individuais, ao passo que as provas ilegítimas seriam aquelas em confronto com as normas processuais; as consequências processuais de cada uma; a subsistência da aludida divisão em face do inciso LVI do artigo 5º da Constituição de 1988 não fazer tal distinção; e outros critérios de identificação da ilicitude da prova quanto ao momento de sua constituição, quanto à natureza do ato violado, quanto à qualidade do violador, quanto ao objeto da prova; quanto à coleta do material da prova e quanto ao valor da prova produzida.

Todavia, o estudo das provas ilícitas não poderia quedar-se silente quanto à expressão *meios moralmente legítimos*, do artigo 332 do CPC. Será visto que tal dispositivo imbuí-se de conteúdo híbrido, porquanto não só demarca a atipicidade da prova no sistema jurídico brasileiro, como já foi afirmado, mas também imiscui-se na

legalidade das provas atípicas de modo a repudiar aquelas colhidas sob o dolo, a malícia e a torpeza.

Ainda no capítulo II, serão abordados: os institutos afins das provas ilícitas, dentre eles, a prova emprestada quando enfrentada a questão da possibilidade de migrar-se a prova obtida no processo penal para o processo civil, como, por exemplo, a interceptação telefônica autorizada pelo juiz, levando-se em conta que a importância entre bens tutelados das esferas processual penal e processual civil é simétrica e que a verdade substancial é o escopo primordial de ambas as espécies de jurisdição; a distinção entre interceptações e escutas telefônicas e a admissibilidade destas em juízo; e a inviolabilidade do sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas e de dados.

Quanto ao inciso XII do artigo 5º da CF, que reserva ao juiz a possibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas, tal dispositivo também será estudado enquanto norma que erige como absoluta a invulnerabilidade de informações decorrentes da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados. Neste ponto, a explanação realça a incoerência do nosso sistema jurídico que de um lado aparelha o Estado na persecução penal quanto à possibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas e de outro lado deixa-lhe impotente quando proíbe de forma absoluta a obtenção de informações decorrentes de correspondência ou comunicações telegráficas e de dados.

Após a análise do sigilo bancário, será explanado sobre as provas ilícitas por derivação. Possuem elas o mesmo tratamento das provas ilícitas propriamente ditas, levando-se em conta a questão do conflito entre os direitos fundamentais da intimidade e da privacidade e o direito de ação e a garantia da inafastabilidade da jurisdição. Todavia, a peculiaridade reside nas excludentes que revestem as provas ilícitas por derivação de lícitas quando concorrem as exceções do direito norte-americano, sendo duas delas já positivadas no código de processo penal brasileiro, tais como a possibilidade do conteúdo da prova ilícita ser produzida por outra fonte independente e, ainda, a prova produzida não possuir nexos causal direto com a prova ilícita.

Quanto à descontaminação do julgado, analisar-se-á se a prova ilícita uma vez anulada enseja o retorno dos autos à instância *a quo* para o refazimento dos atos processuais a partir da prova anulada ou se apenas condiciona o julgado à reforma quanto ao mérito.

No capítulo III, será enfrentada, então, a grande polêmica em torno da possível admissibilidade das provas ilícitas no processo, levando-se em conta apenas única prova, possível, colhida nos autos, sem a qual não haveria outro meio de obtenção da prestação jurisdicional em favor daquele que efetivamente sofreu lesão ou ameaça de lesão ao seu direito. Neste aspecto, serão analisadas as correntes favoráveis e contrárias à admissibilidade das provas ilícitas em juízo, partindo-se das doutrinas clássicas de Cordero, Carnelutti, Nuvolone, Allorio, Vescovi, Bauer, Comoglio e Grevi e da doutrina atual, sobretudo, a brasileira, representada inicialmente pelos professores da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco e, depois, pelas três correntes: a obstativa, a permissiva e a intermediária. Sob a ótica da possível admissibilidade das provas ilícitas em juízo, serão analisados critérios que justificariam tal aplicação, bem como os métodos de interpretação da Constituição enquanto unidade e, principalmente, o princípio da proporcionalidade.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, este será analisado segundo sua origem e evolução, segundo os métodos de conciliação propostos por Robert Alexy dos direitos e garantias fundamentais, bem como à luz dos princípios constitucionais e processuais mais importantes. A análise incursionará nos fundamentos que justificam a coexistência do princípio da proporcionalidade com os princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal e do contraditório, do princípio da efetividade do processo e dos poderes instrutórios do juiz. O princípio da proporcionalidade, em razão de estar inserido no texto constitucional de modo implícito, sua aplicação pelo juiz justificar-se-ia em prol da garantia da unidade da mesma Constituição. Finaliza-se o tópico com a jurisprudência atual sobre a admissibilidade das provas ilícitas, especialmente na seara processual civil.

No capítulo IV, será feita breve referência aos sistemas jurídicos de determinados países e seus principais fundamentos quanto ao tratamento dado às provas ilícitas. Em seguida, serão explanadas as principais conclusões do presente estudo.

CAPITULO I - PROVA

1. Conceito de prova

No contexto do processo judicial como instrumento técnico na busca da solução dos conflitos sociais, o papel da prova representa o elo de suma importância entre a argumentação dialética das partes e a decisão do juiz.

Numa visão inicial, não se concebe que alguém possa ter razão nas suas alegações se não houver elemento de sustentação que corrobore a verdade que está sendo colocada ao julgador.

A aplicação do direito decorre da subsunção da norma ao suporte fático definido como verdadeiro pelo juiz. Tal atividade judicante não se concretizará se não houver sido antes analisado o fato sob todos os meios que o devido processo legal admite e disponibiliza nas mãos dos interessados na prestação jurisdicional.

A palavra *prova* que se origina do termo latino *probatio* tem a conotação de inspeção, de exame, ao passo que verbo *probare* traduz o ato de demonstrar, examinar e persuadir.² Na acepção comum, a palavra prova consiste no ato de demonstrar a verdade de uma proposição ou de um fato, ao passo que na acepção jurídica há várias conotações, como: a) ato de provar; b) meio de prova, como documentos, depoimentos pessoal e testemunhal, exame pericial e inspeção judicial; e c) resultado de atos tendentes a formar um convencimento judicial em que o juiz constata que o alegado por uma das partes foi devidamente corroborado na fase instrutória do processo.^{3 - 4}

² CALDAS, Aulete. Novo dicionário da língua portuguesa. 6ªed. Lisboa: Berthand. p. 719.

³ “Neste sentido, Eduardo Cambi conceitua que” *juridicamente, o vocábulo prova é plurisignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento, Isto é, a representação que dele deriva mais especificamente, à convicção do juiz*. CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova. São Paulo: RT, 2001, p.41.

⁴ Neste sentido, Fredie Didier Jr também afirma que: “No sentido jurídico, são basicamente três são as acepções com que vocábulo é utilizado: a) às vezes, é utilizado para designar o ato de provar, é dizer a atividade probatória; é nesse sentido que se diz àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é cabe fornecer os meios que demonstrem a sua alegação; b) noutras vezes, é utilizado para designar o meio de prova propriamente dito, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova

João Batista Lopes afirma que o conceito de prova detém dois aspectos: o objetivo e o subjetivo. O primeiro verifica-se do *conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo*.⁵ Sob o aspecto subjetivo, acrescenta o autor, *é a própria convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou inexistência de fatos alegados no processo*.⁶

Paulo Rogério Zaneti afirma que o aspecto objetivo da prova revela-se por intermédio dos meios utilizados, como documentos, testemunhas e perícia para alcançar-se a verdade. No aspecto subjetivo o conceito de prova estaria relacionado com a verdade considerada pelo julgador no caso concreto.⁷

Maricí Giannico afirma que os critérios objetivo e subjetivo completam a definição de prova que poderá ser meio e resultado em face do direito positivo de cada país.⁸

Moacyr Amaral Santos afirma que a prova no sentido objetivo são os meios viabilizados pela parte, ao passo que a prova no sentido subjetivo traduz-se na certeza dos fatos alegados que formam a convicção do magistrado.⁹

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, afirmam que a ideia de prova está ligada à *reconstrução (pesquisa) de um fato* de modo a possibilitar ao julgador a formação de sua convicção.

de onde ela jorra; nesse sentido, fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental etc; c) por fim, pode ser utilizado para designar o resultado dos atos ou meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na causa de pedir. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Volume 2. 2ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, Curso de Direito Processual Civil. Volume 2. 2ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p.44.

⁵ LOPES, João Batista. A prova no Direito Processual Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 22.

⁶ Idem, ibidem, p.22.

⁷ ZANETI, Paulo Rogério. Flexibilização das Regras sobre o ônus da Prova. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 02.2011, p.14-15.

⁸ GIANNICO, Maricí. A prova no Código Civil: Natureza Jurídica, São Paulo, Saraiva, 2005, "Coleção Theotônio Negrão", coordenação de José Roberto F. Gouvêa, p. 74-75.

⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária no Cível e Comercial. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 1983, p.8.

Arruda Alvim afirma que a prova representa, em síntese, o meio que a parte utiliza-se para convencer o julgador de modo a obter o resultado da verdade do fato judicializado.¹⁰

Giuseppe Chiovenda afirma que provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não dos fatos relevantes no processo.¹¹

Interessante é a observação feita por Humberto Theodoro Jr., segundo a qual nem sempre a intenção de provar da parte implica tradução da verdade e do convencimento do juiz. O autor afirma:

*“A um só tempo, destarte, deve-se ver na prova a ação e o efeito de provar, quando se sabe, como Couture, que provar é demonstrar de algum modo a certeza de um fato ou a veracidade de uma afirmação. Não é raro a parte produzir um grande volume de instrumentos probatórios (documentos, perícia, testemunhas etc.) e mesmo assim a sentença julgar improcedente o seu pedido por falta de prova. De fato, quando o litigante não convence o juiz da veracidade dos fatos alegados, prova não houve, em sentido jurídico: houve apenas apresentação de elementos com que se pretendia provar, sem, entretanto, atingir a verdadeira meta da prova – o convencimento do juiz.”*¹²

Enfim, entendo que a prova vem a ser todo o acervo de dados, informações e constatações fornecidas pelas partes, tanto como meio quanto resultado, que pode o juiz angariar no curso do processo para formar o seu convencimento de tal modo que a verdade não seja apenas fruto da verdade formal derivada de consequências processuais, mas sim decorrente da verdade real, da verdade coincidente com os fatos históricos como realmente transcorreram.

¹⁰ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Manual de Direito Processual Civil. 14ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 354.

¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, 2 ed. 3º volume. Trad. de Paolo Capitanio, Campinas/SP: Bookseller, 2000, p. 109.

¹² THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. volume I, 48ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 480.

2. Prova e Verdade

A relação entre prova e verdade no processo, inicialmente, configura-se no silogismo de que a confirmação dos fatos alegados pelas partes conduz à verdade buscada nos autos que, por sua vez, alicerça o convencimento do juiz. O fato *probando*, a argumentação dialética das partes, a confirmação deste fato, a tarefa de subsunção do fato à norma jurídica e a decisão judicial desenvolvem-se na sobreposição de premissas que desembocam na conclusão.

Todavia, esta relação nem sempre se evidenciou com o todo rigor no processo civil. Durante muito tempo concebeu-se que havia distinção de relevância de bens tutelados entre o direito processual penal e o direito processual civil, de sorte que no processo penal a busca da verdade realizava-se com a reconstrução dos fatos históricos como realmente aconteceram, ao passo que no processo civil a busca da verdade muitas vezes limitava-se com o emprego de técnicas de convencimento nem sempre coincidentes com a verdade substancial ou real. Distinguia-se, pois, a verdade substancial ou real da verdade formal. A primeira era fruto de árdua tarefa probatória, enquanto que a segunda decorria de regras como a revelia, presunções relativa e absoluta e ônus da prova, esta última incidente quando não existissem elementos probatórios nos autos que permitissem ao juiz o contato com a verdade do objeto litigioso.¹³ -¹⁴

¹³ Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni afirma: “Atualmente, a distinção entre verdade formal e substancial perdeu seu brilho. 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 diverso daquele adotado pelo processo civil. Realmente, se o processo penal lida com a liberdade do indivíduo, não se pode esquecer que o processo civil labora também com interesses fundamentais da pessoa humana - como a família, e a própria capacidade jurídica do indivíduo e os direitos individuais, pelo que totalmente despropositada a distinção da cognição entre as áreas.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 34.

¹⁴ Fredie Didier jr. também afirma que: “Calcar-se a teoria processual sobre a idéia de que se atinge, pelo processo, a verdade material, é mera utopia. O mais correto mesmo, é entender a verdade buscada no processo como aquela mais próxima possível do real, própria da condição humana. Esta sim é capaz de ser alcançada no processo, porquanto há verdadeiro exercício da dialética durante o procedimento, com a tentativa das partes, de comprovarem, mediante a argumentação, a veracidade de suas alegações. O juiz não é - mais do que qualquer outro - capaz de reconstruir fatos ocorridos no passado; o máximo que se lhe pode exigir é que a valoração que há de fazer das provas carreadas aos autos sobre o fato a ser investigado não divirja da opinião comum média que se faria das mesmas

Atualmente, esta distinção vem sendo amplamente mitigada ou até aniquilada, porquanto não se concebe que o processo civil seja instrumento que incida sobre a tutela de bens de menor relevância. Logo, no processo civil, assim como no processo penal, o juiz não se resume apenas na figura do mero aplicador da letra fria da lei ou alguém que se contente apenas, numa posição inerte, com a verdade formalizada nos autos e não coincidente com os fatos históricos transcorridos. José Carlos Barbosa Moreira, em fervorosa crítica à distinção de importância de bens tutelados entre processo penal e processo civil, afirma:

“Dizer que o processo penal busca a chamada “verdade real”, ao passo que o processo civil se satisfaz com a denominada “verdade formal”, é repetir qual papagaio tolices mil vezes desmentidas. A verdade é uma e interessa a qualquer processo se bem que a justiça possa (e às vezes deva) renunciar - na área civil e penal – à sua reconstituição completa, em atenção a outros valores de igual dignidade.”¹⁵.

João de Castro Mendes, em 1957, já repudiava a expressão *verdade formal* no processo civil havendo afirmado, inclusive, que tal expressão deveria ser banida da ciência jurídica em prol da verdade material.¹⁶ Diomar Ackel Filho afirma que a verdade real ou material também prevalece no processo civil, principalmente quando o objeto litigioso versa sobre direito indisponível, como no caso do direito de família.¹⁷

Nas ações coletivas, a verdade substancial é tão significativa que o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor¹⁸ prevê a figura da *coisa julgada secundum*

provas. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Volume 2. 2ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p.70-71.

¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as Provas Ilícitamente Adquiridas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: 205, jul/set.1996, p.19.

¹⁶ MENDES, João de Castro. Do Conceito de Prova em Processo Civil. Lisboa: Edições Ática. 1961, p. 401- 402.

¹⁷ ACKEL FILHO, Diomar. Verdade formal e verdade real. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. LEX Editora SA Vol111, março e abril de 1988, p.9.

¹⁸ CDC Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

eventum probationis, isto é, a improcedência da ação em razão de insuficiência de provas pode ser novamente proposta.

Gian Antonio Micheli e Michele Taruffo distinguem a busca da verdade entre os sistemas *common law* e *civil law*. No primeiro sistema, a estrutura adversarial do processo retrata um combate entre as partes sob a postura passiva do juiz. No segundo, a verdade material é o escopo principal, não obstante, coexistirem no processo aspectos formais da verdade jurídica e limitações legais à admissão de provas.¹⁹

Neste contexto, a verdade substancial é estreitamente ligada à prova, porquanto é da atividade probatória das partes com a coparticipação do juiz que se extrairá a verdade, senão plenamente coincidente com os fatos históricos, mas desta aproximada.

A verdade substancial em razão de sua relevância também no atual processo civil moderno implicaria ausência de limites da atividade probatória? Certamente que não. Conforme será visto, nos capítulos II e III, a verdade substancial como meta do processo civil moderno, segundo a qual o juiz detém amplos poderes instrutórios ao ponto de investigar o fato *probando* em conjunto com as partes, não significa que a atividade probatória possa ser desenvolvida a qualquer preço e sem respeito aos direitos individuais constitucionais ou sem respeito às regras processuais.

Não obstante, será visto também que se os critérios legais de constituição da prova tolherem totalmente o exercício do direito de ação e o direito fundamental à

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o [art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985](#), não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

¹⁹ MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. A verdade Substancial. Revista de Processo. Ano IV. outubro-dezembro de 1979, nº 16 p.167-168.

prova, em face das circunstâncias do caso concreto, o juiz terá dois caminhos: optar pela aplicação fria e literal do inciso LVI do artigo 5º da Carta Magna e julgar a demanda desfavorável àquele que pretendia fazer uso da prova ilícita ou pela interpretação sistemática da Constituição fazer o balanceamento dos interesses em conflito de modo a sobrepor o interesse de maior relevância.

Por outro lado, não se pode imaginar que a prova sobre determinado fato possa levar todo julgador a ter o mesmo convencimento. A verdade que poderá ser para um juiz poderá não ser para outro. A análise do caso pelo julgador não depende só das provas que lhe são apresentadas, mas de aspectos subjetivos ligados à formação do juiz e, principalmente, sobre aquela convicção íntima que ele detém a respeito do objeto litigioso em face de elementos sociais, culturais, políticos, econômicos, psicológicos e científicos por ele obtidos e conhecidos.

Nas relações de trabalho, por exemplo, é muito comum a mesma *causa petendi* com o mesmo teor fático-probatório conduzir o julgador para conclusões antagônicas. É o caso do tesoureiro bancário que sustenta no processo que apesar de cumprir jornada de oito horas, em razão do enquadramento no artigo 224, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, não detém função de confiança bancária. Mesmo provado por testemunhas que não tinha ele subordinados e gestão administrativa do setor, mas sim o desempenho de tarefas meramente técnicas, burocráticas e rotineiras há decisões judiciais no sentido de que o tesoureiro em razão da fidúcia inerente à tarefa de conferir numerário e abastecer os caixas de quantias circulantes, dentro da agência, detém o exercício de função de confiança bancária do referido preceito.

Enfim, a prova não é o fio condutor da verdade como algo único e absoluto, mas apenas uma faceta espelhada da ótica do julgador. Sob este aspecto, há doutrina que defende a ideia de que a prova não conduz a verdade, mas sim à verossimilhança, como nas expressões de Voltaire e Calamandrei, compiladas por Marinoni, respectivamente, no sentido de que:

“aquele que ouviu dizer a coisa de doze mil testemunhas oculares não tem mais que doze mil probabilidades, iguais a uma forte

*probabilidade, a qual não é igual à certeza e aquilo que se vê é apenas aquilo que parece ser visto”.*²⁰

Da mesma forma é a lição de Arruda Alvim, em que afirma que para subsistir uma decisão basta à existência de verossimilhança.²¹

Sob o meu ponto de vista, a relação entre prova e verdade, realmente, não traduz a certeza de um fato, mas sim apenas a interpretação do observador, tanto que a prática forense revela haver diversas interpretações judiciais sobre o mesmo objeto litigioso. A divergência chama a atenção quando a mesma questão é decidida de forma diferente entre câmaras ou turmas do mesmo Tribunal. A verdade parece ser sempre uma faceta espelhada, conforme já se afirmou, de um objeto multifacetário, em que a cada manipulação do objeto revela-se uma nova faceta com projeção de ímpar realidade.

3. Finalidade e destinatário da prova

Conforme já mencionado, a prova não espelha a verdade, mas a aparência ou probabilidade de que aquele fato tenha ocorrido do modo como alegado nos autos do processo. Logo, não se pode atribuir à prova a finalidade de fazer a justiça ou reconstruir a verdade histórica dos fatos como transcorreram.

Marinoni afirma que a prova funciona como meio retórico de confirmação das proposições feitas no processo e que redundará nem sempre da reconstrução da verdade histórica do fato.²²

Fredie Didier Jr. afirma que há três teorias sobre a finalidade da prova: a) definição da verdade; b) fixação formal dos fatos postos no processo; e c) formação do convencimento do juiz.²³ As duas primeiras são descartadas pelo autor em face da

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 40 - 41.

²¹ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Manual de Direito Processual Civil. 14ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 933.

²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit, p. 54-56.

²³ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil, Volume 2. 2ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p.71.

impossibilidade de atingir-se a verdade de modo ontológico, mas sim subjetivo e porque a fixação formal dos fatos pressupõe, a seu ver, prova tarifada legalmente, o que não condiz como sistema ideal. Elege o autor a terceira como a que melhor atende a finalidade da prova, como sendo a de *dar ao “juiz suporte suficiente para que possa convencer-se dos fatos discutidos no processo, proferindo a sua decisão a partir da crença de tê-la alcançado.”*²⁴

No mesmo sentido é a lição de João Carlos Adalberto Zolandeck ao afirmar que a finalidade da prova é a formação do convencimento do julgador.²⁵

Humberto Theodoro Jr. afirma que a finalidade da prova é a busca da verdade processual, isto é, aquela decorrente dos elementos constantes do processo.²⁶

Quanto ao destinatário da prova, Paulo Rogério Zaneti aponta significativo dissenso doutrinário em que a primeira corrente (Luiz Rodrigues Wambier, Cid Flaquer Scartezzini Filho, Sandra Aparecida de Sá dos Santos e Solange Tomiyama) defende o juiz como destinatário da prova, ao passo que a outra (Nelson Nery Jr., Rosa Maria Andrade Nery e Carmella dell’Isola) defende que é o processo o destinatário da prova e não o juiz.²⁷ Para a primeira corrente, o juiz é o maior interessado na produção da prova, porquanto cabe a ele apontar qual é a proposição mais correta dentre a argumentação dialética desenvolvida nos autos, enquanto a corrente adversa sustenta não pertencer a prova às partes e tampouco ao juiz, mas sim pertence ao processo.²⁸ Neste sentido é o posicionamento de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery ao afirmarem que:

“11. Destinatário da prova. É o processo. O juiz deve julgar segundo o alegado no processo, vale dizer, o instrumento que reúne elementos objetivos para que o juiz possa julgar a causa.

²⁴ Idem, ibidem, p.71-72.

²⁵ ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. Ônus da Prova no Direito Processual Constitucional Civil e no Direito do Consumidor, Curitiba: Juruá, 2006, p.84.

²⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Volume I, 48ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 483.

²⁷ ZANETI, Paulo Rogério. Flexibilização das Regras sobre o ônus da Prova. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011, p.41.

²⁸ Idem, ibidem, p.41-42.

*Portanto, a parte faz a prova para que seja adquirida pelo processo. Feita a prova, compete à parte convencer o juiz da existência do fato e do conteúdo da prova. Ainda que o magistrado esteja convencido da existência de um fato, não pode dispensar a prova se o fato for controvertido, não existir nos autos prova do referido fato e, ainda, a parte insistir na prova. Caso indefira a prova, nestas circunstâncias, haverá cerceamento de defesa. No mesmo sentido: Sentis, Prueba, p.20.”*²⁹

Todavia, Zaneti propõe uma terceira diretriz, segundo ele, sob caráter conciliador, no sentido de que a prova tem um destinatário imediato, o juiz, porquanto a prova destina-se a convencê-lo sobre o fato controvertido nos autos e outro mediato, o processo, que é o *instrumento de exercício da jurisdição*.³⁰

Sob o meu ponto de vista, a finalidade da prova é a formação do convencimento judicial. Quanto ao destinatário da prova, com a *devida venia* aos partidários da segunda corrente e ao posicionamento eclético de Paulo Rogério Zaneti, entendo que a prova destina-se única e exclusivamente ao julgador, porquanto cabe a ele formar sua convicção com base no conjunto probatório delineado nos autos, ao passo que o processo é o instrumento técnico de composição da lide. Jamais pode ser o processo destinatário da prova, porquanto não é ele sujeito cognoscente.

4. Objeto da prova

O objeto da prova incide sobre as questões de fato no processo.³¹ As questões de fato consistem na elucidação das indagações de como, quando e onde aconteceram os

²⁹ NERY JR., Nelson; e NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 13ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.726.

³⁰ ZANETI, Paulo Rogério. Flexibilização das Regras sobre o ônus da Prova. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011, p.43.

³¹ Sobre o objeto da prova Giuseppe Chiovenda afirma: *Oggetto della prova sono i fatti non ammessi e non notorii: poichè i fatti che non possono negarsi “sine tergiversatione”, non richiedono prova. Le norme giuridiche dovendo essere note al giudice, non sono oggetto di prova nel senso che la mancata prova di essa possa pregiudicare alcuna delle parti. Così le “massime d’ esperienza”. Si fa eccezione però per quelle norme che il giudice deve bensì se provate applicare, ma che non è tenuto a conoscere, cioè le norme consuetudinarie e le norme straniere. Riguardo a queste norme il giudice può tuttavia giovare della sua scienza privata quando egli la possiede (sopra pp726, 734).*

atos alegados pelas partes, não obstante a objeção de Santiago Sentis Melendo, que assevera “*os fatos não se provam; os fatos existem. O que se prova são afirmações, que poderão a eles referir-se*”.³²

Como bem aponta João Batista Lopes, o objeto de prova constitui-se de fatos relevantes, pertinentes, controversos e precisos. Os fatos relevantes são aqueles que influenciam no julgamento da causa, como por exemplo, o tráfego na contramão de direção que evidencia a culpa. Os fatos pertinentes são aqueles que possuem relação direta ou indireta com a causa, como, por exemplo, saber se havia placas de sinalização no local do acidente. Os fatos controversos são aqueles afirmados por uma das partes e impugnados pela outra e os fatos precisos são aqueles que determinam ou especificam situações ou circunstâncias importantes para a causa, como por exemplo, os motivos de retomada do imóvel.³³

Cândido Rangel Dinamarco afirma que o objeto da prova é o *conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para o julgamento da causa, não sendo esses fatos notórios nem presumidos*.³⁴

Egas Dirceu Moniz de Aragão define o fato controverso como questão:

*“Os litigantes formulam no processo afirmações, que constituem pontos a examinar. Se uma dessas afirmações (ponto) é contrariada pelo antagonista de quem a formulou, surge à questão, que é, portanto o ponto controverso.”*³⁵

Independem de prova, pois, os fatos incontrovertidos e notórios. Os fatos incontrovertidos são aqueles afirmados por uma parte e não contestados pela outra, ao passo que os notórios, segundo João Batista Lopes, com apoio em Cernelutti, são

CHIOVENDA, Giuseppe. Principi i di Diritto Processuale Civile. Nápoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, p.812.

³² MELENDO, Santiago Sentis. Natureza da Prova. A prova é liberdade. Revista Forense, nº. 246, ano 70, abr/jun de 1974. p.94.

³³ LOPES, João Batista. A prova no Direito Processual Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 29.

³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 6ªed.vols. II e III, São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.57.

³⁵ ARAGÃO. Egas Dirceu Moniz. Sentença e Coisa Julgada. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.254.

*aqueles cuja existência é conhecida geralmente dos cidadãos de cultura média, no tempo e lugar em que a sentença é proferida.*³⁶

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, com apoio em Comoglio, prospectam que a notoriedade do fato dependerá do nível de informação do homem médio de uma sociedade, sendo, pois, sua definição maleável à situação.³⁷

Fredie Didier Jr. afirma que o fato notório *não precisa ser necessariamente conhecido, bastando que, pela ciência pública ou comum, o possa ser.*³⁸

Quanto aos fatos negativos, João Batista Lopes afirma que estes não podem ser provados quando a negativa for absoluta, isto é, aqueles fatos não identificados no tempo.³⁹ Afirmar-se, por exemplo, que nunca se esteve no Rio de Janeiro não pode ser provado, ao passo que afirmar-se que não se estava lá no dia 31 de dezembro de 2012, pode (negativa relativa).

Outro aspecto importante que aparece na análise do objeto da prova é saber se o direito invocado deve ser provado ou não. A regra geral é a de que não, sob o corolário *iura novit cúria; da mihi facta, dabo tibi ius*, isto é, cabe ao juiz conhecer e aplicar o direito adequado ao fato debatido nos autos. Entretanto, o art. 337 do CPC excepciona esta regra quando a parte invocar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário. Neste caso, terá ela de provar o teor e sua vigência, se assim determinar o juiz.

Moacyr Amaral Santos afirma que tal regra não faz com que o objeto da prova deixe de ser o fato; trata-se apenas de provar o fato decorrente do texto legal.⁴⁰

³⁶ LOPES, João Batista. A prova no Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 29.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2 edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 119.

³⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Volume 2. 2ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p.46.

³⁹ LOPES, João Batista. A prova no Direito Processual Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 29.

⁴⁰ AMARAL SANTOS, Moacyr. Prova Judiciária no Cível e Comercial, 5ª edição., São Paulo: Saraiva 1983, Volume I, p. 17.

Sérgio Pinto Martins afirma que esta regra vale também para as ações trabalhistas quando a parte invocar o seu direito com base em Convenção Coletiva ou Acordo Coletivo de Trabalho, ou, ainda, em regulamento interno do empregador.⁴¹ Se não for juntado aos autos a convenção ou o acordo que corrobore o seu direito, o juiz não terá o dever de ofício de conhecê-lo e aplicá-lo.

Em suma, a meu ver, o objeto da prova consistirá na zona controvertida entre a causa de pedir engendrada e a contestação, que se resumem em questões de fato ou, ainda, quando o direito invocado subsumir-se à regra do art. 337 do CPC.

5. Classificação das provas

A doutrina clássica não é consensual quanto à classificação das provas. Moacyr Amaral Santos aponta os seguintes doutrinadores: Malatesta, Carnelutti, Bentham, Neves e Castro e João Monteiro.⁴² A classificação de Nicole Framarino Dei Malatesta, adotada pela doutrina nacional, consiste: a) quanto ao objeto; b) quanto ao sujeito; e c) quanto à forma. Quanto ao objeto, a prova pode ser direta ou indireta. A primeira evidencia a existência do próprio fato alegado, ao passo que a segunda evidencia um fato que por raciocínio lógico conduz ao fato dos autos. Quanto ao sujeito, a prova pode ser pessoal ou real. A primeira é aquela afirmada por uma pessoa, enquanto a outra é representada por coisas. Quanto à forma, a prova pode ser decorrente de depoimento pessoal da parte, de depoimento de testemunha, de documentos e de exames ou vistorias.⁴³

Arruda Alvim classifica a prova também tendo em vista o sujeito, o objeto e a forma. Em face do sujeito, a prova pode ser pessoal ou real. A primeira emana de uma afirmação pessoal, como, por exemplo, testemunhas e confissão da parte. A real é aquela representada por documento ou exame pericial. Quanto ao objeto, a prova pode ser direta ou indireta. A primeira evidencia o *fundamento do objeto litigioso*, ao passo que a indireta revela-se por fatos secundários que levam à ciência do fato objeto da lide.

⁴¹ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 28ª edição. São Paulo: Atlas SA, 2008, p.313.

⁴² AMARAL SANTOS, Moacyr. Prova Judiciária no Cível e Comercial, Volume I. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 47.

⁴³ Idem, ibidem, p. 48- 50.

Quanto à forma, a prova pode ser oral, como, por exemplos, depoimentos das partes e das testemunhas ou literal, compreendendo estes os documentos.⁴⁴

Vicente Greco Filho também adota a mesma classificação acima, entretanto, acrescenta que as provas também podem ser quanto à preparação, isto é, em casuais ou simples e pré-constituídas. O autor distingue as duas de modo a afirmar que a segunda é criada antes da formação do processo.⁴⁵

Francesco Carnelutti evidencia na prova direta o contato do juiz com a realidade sobre aquilo que vai julgar.⁴⁶ Arruda Alvim afirma que a inspeção judicial é *mais direta das provas*.⁴⁷

Enfim, não obstante a variação de nomenclaturas, as provas abrangem, sinteticamente, as modalidades oral, documental, exame pericial e inspeção judicial.

6. Meios e Fontes de provas

Os meios e as fontes de provas são exteriorizados em depoimentos pessoais, depoimentos testemunhais, documentos, perícias, inspeções judiciais e outros não rotulados expressamente na lei, como no caso do direito brasileiro, previsto no artigo 332 do CPC.

Todavia, a doutrina ressalta a importância da distinção entre meios e fontes de prova. Juan Montero Aroca, inspirado em Francesco Carnelutti⁴⁸ e Santiago Sentis Melendo, afirma que a fonte é anterior ao processo, como por exemplo, a pessoa que

⁴⁴ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Manual de Direito Processual Civil. 15ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.964-967.

⁴⁵ GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 180.

⁴⁶ CARNELUTTI, Francesco. A prova Civil – Parte Geral: O conceito Jurídico de Prova. Trad. e notas de Amilcare Carletti (do original La Prova Civile – Parte Generale: Il Concetto Giuridico della Prova). São Paulo: LEDU, 2002, p.25.

⁴⁷ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda, op.cit, p.965.

⁴⁸ Francesco Carnelutti afirma: “A rigore dovrebbe distinguersi anche tra mezzo e fonte di prova: la distinzione mi é riuscita fin dalle prime ricerche sulla prova (cfr. La prova civile, cit. pag.79); né ho ragione oggi per non ritenerla esatta. Nel testo, tuttavia, le due formule sono usate promiscuamente com riferimento a quello che ne é l'uso comune.” CARNELUTTI, Francesco. Trattato Del Processo Civile. Napoli: Morano Editore, 1958, p. 133.

tem o conhecimento do fato, ao passo que o meio é a sua declaração como testemunha no processo.⁴⁹

Cândido Rangel Dinamarco afirma que fontes da prova são:

*“as pessoas ou coisas das quais se possam extrair informações capazes de comprovar a veracidade de uma alegação, e meios de prova como técnicas destinadas à investigação de fatos relevantes para a causa”.*⁵⁰

Fredie Didier Jr. afirma que as fontes da prova contêm aquilo que se quer provar ao passo que os meios permitem que aquele conteúdo chegue até o juiz.⁵¹

O mesmo autor afirma com base na lição de Francesco Carnelutti que as fontes classificam-se em duas categorias: as fontes de prova em sentido estrito, que são os *fatos representativos que demonstram diretamente a ocorrência de um outro fato (o fato representado ou fato probando)*, como por exemplo, o documento, o depoimento da testemunha etc; e as fontes de presunção, que são *fatos secundários ou circunstancias que apenas indiretamente apontam para a possível ocorrência de um outro fato (o fato representado ou o fato probando); exemplo disso são os indícios.*⁵²

Os meios de prova tipificados nos artigos 342 a 443 do CPC são, resumidamente, conforme já mencionado: o depoimento pessoal; o depoimento testemunhal; a perícia; a exibição de coisa, o documento e a inspeção judicial. Outros meios de prova não ali previstos, provas atípicas, serão também aceitos desde que “moralmente legítimos”, conforme previsto no artigo 332 do CPC.

⁴⁹ AROCA, Juan Montero. La Prueba en el Proceso Civil. 2ª edição. Madri: Editorial Civitas, 1998, p.28.

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 6ª edição, volume III, p.85 - 86.

⁵¹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil Volume 2, 2ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p.48.

⁵² Idem, ibidem, p.49.

José Frederico Marques ao referir-se sobre meios atípicos de prova utiliza a expressão *meios inominados*.⁵³

Contudo, a regra enunciativa do artigo 332 do CPC, à primeira vista, demonstra conflito com a regra do art. 212 do Código Civil que traz um rol taxativo. Mas, a doutrina observa que esta contradição é aparente, porquanto a atipicidade prevista no artigo 332 do CPC não acrescenta outros meios de prova senão aqueles do artigo 212 do Código Civil; apenas estabelece *numerus apertus* os modos pelos quais poderão ser as provas produzidas. É defensável afirmar que o artigo 212 do Código Civil seria taxativo quanto às fontes e o artigo 332 do CPC enunciativo quanto aos meios de prova.

Sobre a harmonização dos referidos dispositivos Zaneti afirma:

*“(a) Há uma aparente taxatividade no art. 212 do CC de 2002, que é indubitavelmente complementado pelo art. 332 do CPC e com ele harmoniosamente coexiste no nosso ordenamento jurídico atual, quer pelo disposto no art. 130 do CPC, quer pela observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa ou, ainda pela prevalência do princípio da atipicidade das provas no nosso modelo constitucional atual (art.5º, LVI, da CF de 1988).
(b) Pela premissa de análise da questão por nós inicialmente adotada (do processo como sendo o instrumento realizador do direito material posto), a revogação ou a derrogação das regras do Código de Processo Civil de 1973 pelo Código Civil de 2002 devem se dar apenas nos casos de direta e flagrante incompatibilidade, o que não é o caso, privilegiando-se, destarte, uma interpretação sistemática entre o Código Civil e seu instrumento realizador.”*⁵⁴

⁵³ MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. Volume II, 1ª parte, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 178.

⁵⁴ ZANETI, Paulo Rogério. Flexibilização das Regras sobre o ônus da Prova. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 02.2011, p.57.

Leonardo Greco afirma que os meios de prova do direito material não são excludentes daqueles inseridos na atipicidade do direito processual.⁵⁵

Maricí Giannico afirma que as normas de direito material e de direito processual devem ser interpretadas como sistema coeso e harmônico.⁵⁶

A meu ver, há dois aspectos de suma importância quanto aos meios de prova. O primeiro deles é a atipicidade prevista no artigo. 332 do CPC que possibilita a admissibilidade de outros meios de prova advindos de avanços tecnológicos. O outro aspecto consiste na averiguação da licitude ou não prova. É por intermédio dos meios de prova que o juiz constatará se aquela prova produzida é lícita ou não.

7. Presunções, indícios, e as máximas de experiência

Os indícios e presunções não são expressões sinônimas, apesar de terem sido tratadas assim durante algum tempo, por determinados doutrinadores, conforme menciona Carlos Alberto Dabus Maluf.⁵⁷

João Batista Lopes afirma que indícios constituem sinais, vestígios ou circunstâncias que operacionalizados na mente do juiz conduzem à prova pretendida, enquanto presunções são raciocínios e deduções decorrentes das provas já apresentadas, não sendo estes meios de prova.⁵⁸

Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, todavia, afirma que as presunções são conclusões que o julgador tira de fatos conhecidos para se chegar ao desconhecido objeto da prova, enquanto os indícios constituem fatos auxiliares que constituem sinais de outros fatos que ligam ao objeto investigado. Para o autor as presunções não são

⁵⁵ GRECO, Leonardo. A prova no processo Civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil, Revista Dialética de Direito Processual 15/76. São Paulo, Dialética, p. 76.

⁵⁶ GIANNICO, Maricí. A prova no Código Civil: Natureza Jurídica, São Paulo, Saraiva, 2005, "Coleção Theotônio Negrão", coordenação de José Roberto F. Gouvêa, p.194.

⁵⁷ MALUF, Carlos Alberto Dabus. A presunção absoluta e a relativa na teoria da prova - Sua natureza jurídica e sua eficácia, publicado na Revista Forense, v. 74, n 262, p.89-100.

⁵⁸ LOPES, João Batista, op, cit.,p. 59.

meios de prova, mas sim operações mentais, ao passo que os indícios são meios de prova porque são fatos auxiliares do objeto investigado.⁵⁹

Marinoni afirma que a presunção admite a *dedução de um fato pela prova de outro*; que as presunções podem ser judiciais (ou *hominis*), legais relativas e legais absolutas. São presunções judiciais ou *hominis* aquelas decorrentes do raciocínio do juiz sem o arrimo de preceito legal. A verdade sobre o fato *probando* decorre da prova de um fato secundário ligado ao primeiro e mediante uma inferência lógica do magistrado. As presunções legais relativas verificam-se quando o silogismo racional indutivo decorre da lei, isto é, se a verdade sobre o fato *probando* emerge da presunção relativa, isto significa que a parte prejudicada detém o ônus da prova de elidir esta presunção. As presunções legais absolutas verificam do mesmo silogismo, contudo, não admitem prova em contrário.⁶⁰

Sérgio Carlos Covello também afirma que as presunções relativas, *juris tantum*, admitem prova em contrário, ao passo que as absolutas, *juris et de jure*, não admitem.⁶¹

Barbosa Moreira afirma que a presunção relativa induz a distribuição do ônus da prova, em que parte prejudicada terá o encargo de fazer a prova para afastar a veracidade presumida.⁶²

Arruda Alvim distingue presunções *hominis* da presunção legal ao afirmar que as primeiras decorrem da autorização implícita do artigo 335 do CPC, e, portanto, são cabíveis quando a lei não regular a presunção de forma expressa.⁶³

Fredie Didier Jr. dá exemplos de presunção legal relativa:

⁵⁹ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Indícios e Presunções como Meio de Prova. Revista de Processo, Ano X – janeiro-março de 1985, nº 37, p. 54 e 66.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit, p.141 - 145.

⁶¹ COVELLO, Sérgio Carlos. A presunção em matéria Civil, São Paulo: Saraiva 1983, p. 129-130.

⁶² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de Direito Processual – Primeira Série, 2ª edição: São Paulo: Saraiva, 1988, p.60.

⁶³ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Manual de Direito Processual Civil. 15ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.1063.

“a) a presunção de necessidade que decorre da declaração da parte de não poder arcar com as despesas processuais (art. 4º da Lei Federal n.1060/1950); b) a presunção de propriedade que decorre do registro imobiliário; c) a construção e a plantação feita em um terreno presumem-se até prova em contrário, feita pelo proprietário e à sua custa (art.1253 do CC2002); d) os bens móveis presumem-se adquiridos na constância do casamento, no regime da participação final nos aquestos (art. 1.674, par. ún. CC 2002) e) quando o pagamento for a quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até a prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores, (art. 322 do CC -2002) etc.”⁶⁴

O mesmo autor dá exemplos de presunção legal absoluta:

a) Presunção de conhecimento do terceiro sobre a penhora de imóvel que fora transcrita na matrícula do bem (art.659, § 4º, CPC); b) as causas de impedimento do juiz(art. 134 do CPC) implicam presunção absoluta de parcialidade; c) há presunção absoluta de que um cônjuge autorizou o outro a contrair dívidas para a economia doméstica(art.1643 do CC 2002); d) presunção de existência de repercussão geral no recurso extraordinário interposto contra decisão que contraria enunciado de súmula ou jurisprudência dominante do STF (§ 3º do art. 543 –A do CPC).⁶⁵

Quanto às máximas de experiência, Marinoni afirma que o juiz para formar seu raciocínio sobre a lide utiliza-se de regras de experiência comuns e técnicas. As primeiras decorrentes de valores sociais, religiosos, culturais, lógicas ou científicas, enquanto que as técnicas decorrem de pensamento técnico científico. Ambas possibilitam ao juiz avaliação da lide mediante um modelo silogístico dedutivo do juízo de fato.⁶⁶

⁶⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; Oliveira, Rafael, op. cit. p.61.

⁶⁵ Idem, ibidem, p.62.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit, p. 142-149-150.

Didier afirma que as regras de experiência exercem quatro funções no processo, tais como:

*a) apuração dos fatos, a partir dos indícios; b) valoração da prova, servindo para que o magistrado possa confrontar as provas já produzidas (dar mais valor a um testemunho do que a outro, por exemplo); c) aplicação dos enunciados normativos, auxiliando no preenchimento do conteúdo dos chamados conceitos jurídicos indeterminados (preço vil, por exemplo); d) limite ou livre convencimento motivado: o magistrado não pode decidir apreciar as provas em desconformidade com as regras de experiência. ”*⁶⁷

A meu ver, as presunções e os indícios não são meios de provas que visam à obtenção da verdade, conforme os fatos históricos ocorreram, mas, são técnicas processuais para se obter uma verdade formal, que poderá coincidir ou não com a verdade real.

8. Sistema de valoração das provas

O juiz, ao proferir a sentença, terá que fazer uma avaliação de todas as provas obtidas no processo e delas extrair o seu valor que irá influenciá-lo no julgamento da lide. Esta valoração, todavia, nem sempre se prendeu aos elementos probantes colhidos no processo.

No direito processual, há três sistemas de valoração das provas: a) critério legal; b) critério da livre convicção; e c) critério da persuasão racional.

Artur Oscar de Oliveira Deda afirma que a incursão do juiz no âmbito da prova depende do sistema adotado pelo ordenamento jurídico.⁶⁸

⁶⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p.56.

⁶⁸ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. A Prova no Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2006 p. 18.

No sistema legal, o juiz está atrelado ao valor da prova fixada em lei, mediante um sistema tarifado. Nele, o juiz não é livre para valorar as provas e apoiar-se naquela que mais lhe convenceu.

Fredie Jr. afirma que o sistema legal desenvolveu-se na Alemanha e impregnado de antigos traços religiosos e supersticiosos vindos dos primórdios da civilização, como os juízos de Deus.⁶⁹

Paulo Rogério Zaneti afirma que, no processo civil brasileiro, há dispositivos pontuais que se abeberaram deste sistema, como os artigos 401 e 366. No primeiro, não se admite a prova exclusivamente testemunhal nos contratos que não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no País, ao tempo em que forem celebrados, enquanto no segundo, o instrumento público se for da exigência da lei como substância do ato não poderá ser suprido por outro.⁷⁰

Clovis V do Couto e Silva assinala a graduação ou hierarquia das provas em função do meio utilizado, como as provas consideradas absolutas em que

“(...) documentos particulares assinados fazem prova plena de que as declarações nele contidas foram emitidas pelo signatário (...) e (...) a confissão não é um meio de prova mas libera à outra parte do ônus de provar os fatos sobre o que ela recai.”⁷¹

João Batista Lopes também afirma: *Em tese, não cabe à prova testemunhal para fato já comprovado por documento. O exame de cada caso concreto, no entanto, determinará a aplicação da regra.*⁷²

⁶⁹ Idem, ibidem, p. 42.

⁷⁰ ZANETI, Paulo Rogério. Flexibilização das Regras sobre o ônus da Prova. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011, p.45.

⁷¹ SILVA, Clóvis V. do Couto. Direito Material e Processual em Tema de Prova. Revista de Processo nº 13, Ano 4, janeiro – março de 1979, p. 141.

⁷² LOPES, João Batista. Hierarquia das Provas. Revista de Processo São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano II, abril-junho de 1977, nº 6, p.293.

No sistema da livre convicção, o juiz é livre para buscar a verdade em qualquer meio de prova. Aliás, o seu convencimento pode até formar-se contra a prova colhida nos autos, conforme afirma Humberto Theodoro Júnior.⁷³

Cândido Rangel Dinamarco afirma que este é o sistema do *convencimento moral ou íntimo*, segundo o qual pode o juiz decidir até mesmo desvencilhado dos elementos constantes dos autos.⁷⁴ Este sistema ainda vinga nos dias de hoje no júri popular, como, por exemplo.

No sistema de persuasão racional ou no livre convencimento motivado, o juiz detém o livre convencimento, mas apoiado no conjunto de provas trazido no processo e segundo as regras jurídicas e de experiência, conforme o disposto nos artigos 131 e 335 do CPC.⁷⁵

Carlos Lessona afirma que este sistema predomina nos ordenamentos jurídicos modernos.⁷⁶

José Eduardo Carreira Alvim afirma que no sistema da persuasão racional o juiz pode formar sua convicção com base no depoimento de única testemunha de uma parte contra três da outra, mas terá que motivar a razão porque não aceitou a outra versão.⁷⁷

A valoração da prova está também diretamente ligada ao tema principal do presente trabalho, provas ilícitas. Aqui, a prova ilícita será submetida ao crivo de admissibilidade e da valoração do juiz, segundo critérios de direito material e processual, e ainda, à luz do princípio da proporcionalidade, conforme será visto.

⁷³THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. vol I, 48ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.483.

⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, volume III, p.103 e 104.

⁷⁵ CPC. 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."

⁷⁶ LESSONA, Carlos. Teoria General de La Prueba en Derecho Civil, 4ªed. trad. do original italiano de Enrique Aguilera de Paz. Madri: Instituto Editorial Réus, 1957, p. 355.

⁷⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. Elementos de Teoria Geral do Processo, 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 302.

9. Ônus da prova

Na acepção comum, ônus é a expressão sinônima de dever, de obrigação,⁷⁸ ao passo que ônus na acepção jurídica tem outra conotação.

Pontes de Miranda distingue dever de ônus em que o dever consiste na satisfação de ato decorrente da relação jurídica bilateral, enquanto ônus é a satisfação ou não de ato decorrente do próprio interesse.⁷⁹

Arruda Alvim também distingue a obrigação de ônus; a primeira é *transitiva*, isto é, ocorre numa relação jurídica bilateral na qual aquele que não cumpre sua obrigação sofre as consequências decorrentes do direito da outra parte da relação jurídica, ao passo que o ônus é *reflexivo*, isto é, a parte sofre os prejuízos em decorrência da falta de uma conduta que ela deixou de praticar em prol de interesse próprio.⁸⁰

Rodrigo Xavier Leonardo afirma que o ônus é o agir da parte em prol de interesse próprio, ao passo que obrigação é o agir para desvencilhar-se das consequências do interesse de outrem.⁸¹

João Batista Lopes afirma que não *existe dever jurídico de provar, mas simplesmente ônus de fazê-lo*.⁸²

Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia Medina apontam diferenças entre faculdade, ônus e dever processual. Ônus significa atividade a ser desempenhada pela parte que lhe gera benefícios. Omissio nesta atividade a parte sofre consequências negativas. A faculdade consiste em opção pela parte de determinado ato processual sem consequências, como por exemplo, indicar

⁷⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa, 11ª edição Rio de Janeiro: Nacional, 1979, p.71.

⁷⁹ MIRANDA. F.C Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil, 2ed. T. III, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 281.

⁸⁰ ALVIM NETTO. José Manoel de Arruda. Manual de Direito Processual Civil. 15ª edição. São Paulo: Ed. RT 2008, vol.2(Processo de conhecimento), p. 969.

⁸¹ LEONARDO. Rodrigo Xavier. Imposição e Inversão do ônus da prova., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 55 – 56 - 57 – 69.

⁸² LOPES, João Batista A prova no Direito Processual Civil. 3ª edição. São Paulo: RT, 2007, p. 38.

bens à penhora com a petição inicial, conforme a regra do art. 652, § 2º do CPC. O dever processual se liga a conduta e não ao ato isolado.⁸³

Arruda Alvim classifica ônus da prova como ônus perfeito e imperfeito. O primeiro consiste na consequência jurídica danosa à parte que não cumpre o ato processual, como por exemplo, o trânsito em julgado de sentença se não houver sido interposto recurso, ao passo que o segundo consiste numa eventual consequência processual, como por exemplo, se a parte perde a oportunidade de fazer determinada prova, nem sempre poderá haver a sucumbência da demanda, porquanto a outra parte poderá fazer tal prova.⁸⁴

Dinamarco define ônus em absoluto e relativo, sob significado correlato de perfeito e imperfeito.⁸⁵

Quanto ao ônus da prova, Barbosa Moreira afirma que este pode ser tanto regra de conduta dirigida às partes quanto regra de julgamento. Na primeira, as partes têm a incumbência de fazer a prova do fato alegado no processo. Na segunda, o juiz decidirá a lide em desfavor daquele que tinha o ônus da prova, se não houver, nos autos, a efetiva prova dos fatos controversos na lide.⁸⁶

A regra de conduta e de julgamento diz respeito à distribuição do ônus da prova, tema de suma relevância, prevista no artigo 333 do CPC. No referido dispositivo cabem às partes a produção de determinada prova, conforme a natureza do fato levado ao juízo. Cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu a prova dos fatos modificativos, impeditivos e extintivos. Os fatos constitutivos consistem o fundamento do pedido, como, por exemplo, locação e a mora do inquilino; os fatos modificativos geram a alteração da natureza jurídica, como, por exemplo, a afirmação do réu de que o morador do imóvel não é locatário e sim comodatário; os fatos

⁸³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; e MEDINA, José Garcia. Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil. São Paulo: Ed RT, 2007, Vol.3, p. 67.

⁸⁴ ALVIM NETTO, José Manoel DE Arruda. Manual de Direito Processual Civil, vol.2(Processo de conhecimento).12ª edição, São Paulo: RT, 2008, p. 502-503.

⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. II. 6ª edição, São Paulo: Malheiros, Editores, 2009, p. 210-211.

⁸⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da Prova. Temas de Direito Processual Civil – segunda série. São Paulo: Saraiva 1988, p. 74-75.

impeditivos impedem as consequências jurídicas pretendidas, como, por exemplo, a incapacidade civil; e os fatos extintivos constituem-se o fim da relação jurídica, como, por exemplo, o pagamento da dívida.⁸⁷

Antes do término do presente tópico, cumpre distinguir ônus de alegação e ônus da prova.

João Batista Lopes, sobre ônus da alegação, afirma: “*Antes do exame do ônus da prova importa registrar que as partes têm o ônus da alegação dos fatos que servem de base para os seus pedidos (pedido de procedência, pedido de improcedência.*”⁸⁸

Hernando Devis Echandia afirma também no sentido de que o ônus da afirmação de fatos delimitará o campo de atuação da prova, porquanto não é crível haver a necessidade da prova de fatos não alegados.⁸⁹

Verifica-se que o ônus da alegação está presente nos artigos 128, 301, 302 e 303 e 517 do CPC.

A meu ver, ônus da prova é o encargo atribuído à parte de fazer a prova de determinadas alegações postas em juízo que será transmudado como regra de julgamento quando o juiz concluir que os elementos coletados nos autos são insuficientes para decidir a demanda.

10. Procedimento probatório e Admissibilidade da prova

A admissibilidade e valoração da prova pelo juiz pressupõe o chamado procedimento probatório. É no procedimento probatório que o juiz avaliará se a prova é lícita ou não e, portanto, se ela poderá ser valorada como elemento de convencimento do juízo.

⁸⁷ LOPES, João Batista. A prova no Direito processual Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.38.

⁸⁸ Idem, ibidem, p.35.

⁸⁹ ECHANDÍA, Hernando Devis. Teoria General de La Prueba Judicial, 5ª edição. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia Editores, 1981, p.426.

Na doutrina portuguesa, notadamente de Manuel Andrade, o procedimento probatório comporta quatro fases: a) proposição: quando a parte requer a produção da prova; b) admissão: quando defere a produção da prova; c) produção: consiste na realização da prova constituenda, pois a pré-constituída já foi produzida antes do processo; e d) assunção, que vem a ser o conjunto probatório carreado aos autos, como as provas pericial, testemunhal, documental e outras.⁹⁰

Humberto Theodoro Junior destaca que o procedimento probatório compreende três estágios: a) proposição; b) deferimento; e c) produção. A primeira consiste na exposição da petição inicial ou da defesa do fato *probando* e da indicação do meio de prova adequado (CPC, art. 282, III e VI e 300, 307, 312 e 315). A segunda e terceira consistem no deferimento ou admissão e produção da prova⁹¹. O mesmo autor, ainda, destaca que no caso da prova testemunhal, poderá ocorrer a admissão da prova e indeferimento de sua produção se a parte não depositou o rol em cartório com antecedência mínima legal.⁹²

A admissibilidade da prova está atrelada à sua legalidade quanto ao momento, à forma e ao conteúdo. Uma prova documental deve ser oferecida no momento da propositura da ação ou da defesa, sem o qual não é válida, em face do que dispõem os artigos 396 e 397 do CPC. Do mesmo modo, uma prova exclusivamente testemunhal não pode ser aceita nos contratos que não excedam dez salários mínimos, conforme o artigo 401 do CPC.

A prova que não obedece aos critérios impostos pela norma jurídica é uma prova inadmissível, que significa segundo Eduardo Cambi “*aquela que não pode ter ingresso em juízo.*”⁹³

Quanto aos momentos do procedimento probatório, proposição, admissão e produção da prova, são importantes distinguir tais momentos das provas constituídas e constituendas. As provas constituendas, como as testemunhais, serão produzidas após o

⁹⁰ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Noções Elementares de Processo Civil, Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1993, p.221.

⁹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 48ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2008, vol.I, p.492.

⁹² Idem, ibidem, p.493.

⁹³ CAMBI, Eduardo. A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância. São Paulo: RT, 2006, p.34.

requerimento da parte e o deferimento do juiz. Quanto às provas constituídas, que já estão prontas antes da formação do processo, como por exemplo, os documentos, não há três momentos, proposição, admissão e produção, mas tão somente dois, proposição e admissão. A avaliação que o juiz fará do documento, após ouvir a parte contrária, será posterior à juntada deste nos autos. E não previamente, como o juiz faz ao deferir a produção de prova testemunhal. Desta forma, a admissibilidade da prova variará de momento, em razão das prova ser constituenda ou constituída. Da mesma forma, a participação da parte no procedimento probatório também variará em face da natureza da prova.

Eduardo Cambi afirma que o documento juntado aos autos e depois tido como inadmissível pelo juiz pode ser dali desentranhado, razão pela qual recomenda o autor que em casos complexos a parte faça o requerimento prévio da juntada de documentos antes que estes influenciem o julgador ao proferir a sentença.⁹⁴

A meu ver, o procedimento probatório reflete o juízo de admissibilidade da prova, que irá decidir se a prova é lícita ou não.

11. Limitação da prova: Provas lícitas e ilícitas

Conforme visto, o procedimento probatório seleciona as provas admissíveis em juízo de modo a repelir aquelas que não passarem pelo crivo da legalidade. A admissibilidade da prova pressupõe que esteja a prova em conformidade com o direito material e processual.

Logo, a prova lícita é aquela produzida em respeito à incolumidade dos direitos individuais fundamentais e sob os critérios processuais definidos na legislação processual infraconstitucional. As provas em desacordo com este sistema são chamadas de ilícitas.⁹⁵

⁹⁴ Idem, ibidem, p.34.

⁹⁵ Sobre o conceito de provas ilícitas, Cândido Rangel Dinamarco afirma: “*Provas ilícitas são as demonstrações de fatos obtidas por modos contrários ao direito, quer no tocante às fontes de prova, quer quanto aos meios probatórios. A prova será ilícita - ou seja, antijurídica e portanto ineficaz a demonstração feita - quando o acesso à fonte probatória tiver sido obtido de modo ilegal ou quando a utilização da fonte se fizer por modos ilegais. Ilícitude da prova, portanto, é ilicitude na obtenção das fontes ou ilicitude na aplicação dos meios. No sistema do direito probatório o veto às provas ilícitas*”

CAPÍTULO II - PROVAS ILÍCITAS E O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

1. O sistema jurídico anterior à Constituição de 1988

No sistema jurídico anterior à Constituição de 1988 vigorava a inviolabilidade absoluta das correspondências e das comunicações com ressalva da Constituição de 1937, que, no seu artigo 122, inciso VI, excepcionava a regra ao dispor: *a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvo as exceções expressas em lei.*

O sigilo das comunicações telefônicas veio expresso, apenas, na Constituição de 1967 e com a Emenda 1, de 17.10.1969. O artigo 153, § 9º preceituava: *É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.*

Quanto à proteção da intimidade e da privacidade, não havia, ainda, neste período, preceitos expressos. Interpretavam-se, extensivamente, dispositivos assemelhados, de modo a assegurar também referidos direitos, como, por exemplo, o artigo 153, § 39 da Constituição de 1967 que preceituava: *“A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.”*

Na legislação infraconstitucional confluíam preceitos que protegiam a inviolabilidade absoluta de correspondência e outros que excepcionavam a referida regra. São exemplos da primeira espécie: o artigo 151 do código penal, que previa como crime a violação de correspondência; o código brasileiro de comunicações que, expressamente, vedava o vazamento de informações decorrentes de comunicações telefônicas; e o art. 207 do CPP que preceituava o segredo profissional.

Quanto às exceções, Luiz Francisco Torquato Avolio indica os seguintes preceitos: o recebimento pelo síndico de correspondências do falido (*art.63, II do Dec.-*

constitui limitação ao direito à prova. No plano constitucional, ele é instrumento democrático de resguardo à liberdade e à intimidade das pessoas contra atos arbitrários ou maliciosos.” DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2001, Volume, III. p.49.

lei 7.661, de 21.06.1945); b) a permissão para exibição judicial dos livros de escrituração comercial (artigos 18 e 19 do Código comercial); c) a possibilidade de exibição de documento em poder da parte ou de terceiro (artigos 355 a 363 do código de processo civil); d) a exibição em juízo de quaisquer escritos, instrumentos ou papéis públicos ou particulares (art. 232 do código de processo penal); e) a apreensão de cartas abertas ou não do acusado que servissem para elucidação de um fato (art. 240, §1º do CPP); f) o poder de ofício do juiz de determinar a juntada de documento relevante da acusação ou da defesa (art. 234 do CPP); e g) a autorização judicial para interceptação telefônica, prevista no código brasileiro de telecomunicações.⁹⁶

Luiz Francisco Torquato Avolio aponta, ainda, o repúdio de parte da doutrina quanto à possibilidade da existência de norma ordinária que flexibilizasse o sigilo de correspondência em face do artigo 153, § 9º da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda 1, de 17.10.1969, citando Tourinho Filho, José Celso de Mello Filho, Paulo Heber de Moraes e João Batista Lopes.⁹⁷

Maria Gilmaise de Oliveira Mendes afirma que havia outro segmento que defendia a admissibilidade processual da prova ilícita, mas, com a punição do ato ilícito, como Yussef Cahali, Washington de Barros Monteiro e o Ministro Cordeiro Guerra, do Supremo Tribunal Federal.⁹⁸ A autora afirma que o Ministro Raphael de Barros Monteiro, da mesma Corte, em 1951, defendeu que as provas apresentadas pelas partes deveriam ser admitidas e valoradas pelo juiz não importando se elas houvessem sido obtidas de modo ilícito.⁹⁹

José Carlos Barbosa Moreira afirma haver outras duas correntes radicais quanto à admissibilidade das provas ilícitas no processo. A primeira propugnava pelo interesse da justiça na busca da verdade de modo que a prova ainda que ilícita deveria ser admitida e valorada pelo juiz, sem qualquer sanção ao infrator da norma jurídica. A

⁹⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.160-161.

⁹⁷ Idem, *ibidem*, p.161.

⁹⁸ MENDES, Maria Gilmaise de Oliveira. *Direito à intimidade e interceptações telefônicas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 127.

⁹⁹ Idem, *ibidem*, p. 128.

segunda corrente, entretanto, justificava a inadmissibilidade da prova ilícita no processo em prol do combate ao ato ilícito.¹⁰⁰

Ada Pellegrini Grinover faz interessante análise do sistema normativo no Brasil antes da Constituição de 1988 e afirma que dele não se extraía previsão expressa de nulidade das provas obtidas em desacordo com a norma jurídica, salvo se fossem arguidas nulidades em tempo oportuno, sob pena de preclusão, à luz do regime das nulidades relativas.¹⁰¹ De tal forma, o sistema jurídico coadunava-se com a teoria de Cordero do *male captum bene retentum*, que será visto no próximo capítulo, segundo a qual se preconizava a admissibilidade da prova ilícita em juízo com sanções em sede apropriada para o infrator do ato ilícito.

Finaliza a autora:

“Não existe nulidade cominada para o ato processual da admissão da prova vedada, que retire eficácia jurídica à prova produzida contra legem; b) ainda que uma sentença condenatória se baseasse em provas desse jaez, a sentença não seria rescindível, nem caberia habeas corpus. A permanecer a nível de lei ordinária tudo se resolveria, apenas, no plano material, pela aplicação da penalidade pelo ilícito cometido, sem qualquer correlação entre a transgressão e a concreta inadmissibilidade da prova ilícita.”¹⁰²

O artigo 332 do Código de Processo Civil de 1973 já dispunha sobre a admissibilidade de todos os meios de prova, desde que legais e moralmente legítimos. O preceito, ainda em vigor, permite a utilização de provas atípicas, isto é, que não estejam rotuladas, expressamente, no CPC, desde que não contrariem a lei e a moral. Aqui, o código buscou divisar, de modo implícito, as provas lícitas das ilícitas.

¹⁰⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. Temas de Direito Processual – 6ª série. São Paulo: Saraiva, 1997, p.109.

¹⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades Públicas e processo penal, As interceptações Telefônicas, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p.155-159.

¹⁰² Idem, ibidem, p.159.

João Carlos Pestana de Aguiar Silva afirmava, naquela época, que a prova a ser produzida deveria amoldar-se aos meios admitidos por lei sob a observância dos direitos de personalidade e do princípio do contraditório.¹⁰³ Alcides de Mendonça Lima já afirmava a possível admissibilidade das provas ilícitas no convencimento do juiz quando não houvesse outro meio de prova de que a parte pudesse valer-se na defesa de certos bens jurídicos violados decorrentes de condutas civilmente reparadoras e criminosas, que na maior parte das vezes, ocorrem sob pouca ou quase nenhum testemunho de terceiros, como o de adultério, a chantagem e a corrupção.¹⁰⁴

Quanto à jurisprudência desta época, Luiz Francisco Torquato Avolio traça quadro pontual das decisões antecedentes à Constituição de 1988. O autor cita caso emblemático segundo o qual o Tribunal de Justiça do São Paulo conferiu licitude à interceptação telefônica de pessoa suspeita de contatos com indiciado de crime de extorsão sob os requisitos do código de telecomunicações, a despeito da gravação haver sido obtida na linha telefônica do escritório do advogado do acusado. Este questionou a legalidade da diligência sob a égide do artigo 153, § 9º da CF e do artigo 151, § 1º, II do CP. Decidiu aquele tribunal que a garantia constitucional não é absoluta quando se depara na coibição de atividades ilícitas ou criminosas.¹⁰⁵ No RE 85. 439, julgado em 11.11.1977, não se admitiram gravações clandestinas telefônicas feitas pelo marido de uma conversa de sua mulher como prova de adultério, em face da garantia constitucional da inviolabilidade de correspondência e da inviolabilidade de domicílio (art. 153, §§ 9º e 10º).¹⁰⁶ No RE 100.094 -5, julgado em 28.06. 1984, vedou-se também a utilização de gravação telefônica clandestina em face do direito de personalidade implícito no artigo 153, § 3º da Constituição de 1969.¹⁰⁷ No HC 63.834, julgado em 18.12.1986, foi determinado o trancamento de inquérito policial em face de *interceptações particulares confessadamente ilícitas*.¹⁰⁸

¹⁰³ SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. A crise da privacidade nos meios de prova. Revista Forense, 1975, p.68-69.

¹⁰⁴ LIMA, Alcides de Mendonça. E Eficácia do meio de prova ilícito no Código de Processo Civil Brasileiro. Revista de Processo, nº 43, p.138 a 141.

¹⁰⁵ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais,, 2010, p.164-165.

¹⁰⁶ Idem, ibidem, p.167.

¹⁰⁷ Idem, ibidem, p.168.

¹⁰⁸ Idem, ibidem, p.169.

Em suma, conclui-se deste período anterior à Constituição de 1988 que a doutrina, não obstante segmentada em diversas correntes, inclinava-se à admissibilidade processual da prova ilícita, mas, com a punição do ato ilícito, e que a jurisprudência era casuística, isto é, em favor da admissibilidade da prova ilícita quando em combate a atividades criminosas e contra a admissibilidade em prol do resguardo dos direitos à intimidade e à privacidade. Esta diversidade resulta do fato de não haver um sistema unificado regulador da matéria.

2. O sistema jurídico brasileiro atual: art.5º, inciso LVI da CF

Com o advento da Constituição Federal de 1988 criou-se o arquétipo genérico, insculpido no artigo 5º, inciso LVI, no sentido de coibir a admissibilidade no convencimento judicial de provas obtidas por meios ilícitos. Mas, não é só o referido inciso que assinala tal proibição. Depreende-se de todo o rol assegurado no mesmo artigo 5º a impossibilidade de utilização de provas que não estejam em consonância com as normas de direito material e de direito processual. O inciso LIV, por exemplo, que preconiza o devido processo legal, já assinala a incompatibilidade da validade dos atos processuais com as provas que não estejam em consonância com a legislação.

Nelson Nery Jr. afirma que o princípio do devido processo legal previsto na Constituição já engloba outras garantias fundamentais, inclusive o da vedação de provas ilícitas.¹⁰⁹

Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que o devido processo legal substancial *importa em que as normas aplicadas quanto ao objeto do litígio não sejam desarrazoadas, portanto, intrinsecamente injustas.*¹¹⁰

Da mesma forma, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, também situa-se neste contexto porquanto não é crível que o juiz admita sem restrições e em qualquer situação provas obtidas com a transgressão da intimidade e da

¹⁰⁹ NERY Jr., Nelson. Princípios de processo civil na Constituição Federal. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 79.

¹¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume I Arts. 1º a 43. São Paulo: Saraiva, 1990, p.67.

privacidade de uma pessoa, como, por exemplo, uma prova decorrente de invasão domiciliar.

O princípio constitucional ali insculpido procurou romper com os momentos tenebrosos da ditadura militar em que a prova era prospectada ao alvedrio da dignidade humana, como torturas, prisões ilegais e outras violações à intimidade, à privacidade e à incolumidade física e moral de toda sorte dos cidadãos.

Com o novo momento político e histórico procurou-se adequar o direito à prova no contexto do devido processo legal de tal forma que a produção da prova, antes do processo ou com ele já instaurado, não pudesse aviltar os direitos e as garantias fundamentais, assim como ultrapassar os limites e os critérios probatórios da norma infraconstitucional.

Thiago André Pierobom de Ávila afirma que o preceito do artigo 5^a, inciso LVI, da CF traz, implicitamente, o chamado efeito *dissuasório* provindo do direito norte-americano (*deterrent effect of policial misconduct*) e o *fair trial*, segundo os quais, respectivamente, consistem no repúdio de práticas investigativas policiais que não estejam sob a conformidade legal ou que violem o direito de liberdade do indivíduo.¹¹¹

A vedação das provas ilícitas em juízo, prevista no aludido dispositivo constitucional, está relacionada tanto com a produção de provas na atividade persecutória do Estado em ações penais quanto na produção de provas no âmbito processual civil.

Apesar do inciso XII do artigo 5º da CF condicionar a quebra do sigilo das comunicações telefônicas apenas para as finalidades de investigação criminal e instrução processual penal, verifica-se que o inciso LVI do mesmo dispositivo abrange tanto o processo penal quanto o processo civil. Obviamente, que a simetria ali assegurada não ignora a diferença fundamental entre as duas áreas quanto à tutela de bens jurídicos.

¹¹¹ ÁVILA, André Pierobom de. Provas Ilícitas e proporcionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.114 - 116.

Analisando-se o preceito no âmbito ainda penal, interessante é a preleção de Maria Cecília Pontes Carnaúba, segundo a qual se afirma que a vedação das provas ilícitas como dogma constitucional não pode subverter a importância de outros princípios constitucionais fundamentais, como o princípio constitucional da erradicação da pobreza, do bem estar social e do acesso dos cidadãos aos serviços públicos. Nesta linha, a autora afirma que o Estado na persecução de crimes que acarretem prejuízos ao erário público não pode transformar a inadmissibilidade da prova ilícita em juízo como instrumento de impunidade.¹¹²

Portanto, na Constituição atual, ao contrário da anterior, os direitos fundamentais, como os direitos à privacidade, à intimidade, à inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, assim como o direito à inviolabilidade de domicílio não se constituem garantias absolutas. A inadmissibilidade processual das provas ilícitas deve ser relativizada em consonância com outros bens jurídicos também tutelados pelo Estado. O artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal não deve, portanto, ser interpretado isoladamente.

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins ao comentarem o inciso LVI do artigo 5º afirmam:

“(...) O que cumpre agora fazer é procurar extrair a real significação deste dispositivo, ainda que pessoalmente entendamos que houvera sido melhor para o Brasil adotar uma posição mais contemporizadora, que propiciasse à legislação ordinária e à jurisprudência um avanço no sentido de, em determinadas hipóteses, aceitar a prova, ainda que ilícita. O que nos reconforta é que uma análise mais detida do assunto nos induz a crer que o preceito constitucional há de ser interpretado de forma a

¹¹² CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. Prova Ilícita. São Paulo: Saraiva, 2000, p.22-23.

comportar alguma sorte de abrandamento relativamente à expressão taxativa de sua redação. (...)”¹¹³

“(...) É por isso que, sem embargo de o Texto Constitucional excluir do processo as provas obtidas por meio ilícitos, é nosso convencimento que alguns temperamentos se tornam impositivos em decorrência da própria relativização dos direitos individuais e da sua prevalência segundo a própria valoração feita pela Constituição. Aliás, interpretação em sentido contrário deixaria de prestigiar o interesse social em que se faça justiça para encarecer tão somente o direito individual encarnado em uma pessoa (...)”¹¹⁴

A vedação das provas ilícitas deve ser interpretada também em consonância com o princípio da isonomia, previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, que significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem.

No âmbito penal, por exemplo, para que não ocorra punição exacerbada nos crimes de pequeno potencial ofensivo em contraste com a impunidade de crimes de grande repercussão social e que atinjam interesses públicos a inadmissibilidade da vedação das provas ilícitas deverá ser graduada levando-se em consideração a heterogeneidade dos indivíduos que compõem a sociedade em face das diferenças econômicas, sociais e intelectuais. Não se pode conceber que indivíduos ou organizações dotados de maiores condições possam escudar-se de suas responsabilidades sob a garantia absoluta dos direitos à privacidade, à intimidade e à liberdade.

Neste contexto, afirma Maria Cecília Pontes Carnaúba que:

“(...) Quando a Constituição brasileira determina que são inadmissíveis no processo as provas colhidas por meios ilícitos,

¹¹³ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988), 2º volume, arts. 5º a 17, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 293.

¹¹⁴ Idem, ibidem, p.296.

*estabelece uma regra geral que deve ser observada no trato com o cidadão médio em circunstâncias normais, em que existe a possibilidade de coleta de provas criminais pelas vias ordinárias, e, através delas, é possível a aplicação das penalidades legais. É a realização do princípio isonômico pelo legislador que está obrigado a dispensar igual tratamento a todos ao editar a lei (.....)”*¹¹⁵

E continua:

*“(...) Quando se está diante de crimes de lesão às finanças públicas ou de tráfico de entorpecentes, que são via de regra cometidos por cidadãos integrantes de uma restrita elite social e econômica, a visão sistêmica do dispositivo precisa ser mais minuciosamente estudada a fim de evitar ofensa ao princípio constitucional da isonomia por seus aplicadores”.*¹¹⁶

Celso Antonio Bandeira de Mello em sua obra “O conteúdo jurídico do princípio da igualdade traça critérios identificadores da verdadeira isonomia assegurada no artigo 5º, dispondo nos capítulos II, III, IV, V, VI e VII respectivamente, *Igualdade e os fatores sexo, raça, credo religioso; Critérios para identificação do desrespeito à isonomia; Isonomia e fator de discriminação; Correlação lógica entre fator de discriminação e a desequiparação procedida; Consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição; e Cautela na interpretação das leis em atenção à isonomia*¹¹⁷. Conclui o autor o seguinte:

“Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando: I - A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas ou uma pessoa futura e indeterminada. II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes,

¹¹⁵ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. Prova Ilícita. São Paulo: Saraiva, 2000, p.31.

¹¹⁶ Idem, ibidem, p.31.

¹¹⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2000, p. 9 a 46.

*elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” - que não descansa no objeto-como critério diferencial. A norma atribui tratamento jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrímen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados. IV - A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente. V – A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrimens*, desequiparações que não foram professadamente assumidas por ela de modo claro, ainda que por via implícita”.¹¹⁸*

No contexto das provas ilícitas, vale, pois, afirmar, com base na lição do autor, que a vedação destas devem atender ao fator *discrímen* e a *desequiparação* procedida, qual seja, adotar a regra geral e a exceção em face da distinção entre os jurisdicionados. Desta forma, nos exemplos antes citados como nos casos de crimes causadores de lesão ao erário público e de tráfico de entorpecentes a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas mitiga-se em prol da efetiva atividade persecutória do Estado na apuração e na sanção aos delinquentes destes delitos.

A incolumidade dos direitos fundamentais, como a privacidade, a intimidade e a liberdade, assim como inviolabilidade do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e de dados e das comunicações telefônicas não podem se converter em escudo à prática de crimes ou ilícitos em geral de alto potencial ofensivo.

Ressalta-se que o artigo 5º inciso XII, da Constituição Federal erigiu a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados como garantia absoluta. Aqui, a rigidez constitucional não pode ser aplicada isoladamente para que não se crie uma distorção de respeito irrestrito àquelas garantias

¹¹⁸ Idem, ibidem, p.47-48.

reputadas *a priori* como absolutas em detrimento da atividade persecutória do Estado e em detrimento de interesses públicos lesados.

Neste sentido é a lição de Heráclito A. Mossin em que a privacidade e a intimidade não podem se sobrepor à persecução penal do Estado.¹¹⁹

Sob o meu ponto de vista, os incisos LVI e XII do artigo 5º da Constituição Federal se por um lado limitam o direito fundamental à prova, por outro não podem ser interpretados e aplicados isoladamente sem a atenção aos demais direitos e garantias não menos importantes também assegurados na Constituição, dentre eles o da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXVI, da CF). Como bem enfatiza a doutrina acima mencionada, a restrição dos meios de prova não pode servir de escudo à prática de ato ilícito ou de crime. A temperança dos preceitos constitucionais deve nortear o julgador de modo que a segurança jurídica não seja divorciada da justiça.

2.1. Proteção aos direitos individuais fundamentais

O inciso LVI do artigo 5º da Constituição tem relação direta com os demais incisos do mesmo dispositivo que asseguram os direitos fundamentais, como os direitos à intimidade, à privacidade, à imagem, à honra (inciso X), à inviolabilidade de domicílio (inciso XI), à inviolabilidade do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas de dados e das comunicações de telefônicas, (inciso XII), assim como o direito à proteção do indivíduo contra a tortura ou tratamento desumano ou degradante (inciso III), além de amparo ao preso em sua integridade física e moral (inciso XLIX).

A Constituição Federal brasileira também coloca-se ao lado de diplomas legais internacionais, tais como a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – de 06.11.1969, ratificada pelo Decreto 678, de 06.11.1992, e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 17.12.1966, ratificado pelo Decreto 592, de 06.07.1992, ambos integrados ao nosso sistema jurídico por força do artigo 5º, § 2º da CF. Preceitua-se no artigo 11, inciso 2 da Convenção que ninguém *pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na sua*

¹¹⁹ MOSSIN, Heráclito A. Sigilo bancário e interceptação telefônica. Revista Jurídica, 221:56, março, 1996, p.57.

família, em seu domicílio ou em sua correspondência. No artigo 17, § 1º do Pacto, preceitua-se que *ninguém será objeto de imiscuições arbitrárias ou ilegais na sua vida privada da sua família, no seu domicílio ou da sua correspondência, nem de atentados ilegais à sua honra e de sua reputação.*

Sob o manto da estrita legalidade, como, por exemplo, a comprovação de um crime de improbidade administrativa, mediante o acesso à movimentação financeira do servidor público ou de agente político, somente viabiliza-se em razão de expresse preceito de lei e, ainda, sob autorização judicial. Da mesma forma, o uso de imagens captadas por câmeras escondidas em vias públicas, estabelecimentos comerciais, ou até mesmo em edifícios não se revelam ilícitas, quando averiguada a autenticidade destas imagens e quando forem usadas, como, por outro exemplo, para a constatação da autoria de um crime, e não para outros fins, como atingir a honra ou a imagem da pessoa. Exemplifica-se, ainda, a gravação de conversa telefônica. Se obtida com autorização judicial não se configura como ilícita, ressaltando-se que a autorização judicial só é válida, *a priori*, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Quanto ao sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e de dados, o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal estabeleceu que a aludida garantia é absoluta, passível, pois, de flexibilização apenas o sigilo das comunicações telefônicas, como já mencionado acima.

Luiz Francisco Torquato Avolio busca na lição de Tourinho Filho a afirmação de que a regra ali insculpida é de caráter absoluto e imperativo, de modo a não possibilitar a flexibilização por norma ordinária; que a regra da alínea f do artigo 240, § 1º do CPP é incompatível com o artigo 5º, inciso XII da CF¹²⁰ Cita o autor, ainda, Ada Pellegrini Grinover que afirma haver ocorrido derrogação tácita daquelas regras do Código de Processo Penal e de Processo Penal Militar que permitiam a violação de correspondência do acusado.¹²¹

¹²⁰ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 172.

¹²¹ Idem, ibidem, 173.

Damásio de Jesus, da mesma forma, entende que a apreensão de correspondência destinada ao acusado não pode mais ser feita em qualquer situação, de sorte que também houve derrogação tácita da alínea f, § 1º do artigo 240 do CPP em face do artigo 5º, XII da CF de 1988.¹²²

Todavia, se o questionamento sobre a vedação das provas ilícitas recair na seara da aplicação harmônica dos direitos e garantias fundamentais em face do princípio da convivência das liberdades públicas, do princípio da proporcionalidade, ou ainda, de regras de hermenêutica, como a redução teleológica da norma ou, ainda, em face do denominado *direito superador da lei*, entrar-se-á na zona cinzenta não muito bem divisada entre a segurança jurídica e a justiça.

Quando a Constituição protege a intimidade e a privacidade da pessoa, ela o faz levando-se em conta três esferas de proteção, como a vida íntima, a vida privada e a vida pública. Na primeira, abrange a inviolabilidade da privacidade e da intimidade de modo restrito, como, por exemplo, a residência da pessoa. Na segunda, abrange os mesmos valores nos círculos sociais do indivíduo, como, por exemplo, o trabalho. Na terceira, desvanece-se por completo a proteção quando exposto o indivíduo à via pública.

Maria Cláudia Cachapuz afirma:

“(....) A partir de uma teoria das esferas, a importância do estudo da privacidade está relacionada, fundamentalmente, à identificação de uma situação de violação à vida privada porque atinge o indivíduo na liberdade subjetiva de manter-se reservado, ou seja, de estar só com a sua consciência, com seus pensamentos, com seus sentimentos, com suas ações. Não há como prescindir, por isso mesmo, de tratar a questão da privacidade como afeta um direito de personalidade, ou seja, essencialmente, relacionada àquilo que distingue a pessoa na sua individualidade – o que a faz distinta dos demais e o que permite reconhecer a cada indivíduo

¹²² JESUS, Damásio Evangelista de. Código de Processo Penal Anotado, São Paulo: Saraiva, p. 162.

uma particularidade, uma reserva de carga informativa. Na essência, o que relaciona a esfera privada à personalidade e à particularidade do indivíduo é ditado tanto por aquilo que o homem faz de sua vida” – então a dimensão de condição humana – como também por aquilo que a sua vida faz dele (SÉVE, 1989, P.156). Aqui se entende a possibilidade de reconhecer também uma contribuição mais ampla, um sentido cultural, de abertura, à diversidade, na formação da personalidade individual (...).¹²³

Maria Lúcia Karam afirma que este regramento espacial em torno da privacidade e da intimidade do indivíduo funda-se no princípio da legalidade, sob os seguintes termos:

“(...) O reconhecimento do direito à intimidade e à vida privada está vinculado ao próprio princípio da legalidade. A vedação de qualquer intervenção do Estado sobre o espaço pessoal do indivíduo deriva do condicionamento do exercício do poder estatal a determinações legais, da garantia da liberdade individual como regra geral, da colocação de proibições e restrições no campo da exceção, de seu condicionamento a garantia do também livre exercício de direitos de terceiros, enunciados inseridos na positivação daquele princípio fundamental, orientador do modelo do Estado de direito democrático”.¹²⁴

Ada Pellegrini Grinover faz distinção entre a inviolabilidade de correspondência e das comunicações e a inviolabilidade da liberdade pessoal e de domicílio. A inviolabilidade de correspondência e das comunicações traduz-se como um bem inerente à pessoa humana e assegura o livre trânsito de uma e outra entre emitente e destinatário sem a prospecção de terceiros do seu conteúdo. Quanto à liberdade pessoal e à inviolabilidade de domicílio, estes se dirigem à esfera espacial, em que o indivíduo detém em seu âmbito domiciliar o direito à privacidade e à intimidade, de

¹²³ CACHAPUZ, Maria Cláudia. Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro. Uma leitura orientada no Discurso Jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006, p.132 -133

¹²⁴ KARAM, Maria Lúcia. Escritos sobre a Liberdade, vol.4. Liberdade, Intimidade, Informação e Expressão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 33 - 34.

modo a resguardar *o andamento regular e sigiloso da referida correspondência ou comunicações*.¹²⁵

Neste contexto, a prova obtida em uma destas esferas de proteção gerará consequências jurídicas distintas. Obviamente, que imagens ou sons obtidos numa via pública não estão sob o mesmo grau de proteção se obtidas na residência ou no trabalho do indivíduo. Nestes, a convalidação da prova sem o consenso da pessoa surgirá apenas quando verificadas certas circunstâncias ou, ainda, quando analisados ponto e contraponto dos interesses em jogo, como a necessidade de obtenção da prova e o resguardo à privacidade e à intimidade.

A obtenção de um documento por terceiro se adveio de invasão de domicílio, isto é, sem o consenso do morador, obviamente, a prova é ilícita, mas se o terceiro ingressa no âmbito residencial, com o consentimento de um dos moradores cônjuges, para encontrar uma evidência de ato de adultério, por exemplo, tecnicamente, pode se afirmar que houve violação de domicílio do artigo 5º, inciso XI da CF? Neste caso, o direito à privacidade ou à intimidade do outro cônjuge poderia ser avaliado em confronto com a prática de adultério que enseja reparação ao cônjuge traído?

Sonia Rabello Doxsey, todavia, afirma que provas obtidas da prática de adultérios, no âmbito residencial, como cartas, fotos, vídeos, gravações telefônicas agredem o direito de intimidade e de privacidade do outro cônjuge e não podem ser aceitas, à luz do artigo 5º, incisos LVI e XII da Constituição Federal.¹²⁶

José Carlos Barbosa Moreira afirma que o interesse à privacidade e à intimidade pode entrar em conflito com outros interesses também merecedores de proteção e que somente com o confronto e o balanceamento dos valores em jogo, conforme as circunstâncias, poder-se-á extrair a conclusão sobre qual bem jurídico deverá ser sacrificado em benefício do outro.¹²⁷ Segundo o autor, a conciliação de vertentes antagônicas e radicais entre a aceitação ou não da prova ilícita em juízo se fará

¹²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades Públicas e processo penal, As interceptações Telefônicas, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p.155 - 159.

¹²⁶ DOXSEY, Sonia Rabello. Resguardo à intimidade, prova do adultério e a nova Constituição Federal. Revista de Processo, nº 57, ano 15, janeiro-março, 1990, p. 103 -104.

¹²⁷MOREIRA, José Carlos Barbosa. Processo Civil. Direito à preservação da intimidade, Temas de direito processual, 2ª série, São Paulo: Saraiva, 1980, p.4.

tendo em vista “a gravidade do caso, a índole da relação controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado e outras circunstâncias.”¹²⁸

Eduardo Cambi, afirma que, sob a ótica do processo civil, o inciso LVI do artigo 5º da CF não pode ser interpretado, isoladamente, sem avaliá-lo também com os demais preceitos que regem os direitos e garantias fundamentais, especialmente, quanto ao direito de ação, de defesa e a garantia de efetividade do processo.¹²⁹

No processo penal, Fernando de Almeida Pedroso também assinala a possibilidade de mitigação do rigor do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal com a aplicação do princípio da proporcionalidade.¹³⁰

Quanto ao caso exemplificado, sob o meu ponto de vista, a prova obtida da prática de adultério, mediante ingresso de terceiro, no âmbito residencial, ainda que sob o consentimento do outro cônjuge, não pode ser aceita em juízo, porquanto a parte poderia obter a prova por outros meios. A meu ver, a admissibilidade da prova ilícita pressupõe a impossibilidade de se obter a prova de outro modo.

Quanto ao inciso XII do artigo 5º da CF que restringe a quebra do sigilo das telefônicas mediante a autorização judicial apenas para fins de apuração de fatos na esfera penal, tal aspecto é discutível pela doutrina. Apontam-se vícios de competência e de violação do processo legislativo que culminou com a redação final desta restrição. Isto porque o texto originário aprovado na Assembléia Constituinte continha, na sua parte final, apenas a expressão *instrução processual*. O acréscimo à palavra *penal* ocorreu depois, na Comissão de Redação. Afirma-se, pois, que o texto está eivado de inconstitucionalidade por vício de competência e de processo legislativo, que poderá ser declarado *incidenter tantum* pelo juiz quando da análise de cada caso em concreto.

¹²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as Provas Ilicitamente Adquiridas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: 205, jul/set.1996, p.20-22.

¹²⁹ CAMBI, Eduardo. A Prova Civil. Admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.69.

¹³⁰ PEDROSO, Fernando de Almeida. Prova penal. Rio de Janeiro: Aide, 1994, p. 173.

Aliás, o tratamento diferenciado dado no texto permitindo-se a quebra do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal e instrução processual penal é questionável sob o ponto de vista dos ramos do direito tutelados. Por que no processo penal permitir-se-ia maior incursão probatória? Os interesses ali tutelados seriam mais relevantes? As indagações só realçam a ilação de que a diferenciação não se justifica, porquanto tanto no processo penal quanto no processo civil não há graduação ou prioridade de tutela de interesses pelo Estado. Tal isonomia de bens e valores tutelados infere-se do próprio sistema de direitos fundamentais ali insculpido. O inciso LVI do artigo 5º da CF quanto ao regramento das provas ilícitas não distingue ramos de atuação do direito. Logo, é sustentável afirmar a possibilidade de quebra de sigilo das comunicações telefônicas também no processo civil, tendo em mira o exercício pleno dos direitos e garantias fundamentais, especialmente quanto ao direito de ação, de defesa e a garantia de efetividade do processo, sob o respaldo do princípio da proporcionalidade. Eduardo Cambi afirma:

“Assim, regras como a do art. 5º, inc. XII, CF, não obstante tenham dado um tratamento diferenciado ao processo penal, devem ser aplicadas também ao processo civil, em que as questões referentes à ponderação dos valores também podem e devem ser colocadas.”¹³¹

Ricardo Rabonese cita acórdão da lavra de Barbosa Moreira no seguinte sentido:

“Prova obtida por meio de interceptação telefônica do cônjuge suspeito de adultério: não é ilegal, quer à luz do Código Penal, quer no 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.”¹³²

¹³¹ CAMBI, Eduardo. A Prova Civil. Admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.96.

¹³²RABONESE, Ricardo. Provas Obtidas por Meios Ilícitos, Porto Alegre: Síntese, 2000, p.33.

Em suma, entendo que os direitos à privacidade e à intimidade não são absolutos, porquanto a obtenção das provas sob o crivo da legalidade em todos os casos não pode também tolher o exercício do direito de ação e de defesa, ambos também sob a tutela dos direitos fundamentais. Não se pode sempre interpretar de modo inflexível e literal um determinado dispositivo da Constituição sem que ele seja inserido no contexto de outros direitos e garantias fundamentais. O que se extrai da análise do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, contextualizado com outros direitos e garantias fundamentais também previstos no mesmo artigo, é a sua plena eficácia enquanto não houver asfixia de outros bens jurídicos ali tutelados não menos importantes. A melhor exegese do artigo 5º, inciso LVI, da CF é vê-lo como sistema conectado com os outros incisos da Constituição.

2.2. Provas ilícitas e ilegítimas: distinção doutrinária e consequências processuais

Antes de prosseguir-se na análise do sistema jurídico brasileiro quanto à vedação das provas ilícitas no processo, delineado no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal, é necessário que se faça uma digressão quanto ao conceito de provas ilícitas no campo doutrinário clássico.

Foi visto no capítulo I que a busca da verdade pressupõe, basicamente, a obtenção da prova como elemento material do convencimento do juiz e que motivará essencialmente uma decisão favorável ou não. Todavia, foi visto também que o direito fundamental à prova não é ilimitado e que a prova somente é admissível em juízo se estiver em consonância com o sistema normativo.

A doutrina é ampla e diversa sobre os conceitos de prova ilícita. Os autores utilizam expressões mais variadas, tais como provas ilícitas, provas ilegítimas, provas proibidas, provas ilegais, provas ilegalmente obtidas, provas ilicitamente obtidas, provas ilegitimamente obtidas, provas ilegitimamente admitidas e proibições probatórias.

As principais teorias quanto ao conceito de prova ilícita são dos doutrinadores Echandia, Cappelletti, Vescovi, Juan Picó Junoy e Pietro Nuvolone.

Echandia considera a prova como ilícita em cinco aspectos: a) quanto ao procedimento empregado para obtenção da prova, como, por exemplo, a confissão obtida mediante tortura; b) quanto ao meio utilizado, como, por exemplo, a inspeção judicial na violência carnal ou a reconstituição no caso do crime de estupro; c) quanto à proibição decorrente do preceito de lei para utilização de determinado meio como prova, como, por exemplo, testemunho que implica violação de segredo profissional; d) quanto à proibição na investigação de determinado fato, como, por exemplo, investigação de paternidade de filho de mulher casada; e e) utilização de meios não previstos em lei.¹³³

Cappelletti considera como ilícita tanto a prova que embora admitida em juízo foi trazida ao processo pela parte por ato ilegítimo quanto o meio de prova vedado pela lei.¹³⁴

Vescovi considera como ilícitas aquelas obtidas sob proibição expressa da Constituição.¹³⁵

Joan Picó I Junoy considera como prova ilícita aquela que viola os direitos constitucionais fundamentais.¹³⁶

Pietro Nuvolone, Professor da Universidade de Milão, conceitua a prova ilícita de modo mais consistente e abrangente. Para ele a prova vedada por lei constitui-se

¹³³ ECHANDIA, Hernando Devis. Pruebas Ilícitas, Revista de Processo nº 32, ano 8, outubro-dezembro – 1983, p. 83-93.

¹³⁴ CAPPELLETTI, Mauro, Efficacia di prove ilegitimamente ammesse e comportamento della parte. Riv. Dir. civ., 1961, Vol VII 1ª parte, p. 556.

¹³⁵ VESCOVI, Enrique. Provas Ilícitas. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo nº 13/15, p.369 a 387.

¹³⁶ Junoy afirma: *“Una vez expuestas las distintas construcciones doctrinales, debemos poner de manifiesto cuál es el concepto de prueba ilícita que consideramos más adecuado a nuestro marco constitucional. Entendemos que el derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa, conjuntamente con otros consagrados también como fundamentales por nuestra Carta Magna, obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más restrictivo posible al objeto de permitir que el mencionado derecho despliegue su mayor eficacia y virtualidad. Ello significa limitar el alcance de la prueba ilícita a la obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales. Estos derechos constituyen los pilares básicos sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico español, por lo que su vulneración tan sólo puede comportar, necesariamente, el rechazo más absoluto, esto es, en nuestro caso, la inadmisibilidad de dicha prueba.*

Como indicamos en su momento, este concepto restrictivo es el que ha sido acogido por nuestro legislador en el art. 11.1 L.O.P.J., así como por la jurisprudencia, tanto del TC como del TS.” J UNOY, Joan Picó. El Derecho a La Prueba em el processo Civil. Barcelona: José Maria Bosh Editor, SA, 1996, p. 286.

gênero, enquanto que as provas ilícitas e ilegítimas figuram como espécies. A prova ilícita é aquela que contraria direito de índole material, como os direitos individuais constitucionais, ao passo que a prova ilegítima contraria norma de natureza processual. Ressalta, ainda, Nuvolone, que a proibição legal pode ser absoluta ou relativa. A absoluta veda a utilização daquela prova em qualquer situação, como por exemplo, documentos particulares obtidos por meios criminosos. A relativa é aquela que apenas veda a prova trazida aos autos ao arrepio do procedimento previsto em lei embora seja admitida a prova como meio lícito, como, por exemplo, o interrogatório do réu.¹³⁷

Há ainda outros doutrinadores que conceituam a prova ilícita sob outra classificação. G.F. Ricci, por exemplo, afirma que a prova ilícita pode ser: a) com relação às provas constituídas; b) com relação às provas pré- constituídas; c) com relação às provas constituídas e pré- constituídas.¹³⁸ Para ele as provas constituídas alocam-se no terreno das normas processuais, ao passo que as provas pré-constituídas estão na seara do direito material. Contudo, não exclui o autor hipóteses de transgressão de direito material nas constituídas e transgressão de direito processual nas constituídas, como, por exemplos, respectivamente, o depoimento de testemunha que soube do fato não presencialmente e documento juntado aos autos sem a manifestação da parte contrária.¹³⁹

Wengerek identifica a ilicitude da prova quanto ao meio empregado que viole direito individual, sob as espécies de coação absoluta (física) e não absoluta (moral).¹⁴⁰

Todavia, a concepção engendrada por Pietro Nuvolone quanto à dicotomia provas ilícitas e ilegítimas foi a que teve maior repercussão na doutrina clássica.

Sob a referida dicotomia, diferenciavam-se duas condutas: antes e depois do processo já instaurado. O momento da colheita da prova antes da formação do processo, quando violadas normas de direitos individuais e o momento de produzir-se no processo já instaurado provas em confronto com as normas processuais. Neste contexto,

¹³⁷ NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. Riv. Dir. Processuale, 1996, VOL.XXI, p.443 a 475.

¹³⁸ RICCI, GF. Le prove illecite nel processo civile. Riv. Trim. di dir. e proc. Civ. 1987, p.35.

¹³⁹ Idem, ibidem, p.38.

¹⁴⁰ Apud RABONESE, Ricardo. Provas Obtidas por Meios Ilícitos, Porto Alegre: Síntese, 2000, p.17.

demarcavam-se as consequências jurídicas de cada infração. A infração aos direitos materiais era coibida como sanção ao ato ilícito nas esferas correspondentes do direito penal, civil e administrativo, ao passo que a infração aos direitos processuais era coibida com a inadmissibilidade da prova, se houvesse restrições expressas na norma processual.

Esta divisão da doutrina clássica implicava a ilação de que a prova ilícita poderia ser admitida em juízo sob as sanções próprias do ato ilícito, ao passo que a prova ilegítima seria admissível se a norma processual não a coibisse. No direito brasileiro, Ada Pellegrini Grinover emprega o conceito de Nuvolone, nos seguintes termos:

*“ Acompanhando essa terminologia, diz-se que a prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida. ”*¹⁴¹

(....)

“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, da CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, da CF); as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (art. 5º, III, da CF); e as colhidas com infringência à intimidade (art.5º, X, da CF) etc”*¹⁴²

¹⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. As Nulidades no Processo Penal, 10ª edição. São Paulo: RT,2007, p.148-149.

¹⁴² Idem, ibidem,p.149.

Quanto às provas ilegítimas, afirma-se, no contexto do sistema jurídico pátrio, que são aquelas prospectadas sem as formalidades prescritas no Código de Processo Civil, tais como: confissão (CPC, art. 348 a 354); admissão e vedação da prova testemunhal e limitação de número de testemunhas (CPC, art.407); causas de incapacidade, impedimento ou suspeição para ser testemunha (CPC, art. 405); causas da exclusão do dever de depor (CPC, art.405 e 406); vedação da prova testemunhal nos contratos (CPC, art. 401); exibição de documento ou coisa (CPC, art.339,358 e 399); produção da prova documental (CPC, art. 398); produção da prova pericial (CPC, art. 134 e 145); e inspeção judicial (CPC, art. 440).

Neste contexto, se as provas ilícitas são aquelas decorrentes da violação dos direitos individuais da Constituição, enquanto as provas ilegítimas são aquelas decorrentes da violação das normas processuais, quais, então, seriam os efeitos de uma e outra no processo? Nulidade absoluta ou relativa? Inexistência de prova?

A análise das nulidades no campo probatório exige a busca dos fundamentos do direito processual de modo que se possa visualizar, com nitidez, quando haverá nulidade absoluta ou relativa no processo em face da produção de provas ilícitas ou ilegítimas.

JJ Calmon de Passos afirma que a ineficácia do ato, isto é, que não produz efeitos, carece de existência material em razão da desconformidade do ato com o preceito normativo (desqualificação ou inadequação ou atipicidade), salvo se o resultado for alcançado sem malefício às partes (fungibilidade das formas ou princípio da finalidade da lei ou prejuízo), todavia, não distinguindo nulidades absoluta e relativa, pois, para ele toda nulidade é relevante a contaminar o processo.¹⁴³

Tereza Arruda Alvim Wambier afirma que a nulidade no direito processual relaciona-se com a validade e eficácia dos atos processuais; que apesar de serem

¹⁴³ PASSOS, JJ Calmon. Esboço de uma teoria das Nulidades. Revista de Processo. Ano 14 – outubro – dezembro de 1989, nº 56, p.7-19.

tratadas como sinônimas validade e eficácia distinguem-se porquanto uma relaciona-se diretamente com a nulidade enquanto a outra com a produção efeitos.¹⁴⁴

A autora afirma que os vícios do processo podem ser formais e de fundo. Os vícios formais são vícios ligados à forma prescrita em lei dos atos processuais (arts. 243 a 250 do CPC). São estas nulidades relativas, se não previstas expressamente em lei como nulidades absolutas, e se gerarem efetivos prejuízos à parte. Os vícios de fundo dizem respeito às condições de ação, aos pressupostos processuais positivos de existência e de validade e aos pressupostos negativos, que são nulidades absolutas.¹⁴⁵

As nulidades absolutas são passíveis de alegação a qualquer tempo; podem ser alegadas pelas partes ou decretadas de ofício pelo juiz. As nulidades relativas ou anulabilidades não podem ser decretadas de ofício e se não alegadas pelas partes no primeiro momento haverá preclusão.¹⁴⁶⁻¹⁴⁷

Luiz Guilherme Aidar Bondioli afirma também que as nulidades no processo civil são distintas sim, conforme o interesse que abrigam; que as nulidades absolutas resguardam o interesse público e o bom desempenho da atividade jurisdicional e podem ser pronunciadas de ofício e em qualquer tempo e grau de jurisdição, ao passo que as relativas, se não suscitadas pela parte acarretam preclusão; que via de regra há correspondência entre nulidade absoluta e cominação na lei e nulidade relativa e ausência de cominação, mas, podem ocorrer exceções, como no caso de falta de

¹⁴⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do Processo e da Sentença. 6ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.136.

¹⁴⁵ Idem, ibidem, p. 185.

¹⁴⁶ Idem, ibidem, p. 218 a 222.

¹⁴⁷ Sobre nulidades relativas e absolutas, Enrico Tullio Liebman afirma: "Nullità relativa ed assolute. – Un' ulteriore limitazione alla pronuncia della nullità di un atto é data da ciò; che, di regola, le nullità devono considerarsi relative.

Sono relative le nullità che possono pronunciarsi soltanto ad istanza della parte interessata; sono perciò nullità essenzialmente sanabili, perché il mancato rilievo della nullità rende irrelevante il vizio dell'atto: quando un determinato requisito é stabilito nell' interesse di una parte, la legge ritiene che 'acquiescenza di questa valga come sintomo sufficiente a comprovare che la mancanza di quel requisito non abbia leso in modo apprezzabile il suo legittimo interesse e dispone perciò che l'atto stesso conservi la sua validità, come se fosse stato perfetto.

Sono invece assolute le nullità che debbono considerarsi obiettivamente rilevanti, perché determinate dalla mancanza di un requisito che la legge considera indispensabile al buon andamento della funzione giurisdizionale: debbono perciò pronunciarsi dal giudice d' ufficio e sono normalmente insanabili, a meno che la legge non consideri anche per esse la possibilità di una convalidazione(v. peres, art.164. secondo comma)." LIEBMAN, Enrico. Manuale di Diritto processuale civile. I Milano: Milano Dott A Giuffré Editore -1980, p.234.

saneamento do processo, que é uma nulidade absoluta não cominada em lei; que as nulidades também podem ser originárias e derivadas; as primeiras prendem-se aos vícios formais ligados ao modo, tempo e lugar do ato processual ou substanciais fundadas em *error in procedendo*, como sentença *extra petita* ao passo que as derivadas são contaminadas de ato nulo preexistente.¹⁴⁸

Eduardo Cambi afirma que no modelo brasileiro, as provas ilícitas, sejam aquelas constituídas (produzidas no curso do processo) ou pré-constituídas (produzidas antes da formação do processo) revelam-se como nulidades absolutas e não prescindem de expressa cominação legal, porquanto estão alçadas à *categoria da inconstitucionalidade*.¹⁴⁹

No julgado cível abaixo transcrito, faz-se uma referência às provas ilícitas e ilegítimas e suas consequências processuais:

“Prova ilícita. Interceptação, escuta e gravação, telefônicas e ambientais.

*Princípio da proporcionalidade. Encobrimento da própria torpeza. Compra e venda com dação em pagamento. Verdade processualizada. Doutrina e jurisprudência. 1 – **Prova ilícita é a que viola normas de direito material ou os direitos fundamentais, verificável no momento de sua obtenção. Prova ilegítima é a que viola as normas instrumentais, verificável no momento de sua processualização. Enquanto a ilegalidade advinda da ilegitimidade produz a nulidade do ato e a ineficácia da decisão, a ilicitude comporta um importante dissídio acerca de sua admissibilidade ou não, o que vai desde a sua inadmissibilidade, passando da admissibilidade à utilização do princípio da proporcionalidade. 5 – Apelo desprovido.**”¹⁵⁰ (grifo e negrito nossos)*

¹⁴⁸ BONDIOLI, Luiz Guilherme Aidar. Nulidades processuais e mecanismos de controle. Revista de processo, ano 32, nº 145, março 2007, p.26.

¹⁴⁹ CAMBI, Eduardo. A prova Civil: Admissibilidade e Relevância. São Paulo: RT, 2006, p.121.

¹⁵⁰ ApCiv 70004590683, TJRS, 2ª Cam. Especial Cível, rel. Des. Nereu José Giacomolli, j. 09.12.2002, negando provimento, unânime). Apud MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela

Depreende-se do exposto acima, que a prova ilegítima segue o regramento das nulidades relativas, isto é, decorre dos vícios quanto à forma dos atos processuais. Logo, reputa-se como prova anulável se não houver cominação expressa de nulidade absoluta na lei e passível de convalidação se não for impugnada, tempestivamente, pelas partes com a prova de efetivo prejuízo, ao passo que a prova ilícita seria tratada não como nulidade absoluta do regramento processual, mas sim como prova inadmissível, à luz da Constituição, e, portanto, desentranhada do processo como prova inexistente, se não resultar admissível sob a ponderação dos interesses em conflito em face das circunstâncias do caso concreto, conforme será visto mais adiante.^{151_152_153}

Guerreiro. A questão da prova ilícita vista pelos Tribunais. Revista de Processo, nº 32, nº 145, março/2007, p.282.

¹⁵¹ Neste sentido é a lição de Antonio Scarance Fernandes, em que afirma: *"tema da prova ilícita passou a ser objeto de tratamento no artigo 157 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.690/2008. O novo dispositivo define (caput do art. 157) como provas ilícitas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, devendo-se entender como normas legais apenas as de natureza material, precipuamente as que definem as infrações penais. Não se pode abranger, aí, as normas processuais, pois, em relação a essas, o regime é outro, de vez, em caso de serem ofendidas, resolve-se pela declaração de nulidade, enquanto, em caso de ilicitude na produção da prova deve ela ser desentranhada (caput do art. 157)."* FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 6ª edição. São Paulo: RT, 2010, p.86.

¹⁵² Neste sentido também Ada Pellegrini Grinover: *"É que as provas ilícitas, sendo consideradas pela Constituição, e agora pela lei, inadmissíveis, não são tidas como provas. Trata-se de não ato, de não prova, que as reconduz à categoria de inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas: não têm aptidão para surgirem como provas (v.supra, cap.II, nº 3). Daí sua total ineficácia"*. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades do processo penal. 12ª edição, São Paulo: Malheiros, p.138.

¹⁵³ Neste sentido, ainda, Antonio Magalhães Gomes Filho: *"Sob outro aspecto, a declaração de nulidade não é automática e o ato praticado irregularmente pode mesmo vir a ser considerado válido e eficaz, se não ocorrentes determinados pressupostos legais para a invalidação (v.g a inexistência de prejuízo, a ocorrência de alguma causa de convalidação); já a inadmissibilidade, por operar em momento anterior à prática ou ao ingresso do ato no processo, impede a produção de qualquer efeito válido, aproximando-se mais da ideia de inexistência (jurídica) do ato vedado pela lei processual. Diante disso, na matéria examinada, a distinção entre prova nula e a prova inadmissível é bem clara e pode ser exemplificada: a colheita de uma prova testemunhal, sem que se dê a oportunidade de reperguntas a uma das partes pode vir a ser declarada nula, mas se não tiver ocorrido prejuízo para aquela mesma parte, não se cogitará de invalidação do ato; ou, então, reconhecida a nulidade, o ato poderá ser renovado, com observância do contraditório, e nada impedirá a valoração do novo depoimento pelo juiz; ao contrário, o testemunho que viole o sigilo profissional (art. 207 CPP), ou confissão utilização como prova da materialidade do delito (art.158, CPP) são atos proibidos e, por isso inadmissível, não podendo jamais produzir efeitos sobre o convencimento judicial"*. GOMES FILHO, ANTONIO MAGALHÃES. Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988., In MORAES, Alexandre de (Coord.). Os 10 anos da Constituição Federal: temas diversos. São Paulo: Atlas, 1999, p. 252.

2.3. A questão da unificação da dicotomia em face do modelo constitucional

Não obstante a exposição acima, na qual se evidencia a clara coexistência de provas ilícitas e ilegítimas, cada uma com reflexos próprios no processo, o inciso LVI do artigo 5º da Constituição não referendou a dicotomia, ao menos expressamente, de modo que, literalmente, vislumbra-se, apenas um *standard* constitucional de vedação de provas ilícitas. Daí, surgir a questão doutrinária se à luz do texto constitucional subsistiria ou não a clássica divisão.

Eduardo Cambi afirma que na Constituição de 1988 não mais subsiste tal distinção, porquanto o referido inciso abrange não só as provas obtidas com a transgressão do direito material, mas também provas obtidas com a transgressão do direito processual. Nesta linha também se posicionam Julio Fabbrini Mirabete,¹⁵⁴ Eugenio Pacelli Oliveira,¹⁵⁵ Djalma Eutímio de Carvalho¹⁵⁶ e Levy Emmanuel Magno.¹⁵⁷

Thiago André Pierobom de Ávila, todavia, afirma, no sentido contrário, de que a classificação de Nuvolone, introduzida por Ada Pellegrini Grinover, ainda é aceita na doutrina brasileira majoritária nacional.¹⁵⁸ Para o autor há nítida distinção entre provas ilícitas e provas ilegítimas. Afirma, o autor, que as provas ilícitas circunscrevem-se na seara dos direitos individuais fundamentais, como exemplos a confissão mediante coação ou constrangimento físico e moral, a obtenção de informações mediante busca e apreensão domiciliar ou interceptação telefônica sem autorização judicial e outras formas que violem o direito à intimidade.¹⁵⁹ Quanto às provas ilegítimas, estas cingem-se à formação da prova ao arrepio dos requisitos previstos nas normas infraconstitucionais, como por exemplo, “(...) a violação aos requisitos legais da interceptação telefônica (como a descrição clara do objeto da investigação ou a

¹⁵⁴MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2006, p. 253-254.

¹⁵⁵ OLIVEIRA, Eugenio Paceli Oliveira. Curso de Processo Penal, 4 edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 296.

¹⁵⁶CARVALHO, Djalma Eutímio. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 263.

¹⁵⁷ MAGNO, Emmanuel. Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2005, p. 101.

¹⁵⁸ ÁVILA, André Pierobom de. Provas Ilícitas e proporcionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.95.

¹⁵⁹ Idem,, ibidem,p. 100.

qualificação do investigado)”.¹⁶⁰ Nesta linha, assevera o autor que as provas ilegítimas geram nulidades que definem *os efeitos derivados dessa violação*.¹⁶¹

Fernando de Almeida Pedroso afirma que o interrogatório do réu menor sem a nomeação de curador e o laudo de exame de corpo de delito subscrito por único perito não oficial seriam exemplos de provas ilegítimas¹⁶².

É partidário da distinção entre provas ilícitas e ilegítimas forte gama de juristas, dentre eles, os autores: Adalberto José Q. T. Camargo Aranha,¹⁶³ Scarance Fernandes,¹⁶⁴ Luciana Fregadolli,¹⁶⁵ Luiz Flávio Gomes e Raul Cervini,¹⁶⁶ Ada Pellegrini Grinover, Scarance Fernandes, e Magalhães Gomes Filho,¹⁶⁷ Rodrigo Pereira de Mello,¹⁶⁸ Nelson Nery Junior,¹⁶⁹ Ricardo Raboneze,¹⁷⁰ Dario Cesar Silva Mariano,¹⁷¹ e Gustavo da Silva Filho.¹⁷²

Para esta linha de doutrinadores, o preceito redigido no inciso LVI do artigo 5º restringe-se às provas ilícitas compreendidas assim como aquelas obtidas em confronto com os direitos materiais fundamentais, como o direito à liberdade, à privacidade, à intimidade, à inviolabilidade de comunicações, à incolumidade física e moral, não abrangendo as provas ilegítimas, como aquelas em confronto com as normas que regulam o procedimento probatório e submetidas ao regime jurídico das nulidades de norma infraconstitucional.

¹⁶⁰ Idem, ibidem, p. 101.

¹⁶¹ Idem, ibidem, p. 102.

¹⁶² PEDROSO, Fernando de Almeida. Prova penal. Rio de Janeiro: Aide, 1994, p.161.

¹⁶³ ARANHA, Adalberto José Q.T. Camargo. Da prova do Processo Penal. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 47-50.

¹⁶⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional, 6ª edição, São Paulo: RT, 2010, p. 89 - 91,

¹⁶⁵ FREGADOLLI, Luciana. O direito á intimidade e a prova ilícita. Belo horizonte: Del Rey, 1998, p.179-185.

¹⁶⁶ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul; Interceptação Telefônica. São Paulo: RT, 1997, pp.78-81.

¹⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO. Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. As nulidades no Processo Penal, 12ª edição, São Paulo: RT, p.156-159.

¹⁶⁸ MELLO, Rodrigo Pereira. Provas ilícitas e sua Interpretação constitucional, Porto Alegre: Fabris, 2000, p.67-71.

¹⁶⁹ NERY Júnior. Nelson. Proibição da Prova ilícita: Novas Tendências do Direito(cf art. 5º,LVI) in Moraes, Alexandre(org). Os 10anos da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 1999, p.238 -239.

¹⁷⁰ RABONESE, Ricardo. Provas obtidas por Meios Ilícitos, 3ª edição. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 15-18.

¹⁷¹ MARIANO, Dario Cesar Silva. Provas Ilícitas, 4ª edição, São Paulo: Forense 2005, p.14-18.

¹⁷² SILVA FILHO, Gustavo da. Provas Ilícitas com ênfase na interceptação telefônica. Processo penal especial. Guarulhos: Saraiva, 2001, p.57-93.

Nelson Nery Junior distingue prova ilegal da prova ilícita. A primeira diz respeito à prova obtida em desconformidade com as leis e princípios gerais, que tanto pode ser de ordem processual ou material, ao passo que a prova ilícita adstringe-se à prova em desacordo com a lei material.¹⁷³

No âmbito processual penal, a questão tornou-se ainda mais relevante com a nova redação do artigo 157 do Código de Processo Penal,¹⁷⁴ alterada pela Lei 11.690/2008, que positivou o conceito e as consequências processuais da prova ilícita, de modo a afirmar, expressamente, que a prova ilícita é aquela em confronto com as normas constitucionais ou legais e sua ocorrência implica o desentranhamento dela dos autos. Heráclito Antonio Mossin afirma que provas ilegítimas angariadas no processo penal são reguladas em dispositivo próprio, no artigo 564 do CPP.¹⁷⁵

Sob meu ponto de vista, a distinção entre provas ilegítimas e ilícitas subsiste mesmo sob a dicção do artigo 5º, inciso LVI da CF, porquanto não se pode atribuir o mesmo efeito das provas obtidas em atrito com a prescrição das formas processuais às provas colidentes com os princípios, direitos e garantias fundamentais da Constituição. A meu ver, as provas ilegítimas são passíveis de convalidação, se não impugnadas em tempo próprio no processo, com a comprovação de efetivo prejuízo, enquanto as provas ilícitas admissíveis ou não dependendo do contexto e das circunstâncias dos interesses em jogo na solução do conflito. A prova ilícita se não passar pelo crivo do princípio da proporcionalidade será considerada como prova inexistente.

¹⁷³ NERY JR., Nelson. Código de Processo Civil Comentado, 11ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 632.

¹⁷⁴ 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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

¹⁷⁵ MOSSIN, Heráclito Antonio. Comentários ao Código de Processo Penal. Barueri: Manole, 2005, p. 351.

2.4. Provas moralmente legítimas do artigo 332 do CPC

Conforme já mencionado, o artigo 332 do CPC preconiza que todos os meios legais de prova bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no código, são admissíveis em juízo. Aqui, o código de processo civil brasileiro filiou-se à atipicidade da prova.

José Carlos Barbosa Moreira leciona que:

*“Ficou, destarte, reconhecida em termos expressos, no ordenamento pátrio, a admissibilidade das provas atípicas ou inominadas, afastando-se controvérsias do tipo das que o ponto tem suscitado em sistemas, como o italiano, onde inexistente disposição semelhante.”*¹⁷⁶

Todavia, esta atipicidade não é irrestrita. Admitem-se outros meios de prova não previstos expressamente na lei, desde que sejam moralmente legítimos.

Alcides de Mendonça Lima ao referir-se à expressão prova moralmente legítima do artigo 332 do CPC afirmou tratar-se *de expressão equívoca e de difícil compreensão*, porquanto a ausência de um parâmetro objetivo para estabelecer o que é moral ou imoral implica na interpretação subjetiva do observador e sob o julgo do consenso médio, que pode diferir entre aquele que produz e o que interpreta a prova.¹⁷⁷

Segundo João Carlos Pestana de Aguiar Silva tanto provas típicas quanto atípicas são reguladas pela legalidade e moralidade; e que a moralidade da prova representa um conceito jurídico indeterminado.¹⁷⁸

¹⁷⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Alguns problemas Atuais da Prova Civil. Revista de Processo, nº 53, Ano 14, janeiro-março de 1989, p. 123.

¹⁷⁷ LIMA, Alcides de Mendonça. A Nova Terminologia do CPC, Revista, Forense, vol, 246, ano 70. Abr./jun.1974, p. 191-200.

¹⁷⁸ AGUIAR SILVA, João Carlos Pestana de. As Provas No Cível, 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.50-52.

A exegese do artigo 332 do CPC indica um preceito enunciativo e não taxativo, porquanto abarca como admissível qualquer meio de prova, desde que não contrarie a lei.

Sérgio Gilberto Porto afirma que a expressão lacônica *provas moralmente legítimas* do referido artigo repercutiu muita insegurança e acirrados debates na doutrina e jurisprudência do período anterior à Constituição de 1988, o que suscitou diversos entendimentos, inclusive, quanto à admissibilidade da prova ilícita em face de ausência de previsão legal expressa sobre a matéria.¹⁷⁹ O autor destaca posicionamentos diversos entre o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Tribunal de Justiça Gaúcho. O primeiro posicionou-se favorável à utilização da prova em juízo obtido por meio ilícito com o propósito de trazer a verdade sobre o objeto da lide, sendo a conduta ilícita apurada em juízo próprio. É o caso da prova de prática de adultério em que o cônjuge traído obtém a prova mediante escuta telefônica ou violação de correspondência. O outro posicionou-se contrário àquela prova em juízo em face das provas moralmente legítimas do artigo 332 do CPC, segundo o qual o princípio da imaculação da prova visa preservar o direito à intimidade e combater a torpeza processual e, ainda, desestimular o ilícito.¹⁸⁰

Segundo Luis Alberto Thompson Flores, o artigo 332 do CPC sob as expressões “*todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos*” repudia a prova obtida com o dolo, a malícia e a torpeza. Afirma o autor, que o referido artigo não restringe inovações técnicas da produção da prova, mas sim procura harmonizar estas inovações com a moral, a dignidade e a virtude humana.¹⁸¹

Neste sentido afirma também José Carlos Barbosa Moreira que todos os métodos e instrumentos de investigação decorrentes do progresso científico e tecnológico, como gravações em discos e fitas magnéticas, ou, ainda, outros meios eletrônicos estariam abrangidos dentre os meios atípicos de prova. Da mesma forma, ainda, seriam atípicas informações escritas de terceiros como bancos, empresas e sindicatos ao órgão judicial.¹⁸²

¹⁷⁹ PORTO, Sérgio Gilberto. Prova. Generalidades da Teoria e particularidades do Direito de Família. *Ajuris*, 39, 1985, p.118.

¹⁸⁰ *Idem ibidem*, p.119.

¹⁸¹ LENZ, Luiz Alberto Flores. Os meios moralmente legítimos de prova. *Ajuris*. Nº39, 1985, p.100.

¹⁸² MOREIRA, José Carlos Barbosa, *op. cit.*, p. 123.

Gildo dos Santos, já em 1979, elogiava o preceito enunciativo do artigo 332 do CPC, assim como o seu criador, o processualista Alfredo Buzaid, porquanto o aludido preceito possibilitava a atipicidade da prova de modo que toda inovação tecnológica que introduzisse novos meios de prova fosse acolhida no procedimento probatório. O autor cita, como exemplos, a tecnologia da época, como gravação de som e de imagem sob vídeo tape e transmissões via satélite.¹⁸³

Enfim, percebe-se que a expressão *meios de prova moralmente legítimos* do artigo 332 do CPC têm dupla conotação. Ao mesmo tempo em que encontrou recepção pela Constituição de 1988 ao estar também em sintonia com a vedação das provas ilícitas no processo, estabelece, com grande antevisão, a admissibilidade da prova oriunda de avanços tecnológicos e de progressos científicos.

2.5. Outros Critérios de identificação de ilicitude da prova

Não obstante à polêmica em torno da dicotomia de provas ilícitas e ilegítimas, é importante assinalar a existência de doutrina que estabelece critérios de identificação da ilicitude da prova sob aspecto *lato sensu*, também de modo a distinguir provas ilícitas em desconformidade com as regras de direito material e provas ilícitas em desconformidade com as regras de direito processual.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart distinguem a ilicitude das provas quanto ao momento da constituição da prova, quanto à natureza do ato violado e quanto à qualidade do violador.¹⁸⁴

Quanto ao momento da constituição da prova, a ilicitude da prova pode ocorrer antes mesmo da formação do processo, como no caso da gravação clandestina de uma conversa telefônica, ou depois da formação do processo, como no caso de oitiva de testemunha que é induzida a depor contra a verdade dos fatos.¹⁸⁵

¹⁸³ SANTOS, Gildo dos. A Prova no processo Civil. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 9.

¹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 262.

¹⁸⁵ Idem, ibidem, p.262.

Quanto à natureza do ato violado, a ilicitude da prova pode decorrer tanto da violação das regras de procedimento probatório e dos direitos fundamentais processuais quanto às regras de direitos fundamentais materiais. O depoimento testemunhal sob coação, como por exemplo, viola o direito individual constitucional, ao passo que a prova produzida por uma parte sem a manifestação da outra parte viola o contraditório.¹⁸⁶

Quanto à qualidade do violador, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart afirmam que a produção de prova ilícita por uma particular ou funcionário público não traz conseqüências distintas para admissibilidade ou não daquela prova em face da isonomia de grau de reprovação, salvo no processo penal quanto a tipicidade do fato criminoso.¹⁸⁷

Fredie Didier Júnior, Paulo Sarno Braga e Rafael Oliveira apontam critérios diversos quanto à identificação da ilicitude da prova, como: a) quanto ao objeto da prova; b) quanto aos meios da prova; c) quanto à coleta do material da prova; e d) quanto à valoração da prova produzida.¹⁸⁸

O objeto ilícito da prova reside na produção probatória sobre fato não controvertido nos autos. O meio ilícito é aquele inadequado à comprovação do fato alegado, como, por exemplo, a oitiva testemunhal sobre alegação apenas constatável mediante perícia técnica especializada. A coleta de material da prova revela-se ilícita quando o laudo pericial judicial for elaborado sem a participação das partes ou dos assistentes técnicos. Quanto à valoração da prova produzida, reputa-se prova ilícita o depoimento de testemunha que não presenciou os fatos controversos na lide.¹⁸⁹

A ilicitude da prova poderá ser detectada no momento em que determinado ato não for compatível com o ordenamento jurídico vigente. No processo civil brasileiro, o requerimento da parte ao juiz visando a autorização para interceptação telefônica revela-

¹⁸⁶ Idem, *ibidem*, p. 262.

¹⁸⁷ Idem, *ibidem*, p. 262.

¹⁸⁸ DIDIER JÚNIOR, Sidney; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil, vol 2. 2ª edição, Salvador: Podivm, 2008, p.37.

¹⁸⁹ Idem, *ibidem*, 37.

se, *a priori*, produção de prova incompatível com o que dispõe o artigo 5º, inciso XII, da CF que somente autoriza tal medida nos casos de investigação criminal ou instrução processual penal. Tal aspecto será devidamente abordado em item específico.

Pode acontecer também da ilicitude da prova configurar-se apenas no momento de sua produção, como, por exemplos: a oitiva de testemunha que depõe versão forjada dos fatos; o que é suspeita para depor; ou, ainda, que depõe sem conhecimento dos fatos.

Pode, ainda, acontecer da ilicitude da prova vislumbrar-se apenas da avaliação do conjunto probatório, como, por exemplos: documento constante dos autos cuja cópia está sem devida autenticação ou sem a declaração de responsabilidade do advogado quanto à fidedignidade do teor nele contido; documento constante dos autos em que não foi dada à oportunidade de manifestação pela parte contrária; ou, ainda, perícia produzida sem a participação dos assistentes técnicos e das partes.

Outro aspecto que ainda surge da análise ilicitude das provas quanto ao direito material e processual é a diferença quanto à gravidade da violação.

Luiz Galvez Munhoz afirma que uma prova obtida em afronta ao direito material seria mais grave e irremediavelmente ilícita do que uma prova obtida em afronta ao direito processual porque a segunda não significa a essência da desconformidade da obtenção da prova com o direito material ali assegurado.¹⁹⁰

Sob esta doutrina, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart exemplificam que uma gravação clandestina seria mais grave que uma prova obtida em afronta ao contraditório porque a gravação clandestina é em essência a prova ilícita e insanável, ao passo que a segunda apenas inválida em razão de não haver sido dado oportunidade para manifestação da parte contrária, mas que sanado tal vício tal prova poderia ser aproveitada no processo.¹⁹¹

¹⁹⁰ MUNHOZ, Luiz Galvez. La Ineficácia De La Prueba Obtenida Com Violacion De Derechos Fundamentales. Navarra: Aranzadi, 2003, p.93.

¹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.264 e 266.

Outro exemplo desta distinção de gravidade reside na possibilidade de haver sanção específica decorrente do ilícito praticado quando produzida a prova em afronta aos direitos materiais fundamentais. Todavia, os mesmos autores afirmam que para o processo, tal aspecto é irrelevante, porquanto o que vai prevalecer é a admissibilidade e valoração da prova que o juiz dará para o seu convencimento judicial.¹⁹²

A meu ver, estes outros critérios quanto à ilicitude da prova não discrepam daquilo do que já se afirmou sobre a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas e suas respectivas consequências processuais no processo.

2.6. Institutos afins das provas ilícitas

Na doutrina estrangeira e nacional, a prova ilícita encontra pontos de semelhança e distinção com outras figuras que, não obstante, guardam características próprias.

Joan Picó Junoy aponta quatro institutos afins das provas ilícitas: a) proibições probatórias; b) provas ilegais ou irregulares; c) provas viciadas e d) provas clandestinas.

Isabel Alexandre alude a: a) provas imorais; e b) viciadas.

Quanto, ao sistema brasileiro, destaca-se da doutrina nacional dois institutos afins da prova ilícita: prova atípica e a prova emprestada.

2.6.1. Proibição probatória

A expressão prova proibida decorrente da doutrina alemã (*Beweisverbote*) teria o mesmo significado que a prova ilícita, de modo que ambas coíbem as fontes e os meios de prova, embora a ilícita refira-se à vulneração de direito fundamental.¹⁹³

¹⁹² Idem, ibidem, 266.

¹⁹³ JUNOY, Joan Picó I. El Derecho a La Prueba Em El Proceso Civil. Barcelona: José Maria Bosh Editor, SA, 1996, p. 289.

2.6.2. Prova ilegal ou irregular

As provas ilegais ou irregulares são aquelas angariadas contra a lei ou trazidas ao processo ao arrepio do procedimento previsto, enquanto as ilícitas seriam aquelas angariadas contra preceito fundamental. Questiona Junoy se as provas ilegais seriam admissíveis, ao contrário das ilícitas. Segundo ele a eventual admissibilidade das provas ilegais só ocorreria com a ponderação de interesses em conflito, segundo o princípio da proporcionalidade.¹⁹⁴

2.6.3. Prova viciada

As provas viciadas são aquelas que embora produzidas em conformidade com a lei são questionáveis quanto à credibilidade ou quanto à veracidade. Embora admissíveis elas serão submetidas ao controle judicial quanto à valoração e eficácia.¹⁹⁵

2.6.4. Prova clandestina

As provas clandestinas são aquelas que trazidas de modo oculto, sem a necessária publicidade.¹⁹⁶

2.6.5. Prova imoral

Para Isabel Alexandre, com apoio em ZEISS, a prova imoral seria o depoimento testemunhal em troca de dinheiro, sendo, aqui, também discutível sua legalidade.¹⁹⁷

2.6.6. Prova Atípica

A distinção aqui é clara e não se assemelha às hipóteses anteriores. Na prova ilícita a prova produzida não se coaduna com o preceito normativo, enquanto na prova

¹⁹⁴ Idem, ibidem, p.290-291.

¹⁹⁵ Idem, ibidem, p. 309.

¹⁹⁶ Idem, ibidem, p.310.

¹⁹⁷ ALEXANDRE,, Isabel. Provas Ilícitas em Processo Civil. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p.32-33.

atípica respeita-se o ordenamento jurídico, porém, o meio utilizado não está nominado na lei, conforme já visto quando da análise do artigo 332 do CPC.

Viu-se na análise do referido dispositivo que a atipicidade da prova é um traço característico do ordenamento jurídico processual brasileiro, porquanto permite-se que sejam admissíveis em juízo como meios de prova não só aqueles previstos expressamente em lei, mas outros meios de prova não tipificados no rol do diploma processual sob a condição de que sejam *moralmente legítimos*.

Em palestra realizada sobre Provas Atípicas na Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro, na data de 09.08.1993, José Carlos Barbosa Moreira aponta três aspectos importantes: a eventual correlação existente entre atipicidade e ilicitude da prova; exemplos de provas atípicas; e por fim, a tríplice problemática da atipicidade em torno da legalidade, do contraditório e da valoração.

Quanto ao primeiro aspecto, menciona-se a lição do Prof. Michele Taruffo em que a prova atípica manifesta-se de dois modos: quando a espécie de prova produzida não se encaixa dentre aquelas previstas em lei; ou quando a prova é colhida de forma diferente da utilizada na prova típica. A primeira modalidade reveste-se de difícil definição, porquanto a prova dos fatos sob litígio gira em torno sempre de informações de pessoas (partes e terceiros) e de coisas ou fenômenos naturais submetidas a exames, razão pela qual não se vislumbra outras espécies de prova que não aquelas já conhecidas e já previstas em lei. O que destaca a atipicidade é a forma ou modo pelo qual a fonte da prova é trazida a juízo. Todavia, a forma utilizada pela parte para trazer aos autos aquela fonte de prova pode configurar numa prova ilegítima em face de ausência de lei que a regulamente. Cita-se a lição de outro jurista italiano, Cavallone, que considera a prova atípica uma prova ilegalmente obtida. Não obstante, pondera Moreira que se assim fosse esvaziar-se-ia por completo a norma do artigo 332 do CPC.¹⁹⁸

Quanto ao segundo aspecto, traz o autor exemplos de provas atípicas, como: i) informações de terceiros nos autos não como testemunhas, mas mediante declarações escritas aceitas como prova, como por exemplo, informações de bancos ou de entidades

¹⁹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas Atípicas. Revista de Processo. nº 76. Ano 19. Outubro-Dezembro, 1994, p.115 -116.

de ensino sobre os fatos em litígio; ii) a oitiva de menores, ainda que não formalmente mas como fonte fidedigna de informação, nos casos de guarda de menores; e iii) inovações tecnológicas quanto ao modo de colhimento da prova.¹⁹⁹

Quanto ao terceiro aspecto, salienta Moreira que as provas atípicas conciliam-se com a legalidade na medida em que só são admitidas se não contrariam a lei ou sejam moralmente legítimas; que a atipicidade da prova não pode ignorar o contraditório; e que a prova atípica trazida em juízo deve ser valorada não de modo discricionário pelo juiz, mas sob critérios legais no contexto da persuasão raciocinada do artigo 131 do CPC.²⁰⁰

Sobre a força probante de documentos eletrônicos, tais como, disquetes, fitas VHS, DVDs, CD-ROM e discos magnéticos em geral e mensagens pela internet, Antonio do Passo Cabral assinala que se inserem estes dentre os meios de prova admitidos em direito, desde que lícitos na busca da verdade real.²⁰¹

A meu ver, o melhor exemplo de meios de prova atípicos de nosso sistema processual é a prova decorrente da inovação tecnológica porquanto a cada método científico de novo colhimento da prova vem este encaixar-se na previsão enunciativa do artigo 332 do CPC, de modo que a obtenção da prova, ainda que não regulada especificamente em lei, possa revestir-se de legalidade.

2.6.7. Prova emprestada

A prova emprestada pode assemelhar-se ou distinguir-se da prova ilícita dependendo do ângulo em que é analisada porquanto pode estar ela prevista no ordenamento jurídico ou não, assim como sua eficácia dependerá do preenchimento de determinados requisitos.

Vale afirmar que se a prova emprestada encontrar vedação expressa no ordenamento jurídico e não preencher determinados requisitos tal prova será ilícita.

¹⁹⁹ Idem, ibidem, p. 117 -122.

²⁰⁰ Idem ibidem, p. 123 -126.

²⁰¹ CABRAL, Antonio do Passo. A eficácia probatória das mensagens eletrônicas, Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 135, Ano 31, maio de 2006, p.120-121.

Eduardo Talamini afirma que a prova emprestada é o traslado da prova produzida de um determinado fato no processo para outro processo, que pode ser de qualquer meio admitido em direito, como documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial.²⁰²

Fredie Didier afirma que a prova emprestada pressupõe: a) a prova deve haver sido produzida entre as mesmas partes nos dois processos e sob a garantia do contraditório; b) a prova produzida deve haver respeitado as formalidades legais; c) o objeto da lide suscetível de aferição probatória seja igual nos dois processos. Contudo, admite-se a prova emprestada envolvendo-se terceiros que não participaram no processo anterior desde que se possibilite o contraditório ao terceiro sobre a prova trasladada.²⁰³

Ladislau Fernando Rohnelt afirma que poderá haver eficácia da prova emprestada por terceiros desde que seja ela utilizada contra a parte que participou no processo anterior.²⁰⁴ O autor entende, ainda, que as provas pré-constituídas, como documentos não são provas emprestadas por excelência, porquanto podem ser exibidas em qualquer juízo, independentemente de traslado.²⁰⁵

Contudo, as provas constituídas, isto é aqueles que se formam no curso do processo como os depoimentos testemunhais, o depoimento pessoal da parte, mais notadamente, a confissão e a vistoria, vinculam-se ao processo e, portanto, só podem ser utilizadas em outro processo se houver identidade jurídica objetiva e subjetiva entre as demandas.²⁰⁶ Todavia, não é necessário que a prova emprestada detenha identidade jurídica objetiva e subjetiva, como por exemplo, se A confessa no processo movido por B que negociava entorpecentes, esta confissão tem valor probante em outras ações movidas por terceiros, como ação movida pelo Estado ou pelo locador do imóvel de A para rescisão do contrato por motivo diverso.²⁰⁷

²⁰² TALAMINI, Eduardo. A prova emprestada no processo civil ou penal. Revista do Processo. São Paulo: RT, 1998, nº 91, p.93.

²⁰³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA; Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil, volume 2, 2ª edição, Salvador: Podivm, 2008, p.52.

²⁰⁴ ROHNELT, Ladislau Fernando. Prova Emprestada. Ajuris, nº 17, ano VI – 1979, novembro, p.37

²⁰⁵ Idem, ibidem, p.38.

²⁰⁶ Idem, ibidem, p-38.

²⁰⁷ Idem, ibidem, p. 39.

Outro aspecto ainda da prova emprestada consiste na possibilidade sua migração do processo penal para o processo civil. Ladislau Fernando Rohnelt entende que se a prova produzida for idêntica nos dois processos, nada obsta que a prova produzida no primeiro processo seja trasladado para o segundo, ressaltando-se, todavia que a valoração da prova ocorrerá sob os critérios legais do segundo processo e sempre respeitado o contraditório.²⁰⁸

Neste contexto, a prova emprestada e a prova ilícita no processo civil brasileiro avizinham-se sob a seguinte questão: se é possível ou não o empréstimo de interceptação telefônica feita em determinado processo penal para o processo civil.

Eduardo Talamini responde negativamente sob o argumento de que a interceptação telefônica, nos moldes previstos na Constituição brasileira, restringe-se ao processo penal.²⁰⁹

Barbosa Moreira admite tal migração porquanto a interceptação telefônica já feita no processo anterior não teria o condão de infringir a privacidade da parte no outro processo uma vez que no processo anterior houve autorização judicial.²¹⁰

Nelson Nery Júnior admite a prova emprestada da investigação criminal ou instrução processual penal para o processo civil sob o argumento de que a natureza da causa civil não obstaculiza a licitude da prova, desde que a prova seja lícita e a parte adversa tenha participado do processo penal em que a prova foi produzida e respeitado o contraditório.²¹¹

Vicente Greco Filho e Luiz Flávio Gomes lideram a corrente de que a prova oriunda de interceptação telefônica não pode ser utilizada no processo civil brasileiro porque o arquétipo genérico constitucional sobre as interceptações telefônicas cinge-se

²⁰⁸ Idem, *ibidem*, p. 39 - 42.

²⁰⁹ TALAMINI, Eduardo, *op. cit.*, p. 107.

²¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Temas de direito processual – sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.120-121.

²¹¹ NERY JR. Nelson. *Princípios de processo civil na Constituição Federal*, 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p.203.

ao processo penal. Para eles, a migração da prova só pode transitar de um processo penal para outro processo penal.²¹²

Ada Pellegrini Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho são em favor da prova emprestada da interceptação telefônica autorizada pelo juiz no processo penal para o processo civil, desde que também desenvolva-se entre as mesmas partes, mas que não tenha sido produzida no processo criminal com o propósito prévio de atingir o feito cível em andamento.²¹³

Cássio Scarpinella Bueno entende não ser possível a interceptação telefônica em juízo cível, embora não aniquile a possibilidade de ser ela usada como prova emprestada.²¹⁴

Ao contrário, Eduardo Cambi sustenta ser possível a autorização judicial para interceptação telefônica no processo civil sob os argumentos de que não constava do texto originário do artigo 5º, inciso XII da CF as expressões (...) *para instrução processual penal*, mas apenas *instrução processual*. Tal restrição foi imposta pela Comissão de Redação ao haver acrescentado a palavra *penal*, no texto. Logo, para o autor o aludido acréscimo implica na ocorrência de norma inconstitucional por vício de competência ou por violação ao devido processo legislativo, aspectos autorizariam o juiz cível, mediante controle difuso de constitucionalidade de aplicar o artigo 5º inciso XII da CF.²¹⁵

Luiz Francisco Torquato Avolio afirma que o STF já sinalizou a possibilidade da prova emprestada do processo penal para outro processo de natureza não penal sob os seguintes parâmetros: a) que em ambos processos as partes sejam as mesmas e b) que

²¹² GRECO FILHO, VICENTE. Interceptação telefônica, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 39-40; GOMES, Luiz Flávio. Finalidade da interceptação telefônica e a questão da prova emprestada. Repertório IOB de Jurisprudência, v.4/ 97, p.75.

²¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO; Antonio Magalhães. As nulidades no Processo Penal, 12ª edição, São Paulo: RT, p. 119-120.

²¹⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2007, v.1, p.137-138.

²¹⁵ CAMBI, Eduardo. A prova Civil: Admissibilidade e Relevância. São Paulo: RT, 2006, p.95.

o objeto da lide tanto de um como de outro processo também seja de interesse do Estado.²¹⁶

Vale afirmar então, sob estas premissas que a prova trasladada de um processo ao outro sem a observância dos requisitos legais, acima mencionados, será uma prova ilícita.

3. Interceptações, escutas telefônicas e gravações clandestinas

No Brasil, as interceptações telefônicas foram reguladas inicialmente sem muitos detalhes, pelo Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei nº. 4117, de 27/08/1962. O artigo 57 do aludido código assegurava a inviolabilidade das comunicações telefônicas, salvo se o juiz competente tivesse prévia ciência. O artigo 56, § 2º preceituava que as interceptações telefônicas só poderiam ocorrer mediante estações e postos oficiais.

Com o advento da Constituição de 1988, o artigo 5º, inciso XII passou a dispor expressamente sobre a inviolabilidade “*das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.*”

Em seguida, surgiu a polêmica se o Código de Telecomunicações haveria sido recepcionado pela Carta Magna. Luiz Francisco Torquato Avolio aponta determinado dissenso doutrinário entre o grupo de juristas compostos por Manoel Gonçalves Ferreira, Ada Pellegrini Grinover e Tourinho Filho e do lado contrário Damasio de Jesus.

O primeiro propugnava não haver recepção do Código Telecomunicações pela Constituição Federal, porquanto a regra do artigo 5º, inciso XII exigia nova lei ordinária que regulasse critérios e formas de interceptação mais específicas, não presentes no código vigente, salvo a condição de necessidade de autorização judicial, presente tanto no código quanto na Constituição, enquanto o outro discordava de tal ponto de vista e

²¹⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, Provas ilícitas. Interceptações Telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4ª edição, São Paulo: RT, 2010, p.91.

afirmava que o aludido código satisfazia a nova ordem constitucional, na medida em que estariam presentes a exigência da ordem judicial, a motivação da decisão e a forma de interceptação que alude o artigo 56, § 2º do mesmo código.²¹⁷

Na jurisprudência do STF, Avolio cita determinados julgados que, de certa forma, posicionaram-se em favor da primeira corrente. No HC nº 69.912-0, o réu, acusado pela prática de crimes previstos na Lei de Entorpecentes, requereu o desentranhamento dos autos de prova oriunda de interceptação telefônica sob o argumento de que o artigo 5º, inciso XII, da CF não era auto-aplicável e que sem lei ordinária específica vigente à época a inviolabilidade das telecomunicações seria absoluta. O STF, apesar de acirrada divergência entre os Ministros, rejeitou a ordem de modo a prevalecer o entendimento de que outras provas produzidas no processo corroboravam a prisão do denunciado. No julgamento do Habeas Corpus nº 74807 também prevaleceu o entendimento de que outras provas obtidas não contaminadas corroboravam o convencimento judicial em desfavor do acusado.²¹⁸⁻²¹⁹

²¹⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 171-172

²¹⁸ Idem, ibidem, p.174.

²¹⁹ Neste sentido, outros julgados abaixo:

HABEAS CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO. NULIDADE. *Interceptação telefônica. Prova ilícita. Autorização judicial deferida anteriormente à Lei 9296/96, que regulamentou o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Nulidade da ação penal, por fundar-se exclusivamente em conversas obtidas mediante quebra dos sigilos telefônicos dos pacientes. Ordem deferida.* (STF, HC 81.154/ SP, Relator Ministro Mauricio Corrêa. Publicado DJ 19/12/2001), apud PRADO, Leandro Cadenas. Provas Ilícitas no processo penal. Teoria e Interpretação dos Tribunais Superiores, Niterói, RJ: Impetus, 2006, p. 35- 36.

HABEAS CORPUS. CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO EXCLUSIVAMENTE DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES): *Violação ao artigo 5º, inciso XII, da Constituição, que prevê excepcionalmente a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto- aplicável; exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. a) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando houver ordem judicial (CF. art. 5º LVI).* (STF, HC 72.588/PB, relator Ministro Maurício Corrêa, publicação DJ 04/08/2000) apud PRADO, Leandro Cadenas. Provas Ilícitas no processo penal. Teoria e Interpretação dos Tribunais Superiores, Niterói, RJ: Impetus, 2006, p. 36.

PROVA ILÍCITA. ESCUTA TELEFÔNICA. PRECEITO CONSTITUCIONAL. REGULAMENTAÇÃO. *Não é auto-aplicável o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Exsurge ilícita a prova produzida em período anterior à regulamentação do dispositivo constitucional. PROVA ILÍCITA. CONTAMINAÇÃO. Decorrendo as demais provas do que levantado via prova ilícita, tem-se a contaminação daquelas, motivo pelo qual não subsistem. Precedente: habeas corpus nº 69.912/RJ. Relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence perante o Pleno, com o acórdão veiculado no Diário da Justiça de 25 de março de 1994.* (STF, HC 75.007/SP, relator Ministro Marco Aurélio, publicação DJ 08/09/2000), apud PRADO, Leandro Cadenas. Provas Ilícitas no processo penal. Teoria e Interpretação dos Tribunais Superiores, Niterói, RJ: Impetus, 2006, p. 36.

Cumprasse assinalar, ainda, neste período, a existência de determinados julgados que já se posicionavam pela mitigação do rigor do inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal sob a aplicação do princípio da proporcionalidade ao aceitar como prova lícita a interceptação telefônica autorizada judicialmente, mas, sem, ainda, a existência de lei que conferisse eficácia plena ao inciso XII do mesmo artigo 5º da CF.

Cita-se, como exemplo, o julgado do Superior Tribunal de Justiça, que no HC 3.982 – Rio de Janeiro, cujo Relator foi o Ministro Adhemar Maciel, da Sexta Turma, foi proferida a seguinte ementa:

Constitucional e Processo Penal. Habeas Corpus. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que “são inadmissíveis... as provas obtidas por meio ilícito”, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na busca da construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz através da atualização constitucional “(Verfassungsaktualisierung), na base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranquila. Sempre é invocável o princípio da Razoabilidade (Reasonableness). O “princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas” (Exclusionary Rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada (Votação unânime).²²⁰

²²⁰DJU 26.11.1993 – Boletim IBCCrim, jurisprudência comentada, maio de 1996. Apud GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica. Considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005, p.71-72.

Outro exemplo é o julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que na ApCrim 185.901-3 – Indaiatuba, cujo Relator foi o Desembargador Segurado Braz, da Terceira Câmara, foi proferida a seguinte ementa:

*Prova criminal – Interceptação telefônica– Admissibilidade – Inviolabilidade do sigilo que não tem caráter absoluto – Aplicação do princípio da proporcionalidade – Hipótese em que a polícia tendo suspeita razoável sobre envolvimento no comércio de drogas, obteve autorização judicial – Recurso provido. Havendo conflitância entre o direito à intimidade e o direito à prova (due process of law), deve prevalecer o que atenda ao interesse maior, vale dizer ao interesse da sociedade.*²²¹

Sobreveio, então, a Lei nº 9.296/1996, que passou a regulamentar sobre os critérios, condições, modos e abrangência das hipóteses passíveis de interceptação telefônica.

Eduardo Cambi afirma que a inviolabilidade das comunicações telefônicas prevista na Constituição e regulamentada por lei ordinária, manifesta-se em face das modalidades de interlocução: i) quando a comunicação entre duas pessoas é gravada sob mútuo consenso; ii) quando apenas um dos interlocutores grava a conversa, sem o consentimento do outro; e iii) quando terceiro grava a conversa sem prévia ciência dos interlocutores. Na segunda hipótese ocorre a chamada escuta telefônica, ao passo que na terceira ocorre a interceptação telefônica.²²² A gravação consentida de modo bilateral não agride o direito à privacidade e à intimidade. O problema surge nas chamadas gravações clandestinas, como interceptações telefônicas e escutas telefônicas.

Quanto às interceptações telefônicas propriamente ditas, Vicente Greco Filho prospecta determinados julgados nos quais se exteriorizou o entendimento sobre os preceitos da Lei 9.296/96, em face de diversas circunstâncias ocorridas no processo, tais como: a possibilidade abrangência de interceptação não só do diretamente envolvido,

²²¹ DJU 30.10.1995- Apud GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica. Considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005, p.76.

²²² CAMBI, Eduardo. A Prova Civil. Admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.96.

mas também de demais interlocutores que tenham participado do fato investigado; o indeferimento da autorização judicial se ausentes os indícios de autoria ou participação em infração penal; a inexistência de violação do contraditório ao proibir-se a formulação de quesitos pelos envolvidos antes da interceptação telefônica, que comprometeria o sigilo das diligências executadas; a ilegalidade de gravação ambiental de conversa informal do indiciado com policiais em razão do direito do silêncio previsto como garantia fundamental na Constituição; e a inutilização da prova de interceptação entre a conversa telefônica do suspeito e seu advogado, por força da aplicação analógica do artigo 9º da Lei n.9.296/96.²²³

²²³Neste sentido são os julgados abaixo:

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – Providência requerida pelo Ministério Público e autorizada judicialmente - Companheiro de umas das investigadas inocentes é que estava envolvido com o tráfico de entorpecente – Inadmissibilidade de se falar em nulidade dessa prova – Autorização da escuta que abrange a participação de qualquer interlocutor no fato de que está sendo apurado e não apenas daquele que justificou a providência – Interpretação da Lei 9.296/96.

Ementa da Redação: Se da escuta telefônica requerida pelo Ministério Público e autorizada judicialmente em três terminais telefônicos, verificou-se que os investigados eram inocentes, mas o companheiro de uma das investigadas é que estava envolvido no tráfico de drogas, não há falar em nulidade dessa prova, pois, conforme interpretação da Lei nº 9.296, a autorização de interceptação abrange a participação de qualquer interlocutor no fato que está sendo apurado e não apenas daquele que justificou a providência, caso contrário tal investigação seria praticamente inútil (RT, 773/512-17). Apud GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica. Considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005, p.77.

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – Ministério – Público – Pedido formulado Parquet – Inadmissibilidade se inexistentes indícios de autoria ou de participação em infração penal, ou sinais exteriores de enriquecimento sem causa – Representante do Órgão Ministerial que não tem o poder de invadir a privacidade alheia, garantida constitucionalmente - Inteligência do artigo 2º da Lei 9.296/96.

Ementa da Redação: Não pode ser admitido o pedido de quebra de sigilo telefônico formulado pelo Ministério Público Federal se estiver presente nos autos qualquer das hipóteses do art. 2º da Lei n. 9.296/96, quais sejam a inexistência de indícios de autoria ou de participação em infração penal, ou sinais exteriores de enriquecimento sem causa, pois, o representante do Ministério Público não tem o poder de invadir a privacidade alheia garantida constitucionalmente. (Tribunal Regional Federal da 2ª Região- Ap 2000.02.01.010875-7-RJ – 3ª T., j. 8-5-2001 – Relator: Des. Federal Francisco Pizzolante - DJU: 21-8-2001. Apud GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica. Considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005, p.78-79.

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA –

Transcrição das gravações – Ato que não se confunde com a perícia técnica, em que se indicam assistentes e formulam quesitos – Fato que acarretaria a informação às partes sobre a existência do procedimento – Sigilo telefônico que deve ser preservado a todo custo – Quebra do segredo que ocorre em autos apartados – Inteligência do art. 8º da Lei n 9.296/96.

Ementa Oficial: Não há que se confundir perícia técnica com simples transcrição. Naquela, indicam-se assistentes e formulam-se quesitos, enquanto o outro procedimento é mera transcrição do conteúdo da escuta telefônica. Ademais, o art. 8º da Lei 9.296/96 determina que o sigilo deve ser preservado a todo custo, tanto assim que a quebra ocorre em autos apartados, o que não se verifica in casu, porquanto o magistrado passaria a informar as partes sobre a existência do procedimento em debate, o que não pode ser permitido (Tribunal de Justiça do Distrito Federal – Rcl 2002. 00.2.009067-8 – 1ª T., - j. 7 4-2003 – Relator: Des. Lecir Manoel da Luz - RT, 818/634-7). Apud GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica. Considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005, pp.79-80.

“(…) III – Gravação clandestina informal do indiciado com policiais.

Quando foi editada a Lei nº 9.296/1996, houve certo dissenso doutrinário sobre sua abrangência no tocante às escutas telefônicas.

Luiz Flávio Gomes defendia que ambas as gravações clandestinas, tanto a interceptação quanto a escuta estariam dentro do mesmo preceito.²²⁴

Em sentido contrário, Vicente Greco Filho afirmava que a lei não disciplina a interceptação com a anuência de um dos interlocutores²²⁵.

Da mesma forma, Antonio Scarance Fernandes afirmava não estar incluído na lei a escuta telefônica.²²⁶

Ada Pellegrini Grinover entendia que a escuta telefônica compreendida como aquela em que a gravação telefônica é feita por um dos interlocutores sem a participação de terceiro não está inserida no texto da lei mencionada, de sorte que não prescinde de autorização judicial.²²⁷⁻²²⁸

3. *Ilicitude decorrente* – quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento a gravação ambiental – de constituir, dita conversa informal, modalidade de interrogatório sub-reptício, o qual além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (CPP, art.6º, V) – se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio (...) “(HC 80.949/RJ – 1ª T., j. 30-10-2001 – Relator: Min. Sepúlveda Pertence – DJU: 14-12-2001) Apud GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica. Considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005, p.81-82.

Prova – Interceptação telefônica – Gravação feita entre o suspeito e o seu advogado – Inadmissibilidade – Inutilização da prova – Aplicação analógica do artigo 9º da Lei n. 9.296/96.

Ementa Oficial: *A interceptação de conversa telefônica do suspeito com o seu advogado é proibida e, se vier acontecer em razão de chamada de um ao outro, o caminho será a inutilização da prova, aplicando-se por analogia o art. 9º da Lei 9.296/96* (Tribunal Regional Federal da 4ª Região – HC 2002.04.01.007778-6/RS – 7ª T., j. 4-6-2002 – Relator: Des. Federal Vladimir Freitas – DJU: 19-6-2002 - RT, 809/ 710-17) Apud GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica. Considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. 2ª edição, São Paulo: Saraiva 2005, pp.87-88.

²²⁴ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI Raul. Interceptação Telefônica: São Paulo, RT.1997, pp. 207-208.

²²⁵ GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica, São Paulo: Saraiva, 2005, p.7

²²⁶ FERNANDES, Antonio Scarance A Lei da Interceptação telefônica, Justiça Penal, São Paulo: RT, p 4-54.

²²⁷ GRINOVER. Ada Pellegrini. Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas, in Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 17-113.

²²⁸ Neste sentido, os julgados abaixo:

Prova – Gravação de comunicação telefônica – Deferimento – *Interpretação do art. 5º, inciso XII, da Constituição da República - Recurso provido nesse sentido. É admissível aceitar como prova a gravação feita através de fita magnética da conversa mantida com terceiro, quando não haja interceptação, cumprindo ao juiz apreciar o valor do documento, se necessário através de perícia aferitória de sua autenticidade.*

Prova – Comunicação Telefônica – Interceptação – *Secretária eletrônica – Admissibilidade, eis que obtida lícitamente, embora sem o conhecimento de sua formação pela outra parte – Reputa-se*

Luiz Francisco Torquato Avolio ao abordar a evolução da jurisprudência brasileira sobre gravações clandestinas faz menção aos primeiros julgados, tanto do processo penal quanto do processo civil, em que se exarou ali manifesta distinção entre interceptações telefônicas e escutas telefônicas. A 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (MS, 689.079.465) afirmou que as escutas telefônicas, aquelas em que um dos interlocutores grava a própria conversa, sem a interferência de terceiros, são admissíveis em juízo e não dependem de autorização judicial. A 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo (AP.Crim. 67.256-3) aceitou como prova a escuta telefônica decorrente de conversa entre a vítima e o réu. O STF (HC 69.204-4- SP) concluiu também pela admissibilidade da prova decorrente de escuta telefônica. No âmbito do processo civil, enquanto a 8ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo (AI 187.942-1), acolheu como prova lícita a escuta telefônica, a 4ª Câmara do mesmo tribunal (AI 124.954-1), assim não entendeu sob o argumento de haver ocorrido violação à privacidade de um dos interlocutores que teve a conversa gravada. Já no processo de guarda de filhos, a 5ª Câmara Civil (AI 136.241-1) também não acolheu a gravação como prova lícita sob o argumento de que o inciso XII do artigo 5º só contempla possibilidade de restrição de sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal e instrução processual penal.²²⁹

Avolio afirma que o cerne da questão da admissibilidade da prova decorrente de conversa gravada por um dos interlocutores, ou seja, escuta telefônica, reside na chamada justa causa, que exclui a tipicidade do crime do artigo 153 do CP e que

inaceitável que, a pretexto da intransigente proteção ao direito à inviolabilidade das comunicações, se viole o igualmente constitucional direito de defesa. O que a Constituição veda é a interferência de terceiro no interior do diálogo, sem aceitação do comunicador ou receptor, aquilo que se denomina interceptação, dando azo à gravação clandestina. Todavia, a conversa regular entre duas pessoas que se aceitam como comunicador e receptor, em livre expressão de pensamento, admite gravação por uma das partes. (Tribunal de Justiça de São Paulo. AI 171.084-1- São José dos Campos. 1ª Câmara Civil – Relator: Euclides de Oliveira – 24.3.1992.) apud GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica. Considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005, p.75.

Prova – Escuta telefônica – Violação à garantia constitucional do sigilo – Inocorrência – Inteligência do art. 5º, XII, da Constituição da República – *A garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas diz respeito à interceptação, mas não à escuta, que com aquela não pode ser confundida podendo ser admitida como prova em processo judicial* (RJTACrim, v.22, abr./ jun.1994, p.178, Relator: José Santana) apud GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica. Considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005, p.76.

²²⁹AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 179-180.

justifique a invasão da privacidade ou intimidade do outro em prol da satisfação de um direito ameaçado ou lesado.²³⁰

Eduardo Cambi afirma que a escuta telefônica, desde que com justa causa, como, por exemplo, vítima do crime de extorsão que grava conversa do agressor, pode ser utilizada em juízo.²³¹

Há julgados no sentido de que a conduta da escuta telefônica revela-se como excludente de antijuricidade quando perpetrada para combater um crime ou outro ato ilícito.²³²

Por outro lado, há também julgados no sentido inverso, em que não caracterizada a excludente de antijuridicidade.²³³

²³⁰ Idem, ibidem, p. 181.

²³¹ CAMBI, Eduardo. A prova cível: admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p.102

²³² *Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu.* (STF, RE 212.081/RO, relator Ministro Octavio Gallotti, publicação DJ 27/03/1998) apud PRADO, Leandro Cadenas. Provas Ilícitas no processo penal. Teoria e Interpretação dos Tribunais Superiores, Niterói, RJ: Impetus, 2006, p. 36.

Interceptação telefônica e gravação de negociações entabuladas entre sequestradores, de um lado, e policiais e parentes da vítima, de outro, com o conhecimento dos últimos, recipiendários das ligações. Lícitude desse meio de prova (STF, HC 75.261/MG, relator Ministro Octávio Gallotti, publicação DJ 22/08/1997 apud PRADO, Leandro Cadenas. Provas Ilícitas no processo penal. Teoria e Interpretação dos Tribunais Superiores, Niterói, RJ: Impetus, 2006, p. 36.

²³³ *Habeas corpus. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há para essa utilização, excludente de antijuricidade – Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime – é ela, por via de consequência, lícita e também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5º LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (artigo 5º, X, da Carta Magna.* (STF, HC 74.678/SP, relator Ministro Moreira Alves, publicação DJ 15/08/1997. apud PRADO, Leandro Cadenas. Provas Ilícitas no processo penal. Teoria e Interpretação dos Tribunais Superiores, Niterói, RJ: Impetus, 2006, p. 37.

PROVA – Gravação de conversa telefônica – Inidoneidade – Inocorrência – Registro efetuado por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, em hipótese de atuação criminosa do último.

Ementa da Redação: *A gravação de conversa telefônica, realizada em circunstâncias específicas, constitui meio de prova idôneo, não representando qualquer violação ao direito de privacidade, constitucionalmente protegido. Dessarte, é lícito o registro efetuado por um dos interlocutores ou mediante sua autorização e sem o conhecimento do outro, se o evento configura ocasião à atuação do último* (Superior Tribunal de Justiça – RO em HC 9.735-SP – 5ª T., 3-4-2001 – Relator: Min. Jorge Scartezzini – DJU: 20-8-2001 Apud GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica. Considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005, p.89.

PROVA – Gravação ambiental, levada a efeito pelos presentes, de forma clandestina, sem o conhecimento de um dos interlocutores – *Meio probante que não ofende os direitos constitucionais do agente que exige vantagem indevida, pois trata-se de expediente para salvaguardar os direitos da vítima – Prova, ademais, que, ainda que considerada ilegal, não tem o condão de tornar nulo o*

No âmbito do processo civil, a situação torna-se complicada quando envolve relações matrimoniais, em que um dos cônjuges é suspeito de adultério. Neste aspecto, há jurisprudência com tendências opostas. Enfatiza-se que no período anterior à Constituição tanto as escutas quanto as interceptações telefônicas recebiam o mesmo tratamento, porquanto eram vistas como gravações clandestinas e admissíveis ou não sob a ótica do julgador. A primeira tendência foi no sentido de que as gravações clandestinas não podiam ser utilizadas em juízo porque seriam meios de prova ilegítimos e ofenderiam o princípio da inviolabilidade das comunicações.²³⁴ A outra

processo, se o decreto condenatório se embasou em outras provas convincentes quanto à materialidade e autoria do delito.

Ementa da Redação: *A gravação ambiental, levada a efeito pelos presentes, de forma clandestina, sem o conhecimento de um dos interlocutores, não ofende os direitos constitucionais do agente que exige vantagem indevida, pois se trata de expediente para salvaguardar os direitos da vítima, que agiu em legítima defesa. Ademais, ainda que considerada ilegal, tal meio probatório não tem o condão de tornar o processo nulo se o decreto condenatório se embasou em outras provas convincentes quanto à materialidade e autoria do delito* (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ap. 271.909-3/ 2-00-3ª Câmara. J. 20-2-2001 – Relator: Des. Walter Guilherme -RT, 792/611-16). Apud GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica. Considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. 2ª edição, São Paulo: Saraiva 2005, p90.

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA- Descaracterização – Gravação, em fita magnética, por um dos interlocutores, de conversa regular entre duas pessoas, em livre expressão de pensamento – Vedação contida na Constituição Federal que diz respeito à interferência de terceiro no diálogo.

Ementa da Redação: *Não caracteriza interceptação telefônica a gravação, em fita magnética, por um dos interlocutores, de conversa regular entre duas pessoas, em livre expressão de pensamento, pois, o que a Constituição veda é a interferência de terceiro no diálogo* (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo HC 287.393-3/8-00- 6ª Câmara. j. 22-7-1999- Relator Des. Debatin Cardoso) Apud GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica. Considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005, p91.

PROVA – Gravação ambiental – Realização por um dos interlocutores para proveito próprio – Lícitude de sua utilização.

Ementa de Redação: *A gravação de conversa por um dos interlocutores para proveito próprio não constitui prova ilícita.* (Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Processo-Crime de Competência Originária 000254110-0/00 – 3ª Câmara. j. 18-3-2003- Relator: Des. Gomes Lima.) Apud GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica. Considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005, p92.

²³³ INADMISSIBILIDADE DE PROVAS CONSIDERADAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO. (...)1.1 Inadmissibilidade, como prova, de laudos de degravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória de microcomputador, obtidas por meios ilícitos (art.5º, LVI, da Constituição Federal); no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação a privacidade alheia (art.5º, X da CF); e no segundo caso, por estar-se diante de microcomputador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degradada ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (arts. 5º, X e XI, da CF). Apud PRADO, Leandro Cadenas. Proas Ilícitas no processo penal. Teoria e Interpretação dos Tribunais Superiores, Niterói, RJ: Impetus, 2006, p. 37.

1. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita (...)3. Gravação clandestina de conversa informal do indiciado com policiais(...) 4. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores – cujo uso como prova o STF; em dadas circunstâncias, tem julgado lícito-mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no

tendência no sentido de que tais gravações não eram meios de prova ilegítimos em razão de circunstâncias que justificariam a adoção pelo outro cônjuge *de medidas de vigilância e fiscalização*²³⁵ e, ainda, em razão de que a gravação de conversação própria não violaria a privacidade.²³⁶

Contudo, a admissibilidade do conteúdo da gravação telefônica como prova em juízo não significa que o juiz irá valorá-la por si só como elemento de convencimento, mas sim sob o cotejo de outros elementos constantes do processo e, ainda, aferir a autenticidade e clareza de gravação ali obtida, mediante perícia técnica compatível, de tal modo que se obtenha a certeza da inexistência de distorção do sentido das frases mencionadas no decorrer da interlocução.²³⁷

âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. (STF, HC80.949/RJ. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, publicação DJ 14/12/2001) apud PRADO, Leandro Cadenas. Proas Ilícitas no processo penal. Teoria e Interpretação dos Tribunais Superiores, Niterói, RJ: Impetus, 2006, p. 38.

²³⁴(...) *Prova Civil. Gravação. Magnética feita clandestinamente pelo marido, de ligações telefônicas da mulher. (Inadmissibilidade de sua utilização no processo judicial por não ser meio legal nem moralmente legítimo (art. 332 do Código de Processo Civil)...); Apud RABONESE, Ricardo. Provas Obtidas por meios ilícitos. 3ª edição, Porto Alegre: Síntese, 2000, p.54.*

(...) Infrigente à garantia constitucional do direito da personalidade e moralmente legítimo 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. Lesivo a direito individual cabe o mandado de segurança para determinar o trancamento da prova e desentranhamento dos autos, da gravação respectiva, Recurso Extraordinário conhecido e provido; (...) As provas produzidas no inquérito ora em exame – gravações clandestinas – além de afrontarem o princípio da inviolabilidade do sigilo das comunicações (§ 9º, art. 153, CF) cerceiam a defesa e inibem o contraditório, em ofensa, igualmente à garantia do § 15 do art. 153 da Lei Magna(...). Apud RABONESE, Ricardo. Provas Obtidas por Meios Ilícitos. Porto Alegre: Síntese, 2000, pp. 54-55.

²³⁵(...) *ADULTERIO – PROVA – INTERCEPTAÇÃO E GRAVAÇÃO DE CONVERSAS TELEFÔNICAS- Prova obtida por meio de interceptação de gravação de conversas telefônicas do cônjuge suspeito de adultério não é ilegal, quer à luz do C. 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 de vigilância e fiscalização)” Apud RABONESE, Ricardo. Provas Obtidas por Meios Ilícitos. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 55.*

²³⁶(...) *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 mantida como prova, uma vez que não há quebra de privacidade de quem quer que seja, pois trata-se de gravação de própria conversação, pouco ou nada importando que a pessoa com quem se fala desconheça a existência do sistema eletrônico. (...)”.* RABONESE, Ricardo. Provas Obtidas por Meios Ilícitos. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 55.

²³⁷ECHANDIA, Hernandes Devis. Teoria general de la prueba judicial. 5ª ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1981, p. 544.

Quanto à possibilidade de aplicação do artigo 5º, XII da Constituição e da Lei 9.296/1996 no âmbito processual civil, conforme já abordado, a questão depende de uma ponderação dos direitos e garantias fundamentais em conflito valendo-se, ainda, da análise *incidenter tantum* da constitucionalidade da regra do art. 5º, inciso XII da CF.

Eduardo Cambi sustenta ser possível a autorização judicial para interceptação telefônica no processo civil sob os argumentos de que não constava do texto originário do artigo 5º, inciso XII da CF as expressões (...) *para instrução processual penal*, mas apenas *instrução processual*. Tal restrição foi imposta pela Comissão de Redação ao haver acrescentado a palavra *penal*, no texto. Logo, para o autor o aludido acréscimo implica a ocorrência de norma inconstitucional por vício de competência ou por violação ao devido processo legislativo, aspectos autorizariam o juiz cível, mediante controle difuso de constitucionalidade, aplicar o artigo 5º inciso XII da CF.²³⁸

Quanto ao artigo 1º da Lei 9.296/1996, que refere-se à extensão da interceptação não só das ligações telefônicas, como também do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, Vicente Greco Filho afirma que tal preceito é inconstitucional sob o argumento de que a ressalva constitucional abrangeu apenas comunicações telefônicas.²³⁹

Ada Pellegrini Grinover entende também que sendo a informática inerente a área de processamento de dados, a lei discrepa da Constituição porquanto esta erige o sigilo do banco de dados como inviolabilidade absoluta. Da mesma forma, entende que a telemática extrapola o termo comunicações telefônicas do texto constitucional, que se restringe apenas à transmissão de voz.²⁴⁰

Luiz Flávio Gomes afirma que qualquer comunicação telefônica insere-se como interceptação.²⁴¹

²³⁸ CAMBI, Eduardo. A prova Civil: Admissibilidade e Relevância. São Paulo: RT, 2006, p.95.

²³⁹ GRECO FILHO, Vicente. Interceptação Telefônica. Considerações sobre a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005, p.16.

²⁴⁰ GRINOVER, Ada Pelegrini. Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas, in Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 17, p. 113.

²⁴¹ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI Raul. Interceptação telefônica: São Paulo, RT.1997, p. 207-208.

Neste sentido, também é a opinião de Ângelo Aurélio Gonçalves Pariz ao afirmar que as interceptações telefônicas regulamentadas pela Lei 9.296/96 abrangem não só o fluxo das comunicações telefônicas, mas também a colheita de dados prospectados dos sistemas de informática, inclusive da rede de internet.²⁴²

A meu ver, o preceito da mencionada lei que estende a interceptação ao fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática não é inconstitucional, porquanto o inciso XII do artigo 5º da Constituição deve ser interpretado de modo a garantir a maior prospecção probatória em prol da reparação de uma ameaça ou lesão de direito.

4. A inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados

Conforme já mencionado, o inciso XII do artigo 5º da Constituição faz uma distinção quanto à proteção do sigilo das comunicações em geral. Nas comunicações telefônicas a quebra do sigilo é prevista mediante a autorização judicial expressa, enquanto nas comunicações mediante correspondência escrita, telegráfica e de dados o referido inciso não traz exceção à regra de modo que a inviolabilidade ali assegurada é vista, *a priori*, como garantia absoluta.

Segundo Jorge Miranda, existem restrições imediatamente constitucionais e restrições constitucionalmente autorizadas. Na primeira, o próprio preceito constitucional traz a regra geral e as exceções, como, por exemplo, o inciso XI do artigo 5º, que afirma ser *o domicílio inviolável, salvo em caso flagrante delito ou desastre, ou prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*. Na segunda, o preceito constitucional fixa a regra geral, mas deixa para lei ordinária ou complementar a regulamentação de hipóteses específicas, como o inciso XII do mesmo artigo 5º que ressalva a possibilidade de interceptações telefônicas mediante lei.²⁴³

²⁴² PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. O Princípio da proibição das provas ilícitas e os Direitos Fundamentais. Revista Jurídica, Ano 50 – novembro de 2002 – nº 301, p.72.

²⁴³ MIRANDA, Jorge, op. cit., p. 301.

Luiz Francisco Torquato Avolio entende que a correspondência epistolar ou o email eletrônico não são passíveis de interceptação por ordem judicial, mas distingue entre o transcurso da mensagem e a informação já obtida pelo destinatário. O primeiro seria inviolável, ao passo que o segundo, já não seria uma correspondência, mas sim um documento particular que pode sim ser alvo de autorização judicial. Da mesma forma, o email eletrônico enquanto mensagem é invulnerável, mas uma vez armazenado o seu conteúdo em um banco de dados, torna-se ele passível de averiguação judicial.²⁴⁴⁻²⁴⁵

Entretanto, a opinião do autor no sentido de que o email eletrônico não pode ser alvo de interceptação e autorização judicial colide com o artigo 1º da Lei 9.296/96 que abrange, expressamente, como ligação telefônica o fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Conforme será analisado, mais detidamente, no próximo capítulo, a Constituição deve ser interpretada, de modo sistemático, a fim de possibilitar a coexistência de todos os direitos e garantias fundamentais, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade. A rigidez do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal quanto à correspondência escrita e telegráfica e de dados deve ceder sempre que haja comprometimento de asfixia de outro direito fundamental ou violação ao princípio da convivência das liberdades públicas.

Neste sentido, Ângelo Aurélio Gonçalves Pariz afirma:

“A interpretação do dispositivo constitucional garantidor do sigilo deve ser feita de modo a entender que a lei ou a decisão judicial poderão, excepcionalmente, estabelecer hipóteses de quebra das inviolabilidades da correspondência, das comunicações

²⁴⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas, interceptações telefônicas e gravações, 2 ed. São Paulo: RT, 1999, p.286.

²⁴⁵ Neste sentido é a decisão do recurso extraordinário 418. 416/ SC, em que o Supremo Tribunal Federal fez a distinção entre o sigilo de dados compartimentados e o sigilo da comunicação de dados, conforme trecho da ementa abaixo: “3. Não há violação do art. 5º, XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois, não houve quebra de sigilo das comunicações de dados(interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial.” 4. A proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição é da comunicação de dados e não dos dados em si mesmos, ainda quando armazenados em computador “(voto MS 21.729, Pleno, 05.10.1995, rel. Neri da Silveira, RTJ 179/225.270) (AVOLIO, Luiz Francisco Torquato op. cit, p. 279).

telegráficas e de dados, sempre visando a salvaguardar o interesse público e impedir que a consagração de certas liberdades públicas possa servir de incentivo à prática de atividades ilícitas.” ²⁴⁶

Não haveria sentido preservar-se os direitos individuais em todos os casos sob qualquer custo e suprimir outros direitos também passíveis de proteção jurídica e não excluídos da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, inciso XXXVI). Neste sentido também é a lição de Suzana Toledo:

“é falsa a idéia de que os direitos fundamentais não sujeitos à reserva restritiva expressa seriam insuscetíveis de qualquer restrição. As inúmeras situações concretas de exercício desses direitos estão a revelar que é quase impossível instituir um direito em favor de alguém sem que não haja reflexos no direito de outrem. Quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito por parte de outro titular, há, portanto, uma situação de conflito cuja solução requer se imponham limites a esses direitos para que possam enfim coexistir.” ²⁴⁷

Todavia, faço uma objeção quanto ao entendimento de Ângelo Aurélio Gonçalves Pariz, no tocante à afirmação de que poderia haver lei de modo a excepcionar a regra geral da Constituição Federal. O texto constitucional não salvaguardou exceção. Logo, não poderá uma norma infraconstitucional fazê-lo. O único caminho, a meu ver, plausível de mitigar a rigidez do inciso XII do artigo 5º da CF consiste na aplicação do princípio da proporcionalidade dentre os poderes instrutórios do juiz, que veremos oportunamente.

José Carlos Barbosa Moreira afirma que a restrição ao sigilo apenas das comunicações telefônicas do inciso XII do artigo 5º da CF aponta para uma incoerência do sistema em detrimento da atividade persecutória do Estado no combate de crimes

²⁴⁶ PARIZ. Ângelo Aurélio Gonçalves. O Princípio da Proibição das Provas Ilícitas e os Direitos Fundamentais. Revista jurídica. Ano 50 – Novembro de 2002 – nº 301, p.26.

²⁴⁷ BARROS, Suzana Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 164-165.

praticados, segundo a qual possibilita-se a interceptação telefônica da conversa de dois membros de uma quadrilha, mas não se concebe a violação de uma mensagem escrita entre os mesmos criminosos, a menos, como o próprio autor ironiza, que o destinatário *faça cortesia* de revelar o teor ali contido.²⁴⁸

Quanto ao e-mail corporativo, isto é, aquele disponibilizado ao empregado, a interceptação deste, da parte do empregador, não se constitui violação ao direito de intimidade e de privacidade, mesmo que a interceptação tenha sido procedida sem autorização judicial.

O monitoramento empresarial é permitido e inserido dentre os poderes de direção, fiscalização e controle do empregador de modo que a interceptação de conteúdo de email, da parte deste, não se configura como prova ilícita. Assim foi decidido no acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho, no julgado RR 613/2000-013-10-00, 1ª T, DJ 10.06.2005, ao reputar como lícita uma prova obtida em *email* corporativo que divulgava material pornográfico. Neste julgado, prevaleceu o entendimento de que os direitos à privacidade e ao sigilo de correspondência do cidadão são invioláveis quando se trata de email particular, pessoal do empregado, decorrente de provedor próprio. Quando o empregado usa o endereço eletrônico e provedor da empresa, estes equiparam-se a ferramentas de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a execução do trabalho e se a sua finalidade é desvirtuada para outros fins senão os profissionais, a empresa pode sim intervir e usar tal prova em ação judicial com o intuito de corroborar a dispensa por justa causa.²⁴⁹

A meu ver, realmente, o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, se for interpretado de modo literal redundará não só numa incoerência do sistema jurídico como também grande injustiça, porquanto não é crível que outras modalidades de comunicações que não as telefônicas fiquem indenes de interceptação mediante autorização judicial quando não for possível a prospecção de outras provas em face de bens jurídicos violados. Aqui, portanto, é de suma importância o abrandamento do rigor do texto constitucional com o emprego de técnicas de interpretação da Constituição

²⁴⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as Provas Illicitamente Adquiridas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: 205, jul./ set.1996, p.18.

²⁴⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, op. cit, p. 287.

como unidade, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade e de regras de hermenêutica como redução teleológica da norma ou direito superador da lei, que veremos mais adiante, de modo que o juiz ao proferir sua decisão não só exteriorize a segurança jurídica, mas também a justiça.

5. Sigilo bancário

O sigilo da movimentação bancária embora não mencionado expressamente no rol de direitos individuais da Constituição Federal constitui derivação da regra matriz que assegura a inviolabilidade da esfera privada.

Arnoldo Wald afirma que os direitos à privacidade e à intimidade assegurados na Constituição abrangem a denominada *área de manifestação existencial do ser humano*, na qual o indivíduo tem o direito de fazer a escolha do seu banco e de movimentar suas atividades financeiras, sem ingerência ou ciência de terceiros.²⁵⁰

Marcelo Figueiredo afirma que o fundamento constitucional do sigilo bancário encontra amparo no inciso X do artigo 5º, porquanto a proteção de dados, informações e do patrimônio constitui-se reflexo da personalidade humana.²⁵¹

Celso Bastos afirma que o sigilo bancário encontra fundamento também na proteção da intimidade do cidadão.²⁵²

Todavia, estes direitos à privacidade e à intimidade não são irrestritos quando a movimentação bancária implicar a necessidade de averiguação para a solução de outro direito não menos relevante lesado ou ameaçado.

²⁵⁰ WALD, Arnold. O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiro e na lei complementar. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. São Paulo, RT, v. 1,70, out/dez 1992, p. 142.

²⁵¹ FIGUEIREDO, Marcelo. Participação na Mesa de Debates C – Sigilo bancário e a lei complementar 105/2001. Congresso Brasileiro de Direito Tributário, 15, São Paulo, 2001, Revista de Direito Tributário. São Paulo, Malheiros, n. 85, 2002, p. 67.

²⁵² BASTOS, Celso. Estudos e pareceres: direito público – constitucional/administrativo/municipal. São Paulo: RT, 1993, p. 57-58.

Márcia Haydée Porto de Carvalho afirma que há dois limites de sigilo bancário: limites frente ao poder público e limites nas relações entre particulares. O primeiro, sempre previsto em lei, tem em mira o interesse público, isto é, a proteção da privacidade dos titulares de contas bancárias e de terceiros envolvidos, e também com escopo de evitar fuga de capitais para outros países ou outras formas de poupança. O segundo não está previsto em lei, mas decorrente da vontade do particular, da própria atividade bancária e em razão das regras de direito civil.²⁵³

O sistema financeiro nacional assim como o sigilo bancário são regidos por leis complementares, nos termos do artigo 192 da Constituição brasileira, não obstante haver determinados preceitos constitucionais assecuratórios do mesmo sigilo nos artigos 37, inciso XXII, o art. 129, inciso VI e o art. 145, § 1º.

A lei que regulamenta o sigilo das operações de instituições financeiras é a Lei Complementar nº 105, de 10.01.2001. No artigo 1º, § 1º, incisos I a XIII são estabelecidas as sociedades destinatárias da lei, e de modo enunciativo, outras sociedades desde que em razão da natureza das operações sejam reconhecidas pelo Conselho Monetário Nacional. No artigo 1º, §4º, é previsto a quebra do sigilo bancário para apuração de qualquer ilícito, seja proveniente de inquérito ou de processo judicial e para apuração dos crimes descritos nos incisos I a IX.

A questão que surge do texto da lei é se esta norma confere também às autoridades e agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o poder de averiguarem dados bancários e financeiros nos casos de tramitação de processo administrativo ou procedimento fiscal em face do artigo 6º do Decreto 3.724, de 10.01.2001. Frise-se que a Lei 7.492, de 16.06.1986 confere ao Ministério Público a atribuição de requisitar a qualquer autoridade informação documento ou diligência relativa à prova dos crimes previstos na lei.

²⁵³ CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. O Sigilo Bancário No Sistema Constitucional Brasileiro. São Paulo. Tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor, em Direito (Direito Constitucional) sob a orientação do Professor Doutor Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos. São Paulo: 2005, 280 páginas, p.201.

Luiz Francisco Torquato Avolio entende que não obstante o artigo 58, § 3º da CF conferir ao Ministério Público e às Comissões Parlamentares de Inquérito poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, somente a autoridade judicial pode determinar a quebra de tal sigilo, justamente porque a quebra do sigilo bancário representa uma restrição ao direito e garantia individual e também porque a admissibilidade da prova é de alçada judicial.²⁵⁴

As exceções ao sigilo revelam-se necessários em razão do combate aos crimes de malversação do dinheiro público fiscal, lavagem de dinheiro, corrupção e repressão ao crime organizado. A legislação brasileira contém muitas hipóteses de quebra do sigilo bancário. As principais são: investigação criminal, apuração legislativa, fiscalização financeira, investigação fiscal, instrução de inquérito civil ou procedimento de administrativo criminal e favorecimento da defesa da União.

Logo, a quebra do sigilo bancário revelar-se-á prova ilícita se a quebra não decorrer dos casos legalmente previstos e não houver autorização judicial.

6. Provas ilícitas por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada) e exceções

A prova ilícita por derivação provém da doutrina formada na jurisprudência norte-americana sob as expressões *fruits of the poisonus tree*, isto é, frutos da árvore envenenada. Vale afirmar, pois, que se tratam de provas em si lícitas, mas oriundas de métodos ou de condutas em desacordo com o sistema jurídico vigente, isto é, oriundas de provas ilícitas.

Jose Carlos Barbosa Moreira afirma que a teoria da prova ilícita por derivação nada mais é de que uma decorrência da própria inadmissibilidade das provas ilícitas, porquanto a prova ilícita contamina as outras dela decorrentes, como se fosse um efeito dominó.²⁵⁵

²⁵⁴AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, op. cit., p.280.

²⁵⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente Adquiridas, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: 205, jul-set., 1996, p. 115.

O precedente surgiu no caso *Silverthorn Lumber Co v. United States* quando questionou-se sobre práticas de condutas ilícitas no decorrer da investigação policial. Em 1939, o magistrado Frankfurter utilizou a expressão pela primeira vez quando ao decidir o caso *Nardone v. United States* constatou haver provas decorrentes de gravação de diálogos mantidos por telefone sem que houvesse prévia autorização judicial.

Nos Estados Unidos, serviu a doutrina para coibir abusos na atividade policial e destinava-se a demarcar até qual prova estava contaminada de nulidade a partir do nexos causal direto entre a obtenção da prova ilícita e outras provas dela decorrentes. A última prova colhida não estaria contaminada de nulidade se não tivesse relação direta com a prova ilícita.

No decorrer dos anos 70 e 80 a doutrina foi mitigada em prol da boa-fé da atividade policial e quando tal fato seria descoberto por outros meios legais de investigação.

Trocher sustenta a admissibilidade das provas ilícitas por derivação sob o argumento de que a busca da verdade deve prevalecer.²⁵⁶

Antonio Pablos Rives Seva não é a favor da admissibilidade e valoração da prova contaminada em razão da inviolabilidade dos direitos individuais fundamentais, de modo a prevalecer em favor do acusado o princípio da inocência.²⁵⁷

Danilo Knijnik afirma que as provas ilícitas por derivação não provêm somente do direito norte-americano, mas também do direito alemão. Destes dois sistemas jurídicos surgiram duas doutrinas que se notabilizam no direito probatório comparado, que são: a doutrina da *exclusionary rules* e a doutrina da *Beweisverbote*. Ambas, apesar de dogmáticas próprias, convergem ao repúdio de provas obtidas em desacordo com as garantias fundamentais de suas Constituições. A distinção reside na dimensão protetiva. Enquanto na doutrina alemã coíbe-se toda e qualquer prova que atente contra o direito fundamental constitucional, na americana coíbe-se a prática de atividades ilícitas na

²⁵⁶ TROCKER, Nicolás – *Proceso Civil e Costituzione – Problemi di diritto tedesco e italiani*, Milani, 1974, Giuffrè Editore. p.630.

²⁵⁷ RIVAS SEVA, Antonio Pablo – *La confesión del acusado como efecto reflejo de la prueba ilícita*, Notícias Jurídicas. nº73, Casa Editorial Bosch Barcelona, miércoles, 1 de marzo de 2000, p. 55.

investigação policial, como, por exemplo, a prática de tortura para obter-se a confissão do investigado. As *exclusionary rules* aplicadas pelo juiz destituem a força probante de um meio de prova obtido ilicitamente pela autoridade policial, ao passo que a *Beweisverbote* atua na ponderação de interesses de modo a sobrepor o interesse de maior relevância do direito fundamental constitucional.²⁵⁸

Vale afirmar que as provas ilícitas por derivação no direito alemão serão admissíveis ou não em razão do princípio da proporcionalidade, ao passo que no direito americano a prova ilícita quando prospectada pela autoridade policial na repressão da criminalidade é sempre banida pelo juiz.

Mas, qual seria a extensão da prova ilícita por derivação da doutrina norte-americana? A relação de causalidade entre uma prova ilícita obtida e outra dela decorrente será o fator decisivo para considerar esta última contaminada.

Susana Henriques da Costa aponta as principais exceções da doutrina norte-americana dos frutos da árvore envenenada, isto é, que excluem a ilicitude da prova:

a) *fonte independente*: A prova não estará contaminada se houver a possibilidade de sua coleta por outra fonte independente;

b) *Descoberta inevitável*: A prova derivada será admitida se a parte beneficiada pela prova demonstrar que seria ela descoberta de modo inevitável por outro meio lícito;

c) *Descontaminação*: A prova ilícita derivada poderá ser utilizada em juízo quando for passível de descontaminação mediante acontecimento posterior, como no caso paradigmático da Suprema Corte Americana (*Brown v. Illinois*) em face de duas hipóteses: largo interregno entre fonte ilícita e prova derivada; e superveniência de fatores sem conexão com a contaminação; e

d) *Boa-fé*: Questionável esta exceção, porquanto vislumbra-se a aceitação da prova derivada em face da conduta policial praticada sob a convicção de que teria sido tal conduta lícita.²⁵⁹

²⁵⁸ KNIJNIK, Danilo. A doutrina dos frutos da árvore venenosa e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. *Ajuris*, 66. Ano XXIII – março -1996, p.72-74.

²⁵⁹ COSTA, Susana Henriques da. Os poderes do juiz na Admissibilidade das provas ilícitas. *Revista de Processo São Paulo: Revista dos Tribunais*, Ano 31, nº 133, março de 2006, p.92-93.

Danilo Knijnik afirma haver surgido a exceção da fonte independente no caso Silverthorne e, depois, reiterada nos casos Bynum e Crews, no sentido de que a produção da prova por outra fonte independente de que não aquela contaminada não incidiria na previsão da IV Emenda.²⁶⁰ Cita o autor o caso Murray, de 1988, em que se fez apreensão de contrabando mediante mandado decorrente de uma diligência policial anterior sem mandado. Na justificativa para a obtenção do mandado não se fez referência à primeira diligência, mas apenas em indícios previamente conhecidos, de tal sorte que não se pôde contaminar a busca e apreensão de ilegal porque não se fez referência ao objeto encontrado na primeira busca. O outro caso, Segura, consistiu na obtenção de mandado de busca posterior à entrada dos policiais na residência do acusado. Entendeu a Suprema Corte que a obtenção do mandado *a posteriori* não havia contaminado a prova.²⁶¹

No Brasil, a Constituição de 1988 não adotou expressamente a doutrina norte-americana, de modo que se delegou à doutrina e à jurisprudência nacionais a possibilidade de admissibilidade ou não das provas ilícitas por derivação. São casos práticos de provas ilícitas por derivação: a confissão obtida mediante coação ou tortura; a obtenção de um determinado documento mediante invasão de domicílio, isto é, sem prévia autorização judicial; a constatação de um crime mediante interceptação telefônica sem prévia autorização judicial. A ideia de se convalidar a prova em si lícita, mas decorrente de prova ilícita é repudiada, porquanto seria retroceder aos tempos de Cordero em que *male captum, bene retentum*.

Ricardo Rabonese afirma que no Supremo Tribunal Federal, já houve dois posicionamentos sobre a admissibilidade de provas ilícitas por derivação. O posicionamento contrário foi do Ministro Sepúlveda Pertence e o favorável do Ministro Paulo Brossard. O primeiro enfático no entendimento de que aceitar-se o conteúdo de uma prova decorrente de um meio ilícito seria *estimular e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas*. O segundo, favorável à aceitação da prova ilícita por derivação nos casos de apuração do crime de tráfico de drogas.²⁶²⁻²⁶³

²⁶⁰ KNIJNIK. Danilo, op. cit, p. 76-77.

²⁶¹ Idem, ibidem, p.77.

²⁶² RABONESE, Ricardo. Provas Obtidas por meios ilícitos. 3ª edição: Porto Alegre, 2000, p.38e39.

Não havendo vedação expressa na Constituição sobre a admissibilidade das provas ilícitas por derivação o que irá nortear, de fato, o juiz será, em primeiro lugar, a proteção dos direitos fundamentais tutelados ou, na segunda hipótese, a ponderação destes direitos e garantias fundamentais em conflito levando-se em conta o exercício do

²⁶³ Seguem julgados sobre o tema Prova ilícita por derivação:

Escuta telefônica mediante autorização judicial: a afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que nas hipóteses e na forma por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do artigo 5º, XII, da Constituição autorizar a interceptação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento do habeas corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderem ser impossível, na via processual do habeas corpus, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS 21.750/24. 11.93, Velloso); consequente renovação do julgamento, no qual se deferiu ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la, - contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente. Apud MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. A questão da prova ilícita vista pelos Tribunais. Revista de Processo, nº 32, nº 145, março/2007, p.284.

INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA -PROVA ILÍCITA (ART. 5º, INCICS XII E LVI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) - NÃO CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS LICITAMENTE OBTIDAS- SENTENÇA CONDENATÓRIA - FUNDAMENTAÇÃO -NULIDADE -1. Havendo-se apoiado a sentença condenatória, confirmada pelo acórdão impugnado, em provas lícitamente obtidas, ou seja, não contaminadas pela prova ilícita, consistente na interceptação de comunicação telefônica, não é caso de se anular a condenação. 2. HC indeferido. (STF -HC 74.152-5 -SP -1ª t- Rel. Min. Sydney Sanches -DJU 08.10.1999-p.39). "(...) Prova ilícita. Escuta Telefônica. Preceito Constitucional. Regulamentação. Não é auto-aplicável o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Exsurge ilícita a prova produzida em período anterior à regulamentação do dispositivo constitucional. Prova ilícita- Contaminação. Decorrendo as demais provas do que levantado via prova ilícita, tem-se a contaminação, motivo pelo qual não subsistem (STF, 2ª T., HC 74.299/SP, Rel. Min. Marco Aurélio). Apud MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. A questão da prova ilícita vista pelos Tribunais.Revista de Processo, nº 32, nº 145,março/2007,p.284.

HC CONSTITUCIONAL - PROCESSUAL PENAL PROVA ILÍCITA - O conjunto probatório precisa ser analisado organicamente. A prova ilícita, sem dúvida, é vedada pelo direito e não pode fundamentar restrição ao exercício do direito de liberdade. Em havendo, contudo, outros elementos, sem vício jurídico, legal a decisão do juiz que os considerou para explicitar a decisão (STJ HC 9128 - RO - 6ª T - Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro - DJU 02.08.1999 - P.226). Outra decisão ainda, também neste sentido: HABEAS CORPUS TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Apud MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. A questão da prova ilícita vista pelos Tribunais. Revista de Processo, nº 32, nº 145,março/2007,p.285.

PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA. CORRUPÇÃO ATIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DOSAGEM DA PENA: IMPROCEDÊNCIA. 1. A prova ilícita caracterizada pela escuta telefônica, não sendo a única produzida no procedimento investigatório, não enseja desprezarem-se as demais que, por ela na contaminadas e dela não decorrentes, formam o conjunto probatório da autoria e materialidade do delito. 2. (...) 3. Sem que possa colher-se dos elementos do processo a resultante consequência de que toda a prova tenha provindo da escuta telefônica, não há falar-se em nulidade de procedimento penal. 4. Não enseja nulidade processual a sentença que, apesar de falha quanto à fundamentação na dosimetria da pena, permitiu fosse corrigida em sede de apelação. "(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus nº 75497/ SP. Rel. Min. Maurício Correa, j. em 14.10. 1997, Segunda Turma, Publicação: DJ DATA 09-05-2003 PP 00068 EMENT VOL 02109-03 PP 00433). Apud MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. A questão da prova ilícita vista pelos Tribunais.Revista de Processo, nº 32, nº 145, março/2007, p.285.

direito de ação, de defesa, da efetividade do processo e o princípio das liberdades públicas.

Nesta linha é a posição de Fernando Capez quando afirma:

*“Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica, precisam ser cotejados, para escolha da qual deva ser sacrificado.”*²⁶⁴

Danilo Knijinik afirma que a Constituição brasileira adotou a teoria dos frutos da árvore envenenada porque o inciso LVI também abrange de ilicitude não só a prova obtida, mas também os meios ilícitos.²⁶⁵

Em nível infraconstitucional, conforme já mencionado, a nova redação do artigo 157 do Código de Processo Penal,²⁶⁶ alterada pela Lei 11.690/2008, que positivou

²⁶⁴ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal, 1ª edição, São Paulo: Saraiva, 1997, p.32,

²⁶⁵ KNIJINIK. Danilo, op. cit., p.82.

²⁶⁶ 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. [Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008]

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. [Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008]

§ 4º [VETADO] [Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008]

o conceito e as consequências processuais da prova ilícita, positivou também duas exceções das acima mencionadas: a fonte independente e descontaminação.

Sob o meu ponto vista, as chamadas provas ilícitas por derivação devem ser tratadas sob o mesmo regime jurídico das provas ilícitas propriamente ditas, isto é, aplicando-se a Constituição da República como unidade sob o balanceamento dos interesses em conflito de modo que a tutela da prestação jurisdicional recaia sobre o bem jurídico de maior relevância no contexto da lide, das circunstâncias e das provas possíveis trazidas aos autos.

7. A teoria da descontaminação do julgado

Inicia-se este item com as seguintes indagações: A sentença fundada exclusivamente em prova ilícita é sentença nula ou sentença reformável? Qual seria propriamente o efeito processual da prova ilícita? Nulidade ou inexistência de prova? Conforme já visto, na análise da questão da dicotomia de provas ilegítimas e ilícitas, enquanto as ilegítimas suscitam nulidade processual relativa em razão da forma do ato processual, as ilícitas suscitam inexistência jurídica. A declaração de nulidade implica o refazimento de atos processuais, ao passo que a inexistência jurídica resulta em uma nova decisão de mérito.

Todavia, parte da doutrina afirma que o Tribunal ao proferir acórdão sobre o recurso interposto contra sentença fundada em prova ilícita deve declarar a nulidade da sentença ou do ato que admitiu a prova ilícita no processo com a remessa dos autos à instância de origem. Neste sentido é a lição de Luiz Guilherme Marinoni ao afirmar que *se o tribunal decide que uma das provas em que a sentença se baseou é ilícita, o julgamento do primeiro grau deverá ser feito por outro juiz, que não aquele que proferiu a sentença que se fundou na prova ilícita.*²⁶⁷

²⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2ª edição, São Paulo: RT, 2011, p. 280.

Elias Marques de Medeiros Neto assinala que se a sentença houver sido proferida com base em prova ilícita dentre outras provas lícitas existentes, o caso seria de afastamento da prova ilícita e por seguinte de reexame do mérito, no Tribunal.²⁶⁸

Sob o meu ponto de vista, adoto o entendimento de Elias Marques de Medeiros Neto, segundo o qual a consequência prática do reparo do julgado baseado em prova ilícita implica apenas o desentranhamento dos autos daquela prova ou sua total desconsideração e, em consequência, o reexame do mérito de modo a reformar o julgado. Não creio que se trata de nulidade, salvo se a ilicitude da prova decorrer de violação do contraditório, como por exemplo, falta de oportunidade para que a outra parte tenha se manifestado sobre aquela prova produzida.

Suponha-se que a sentença esteja fundada apenas numa correspondência escrita. A análise sobre a licitude da prova circunscreverá entre a literalidade do inciso XII do artigo 5º da CF, que erige o sigilo de correspondência como garantia, *a priori* inflexível dada pelo Constituinte, e sua admissibilidade pela aplicação do princípio da proporcionalidade. Tal aferição não consistirá numa declaração de nulidade da sentença proferida, mas sim em reexame de mérito do julgado de modo a confirmar ou reformar a sentença proferida.

Não obstante, propugna a doutrina pela chamada descontaminação do julgado com a possibilidade de refazimento de atos processuais como se o convencimento judicial fundado em prova ilícita fosse *erro in procedendo* e não *error iudicando*.

CAPITULO III- A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO MEDIANTE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

1. A questão da admissibilidade das provas ilícitas

A importância da distinção entre provas ilícitas e ilegítimas de Nuvolone, assimilada por Ada Pellegrini Grinover, reside no tratamento diferenciado que cada

²⁶⁸ MEDEIROS NETO, Elias Marques, Proibição da Prova ilícita no Processo Civil Brasileiro, São Paulo: Fiúza, 2010, p.122.

uma recebe no sistema jurídico, especialmente, o brasileiro, conforme visto no capítulo anterior. As provas ilegítimas, irregulares sob o ponto de vista processual, são admissíveis ou não em razão do regramento bem específico e preciso das nulidades relativas, enquanto igual simetria não há na questão das provas ilícitas.

O artigo 332 do CPC não traz, expressamente, as consequências da inadmissibilidade das provas ilícitas, ao contrário do artigo 157 do CPP, que demarca, com precisão, as consequências processuais decorrentes da prova colhida sob ilicitude.

Não é demais reiterar, aqui, o julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em que ao distinguir-se as consequências jurídicas processuais entre as provas ilegítimas e ilícitas destacou que a admissibilidade ou não das provas ilícitas no processo está ligada à questão do conflito dos direitos fundamentais da Constituição.²⁶⁹

Neste contexto, antes de adentrar à análise da questão da admissibilidade das provas ilícitas no sistema jurídico brasileiro contemporâneo, mister que se faça uma digressão sobre as correntes doutrinárias clássicas existentes nos demais sistemas jurídicos.

Ada Pellegrini Grinover faz referência a quatro correntes doutrinárias clássicas que são: a) admissibilidade da prova ilícita em face da ausência de vedação de norma processual, com sanção específica ao infrator do ato ilícito; b) admissibilidade da prova ilícita em face do critério da proporcionalidade; c) inadmissibilidade da prova ilícita em

²⁶⁹“Prova ilícita. Interceptação, escuta e gravação, telefônicas e ambientais. Princípio da proporcionalidade. Encobrimento da própria torpeza. Compra e venda com dação em pagamento. Verdade processualizada. Doutrina e jurisprudência.1 – Prova ilícita é a que viola normas de direito material ou os direitos fundamentais, verificável no momento de sua obtenção. Prova ilegítima é a que viola as normas instrumentais, verificável no momento de sua processualização. Enquanto a ilegalidade advinda da ilegitimidade produz a nulidade do ato e a ineficácia da decisão, a ilicitude comporta um importante dissídio acerca de sua admissibilidade ou não, o que vai desde a sua inadmissibilidade, passando da admissibilidade à utilização do princípio da proporcionalidade. 5 – Apelo desprovido.(ApCiv 70004590683, TJRS, 2ª Cam. Especial Cível, rel. Des. Nereu José Giacomolli, j.09.12.2002, negando provimento, unânime). Apud MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. A questão da prova ilícita vista pelos Tribunais. Revista de Processo, nº 32, nº 145, março/2007, p.282.

face do ordenamento jurídico vigente; e d) inadmissibilidade da prova ilícita em face da Constituição.²⁷⁰

1.1. Correntes doutrinárias clássicas

1.1.1. Admissibilidade da prova ilícita em face da ausência de vedação de norma processual, com sanção específica ao infrator do ato ilícito

São partidários desta corrente Cordero e Carnelutti, na Itália e Rosenberg, na Alemanha. Sustenta-se, nesta corrente, que a colheita da prova em desacordo com a regra de direito material possa ser avaliada pelo juiz quando não houver proibição expressa na lei processual. Vale afirmar que se a prova é ilícita, mas não ilegítima poderá ela ser usada no processo desde que aquele que a produziu sofra sanções específicas pelo ato cometido, segundo as expressões de Cordero *male captum, bene retentum*.²⁷¹

1.1.2. Admissibilidade da prova ilícita em face do critério da proporcionalidade

São partidários desta corrente a Corte Americana e a doutrina Alemã. Sustenta-se que as provas ilícitas serão, a rigor, inadmissíveis, salvo quando aplicável o princípio da proporcionalidade que consiste na ponderação de valores e bens jurídicos assegurados na Constituição, de modo que confrontados o direito fundamental violado com a produção da prova e o direito lesado ensejador da propositura de ação judicial prevaleça aquele que seja mais relevante. Ada Pellegrini Grinover exemplifica um caso ocorrido na Alemanha em que se admitiu uma gravação clandestina para a prova de crime de extorsão.²⁷²

1.1.3. Inadmissibilidade da prova ilícita em face do ordenamento jurídico vigente

São partidários desta corrente Nuvolone e Allorio, na Itália e Enrique Vescovi no Uruguai. Esta corrente doutrinária apoia-se na ideia de que basta a colheita da prova

²⁷⁰GRINOVER, Ada Pellegrini. O Processo Em Sua Unidade – II. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.170 - 181.

²⁷¹ Idem, ibidem, p.171.

²⁷² Idem, ibidem, p.172.

não condizer com ordenamento jurídico vigente, sob ponto de vista unitário, para que ela não possa ser admitida no processo.²⁷³

1.1.4. Inadmissibilidade da prova ilícita em face da Constituição

São partidários desta corrente Bauer, na Alemanha, Comoglio e Grevi na Itália. Esta corrente doutrinária apoia-se na ideia de que a inadmissibilidade da prova justifica-se quando a prova obtida não estiver em consonância com a Constituição. Se a prova é obtida mediante violação dos direitos fundamentais ela está em descompasso com a Constituição e não pode ser admitida. Esta corrente de pensamento foi formada pela jurisprudência dos Estados Unidos, da Alemanha e da Itália e depois foi abeberada pela doutrina.²⁷⁴

1.2 Correntes doutrinárias da atualidade

Atualmente, a admissibilidade da prova ilícita está muito ligada à questão da aplicação do princípio da proporcionalidade, como também ao grau de violação da prova ilícita, isto é, se a prova prospectada está contrária às normas da Constituição ou contrária à norma infraconstitucional.

José Antonio Diaz Cabiale e Ricardo Martins Morales entendem que a prova configura-se ilícita e inadmissível se obtida com lesão a direito constitucional, salvo contrário não. Nesta linha, citam, como exemplo, a gravação clandestina de imagens, por repórter, em museu, que identifica o autor de crime de furto de determinada obra de arte. Neste exemplo, afirmam que a prova foi obtida em contraste com norma administrativa, e, portanto, admissível em juízo.²⁷⁵

²⁷³ Idem, ibidem, p.173.

²⁷⁴ Idem, ibidem, p.174.

²⁷⁵ DIAZ CABIALE, José Antonio; MARTINS MORALES, Ricardo. La Garantia constitucional de la inadmission de la prueba ilicitamente obtenida. Madri: Civitas, 2001, p.222.

Da mesma forma, entende Andrés de la Olivia Santos, segundo o qual afirma que se a violação não for ao direito fundamental a prova poderá ser admitida e valorada pelo juiz.²⁷⁶

No Brasil, antes da Constituição de 1988, conforme já visto, não havia norma constitucional expressa sobre a vedação de provas ilícitas em juízo. A doutrina brasileira, não obstante à diversidade de correntes, inclinava-se em favor da admissibilidade das provas ilícitas sob o pensamento de Cordero, *male captum, bene retentum*, de modo a aproveitar o conteúdo da prova ilícita sem ignorar a apuração do ilícito em juízo.

Todavia, conforme assinala Ada Pellegrini Grinover, os professores da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco sustentavam a inadmissibilidade da prova ilícita, salvo aquelas produzidas no processo penal em favor do réu. Afirma a autora:

*“As Mesas de Processo Penal, atividade ligada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, tomaram posição sobre a matéria nas seguintes súmulas: “Súmula nº 48 – Denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material; Súmula nº 49 – São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa; Súmula nº 50 – Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa.”*²⁷⁷

Neste período, a jurisprudência, que se filiava, antes, à primeira corrente citada neste tópico, com a proximidade da Constituição de 1988, passou a filiar-se à segunda.

²⁷⁶ OLIVIA SANTOS. Andrés de la. Sobre la ineficácia de las pruebas ilicitamente obtenidas. Tribunales de Justicia, La ley, nº 8-9, agosto-sept.2003, p.5.

²⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em Evolução. As provas ilícitas na Constituição. 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 50.

Luiz Rodrigues Wambier, Flavio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini afirmam haver na atual doutrina brasileira três correntes quanto à questão da admissibilidade das provas ilícitas: a) obstativa; b) permissiva; e c) intermediária.²⁷⁸

A primeira repudia sempre a prova ilícita de modo a não admiti-la sob qualquer situação. Destacam-se, dentre seus defensores, José de Moura Rocha,²⁷⁹ Fernando da Costa Tourinho Filho, Luiz Roberto Barroso, Carlos Alberto Molinaro e Mariângela Guerreiro Milhoranza.

Fernando da Costa Tourinho Filho afirma que o aludido preceito constitucional é expresso quanto à vedação das provas ilícitas em juízo; que a admissão delas afronta a *dignidade humana e aqueles direitos fundamentais de que trata a Lei das Leis.*”²⁸⁰

Luiz Roberto Barroso, árduo defensor da inadmissibilidade das provas ilícitas em juízo, afirma que a flexibilização do artigo 5º, LVI, da Constituição além de violar a clara literalidade do preceito outra interpretação subverteria o significado exato da norma.²⁸¹

Carlos Alberto Molinaro e Mariângela Guerreiro Milhoranza afirmam que se a Constituição Federal não conferiu ao legislador ordinário a possibilidade de excepcionar o *núcleo essencial* do preceito ali insculpido, não poderá menos ainda o julgador fazê-lo, levando-se em conta também a igualdade de armas no direito processual e que a admissibilidade da prova ilícita sob a bandeira do princípio da proporcionalidade incitaria um perigoso jogo do *vale-tudo*.²⁸²

A segunda corrente, a permissiva, admite a prova ilícita em juízo, sob o argumento de que ilícito é o meio de prova obtido e não o conteúdo nele contido, de

²⁷⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA Flavio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, 8ª edição, vol I, São Paulo: RT, p.402-403.

²⁷⁹ ROCHA, José de Moura. Prova ilícita e Constituição, Revista da Esmape 2(4)257, abril-junho/1997, p45.

²⁸⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo Penal, vol. III, 21ª, São Paulo: Saraiva 1993, p. 210.

²⁸¹ BARROSO, Luiz Roberto. A viagem redonda: Habeas Data, Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 213, jul./set. 1998, p. 162.

²⁸² MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. A questão da prova ilícita vista pelos Tribunais. Revista de Processo, nº 32, nº 145, março/2007, p.288.

modo que para esta corrente aproveita-se o conteúdo em prol da verdade real ou substancial sem, no entanto, deixar de punir aquele se valeu do meio ilícito.

Hermenegildo de Souza Rego, defensor desta corrente, afirma não haver sentido o juiz desentranhar dos autos a prova fotográfica da prática de adultério por causa da preservação da intimidade da cônjuge adúltera.²⁸³

Ovidio Baptista da Silva defende também a aceitação em juízo de prova ilícita sem ignorar a apuração do ato ilícito cometido, como por exemplo, a gravação ou fotografia extraída, de forma clandestina, da residência, sem o conhecimento de um dos cônjuges, com o propósito de fazer prova da prática de adultério em processo judicial, não obstante punir-se a prática do ilícito cometido.²⁸⁴⁻²⁸⁵

A terceira corrente, a intermediária, que vem se fortalecendo nos últimos anos, é favorável à admissibilidade da prova ilícita sob o princípio da proporcionalidade. A adoção do princípio da proporcionalidade reforça-se justamente sob o fundamento de que a Constituição Federal deve ser interpretada de modo sistemático, mediante a ponderação de direitos fundamentais em conflito.

São partidários desta corrente, dentre outros: Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery²⁸⁶, José Carlos Barbosa Moreira,²⁸⁷ Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins²⁸⁸ e Antonio Scarance Fernandes.²⁸⁹

²⁸³ REGO, Hermenegildo de Souza Rego. Natureza das Normas sobre Prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p.115.

²⁸⁴ SILVA, Ovídio Batista da. Curso de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, v. 1, p. 301.

²⁸⁵ Neste sentido também Fernando de Almeida Pedroso afirma que “*se ilícita emergir a obtenção de determinada prova e se ela trazer a descortino a verdade real, merece ser aceita quanto a seu conteúdo, havendo instaurar-se, entretanto, contra aqueles que a obtiveram ilicitamente, a devida persecutio criminis, diante da infração de disposições penais e pela violação dos direitos do réu. É a aplicação da doutrina do male captum, bene retentum.*” PEDROSO, Fernando de Almeida. Prova penal. Rio de Janeiro: Aide, 1994, p. 173.

²⁸⁶ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. 3ª edição. São Paulo: RT, 1997, p.611, nota 2 ao art.332 do CPC.

²⁸⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. Revista do Ministério Público – Rio de Janeiro – nº 4 – jul/dez – 1996, pp.102-103.

²⁸⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil, vol.2, São Paulo: Saraiva, 1989, p.273.

²⁸⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional, São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª edição, 2010, p.84.

Este último afirma:

“(...) Em suma, a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada”.

Maria Cristina Faria Magalhães ao analisar a evolução da avaliação processual das provas ilícitas no processo penal constata que:

*“A questão da ilicitude da prova obtida e de sua correlação com a inadmissibilidade no processo resulta do conflito existente entre a exigência de tutela da pessoa humana, principalmente de sua intimidade e a exigência de tutela da comunidade, principalmente a segurança nacional. De um lado temos as garantias individuais da pessoa humana que devem ser observadas durante a atuação investigatória dos órgãos persecutórios e pelo particular, principalmente as relativas à intimidade, vida privada e imagem das pessoas (art.5º, inc. X), de outro lado, temos a exigência de punição dos criminosos pautada na busca da verdade real no processo penal”.*²⁹⁰

Com muita propriedade, Barbosa Moreira afirma que a rigidez do texto constitucional quanto à vedação das provas ilícitas em juízo ignora situações específicas, como por exemplo, a prova trazida ao processo, ainda que em desacordo com a norma jurídica, pode ser a única existente a inocentar o acusado. Daí questiona o autor: *Algum juiz se animaria a perpetrar uma injustiça consciente, condenando o réu,*

²⁹⁰ MAGALHAES, Maria Cristina Faria. A evolução da avaliação processual das provas ilícitas. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, RJ (23), 2006, p.179.

por mero temor de contravir à proibição de fundar a sentença na prova ilícita? ²⁹¹ Barbosa Moreira é, pois, árduo defensor da admissibilidade da prova ilícita, desde que sob a aplicação do princípio da proporcionalidade possa se fazer “*ponderação comparativa dos interesses em jogo*” ²⁹².

Luís Gustavo Grandinetti Castanho afirma que a ponderação de interesses em conflito é essencial para a aplicação do princípio da proporcionalidade na admissibilidade das provas ilícitas, especificamente, no processo penal quando estão em jogo o direito à liberdade e à ampla defesa do réu e o direito à privacidade de um terceiro. ²⁹³

Todavia, não ignora o autor que a Constituição Federal foi inflexível quanto à vedação da prova ilícita. Nesta dualidade, afirma:

“Como se percebe, a Constituição resolveu esse difícilíssimo problema de opção legislativa proibindo, de modo absoluto, a produção de prova ilícita. Não há que se discutir as diversas correntes acima mencionadas; não há o que interpretar: a Constituição consagrou a inadmissibilidade da prova ilícita. Talvez não fosse essa a melhor solução, mas diante dos termos cogentes da norma constitucional não há o que argumentar. Isso não quer dizer que não se possa admitir, de modo absoluto, uma prova ilícita, pois, como foi sustentado no capítulo referente aos princípios constitucionais nenhum direito fundamental é ilimitado. Com efeito, a prova ilícita poderia ser admitida, desde que para resguardar outro direito fundamental tão ou mais valioso, conforme preconiza a teoria dos limites imanentes, já exposto anteriormente”. ²⁹⁴

²⁹¹MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as Provas ilicitamente adquiridas Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: 205, julho-set. 1996, p.14.

²⁹² Idem, ibidem, p.16.

²⁹³ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. O processo penal em face da Constituição: princípios constitucionais do processo penal. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.51.

²⁹⁴ Idem, ibidem, p.49.

Nelson Nery Jr. também, na mesma linha, afirma haver no princípio da proporcionalidade quanto à admissibilidade da prova ilícita critério equidistante entre a negativa peremptória da utilização da prova ilícita e a aceitação pura e simples da mesma prova e que nenhuma regra constitucional é absoluta quando confrontada com outro direito de igual importância.²⁹⁵ Cita o autor como exemplo da admissibilidade da prova ilícita sob o princípio da proporcionalidade gravação clandestina de conversa entre outras duas pessoas feita por acusado para provar sua inocência. Aqui, haveria, segundo o autor, excludente de antijuricidade em face do exercício da legítima defesa em prol da busca da prova da inocência e da liberdade.²⁹⁶

Sob o meu ponto de vista, entendo que, no caso exemplificado acima, o juiz somente poderá aceitar a prova ilícita no processo se, realmente, ficar muito bem evidenciado, nos autos, que a parte não dispunha de outras condições de obter a prova e tampouco de conseguir, previamente, a autorização judicial para a interceptação telefônica.

Roberto Prado de Vasconcellos afirma que os direitos constitucionais não são absolutos porquanto colocados em *recíproca oposição* de modo que ao juiz caberá o sacrifício de um deles em prol do outro e que a aplicação do artigo 5º, incisos LVI e XII da CF deve ser flexibilizada não apenas sob a aplicação do princípio da proporcionalidade, mas também sob as regras de hermenêutica de modo que uma sentença não reflita apenas a segurança jurídica, mas também a justiça.²⁹⁷

Neste contexto, o primeiro ponto reside na avaliação do arquétipo genérico insculpido no artigo 5º, incisos LVI e XII, da CF; se ele comportaria abrandamento quando cotejado com o caso concreto, como, por exemplo, julgar-se procedente ação cível de indenização por danos morais com base apenas em única prova, que se pôde trazer nos autos, apesar de não haver sido colhida em respeito aos direitos fundamentais. O segundo é verificar se a restrição da prova não pode comprometer o princípio da convivência das liberdades públicas e tolher a inafastabilidade da jurisdição (CF.art.5º,

²⁹⁵ NERY JR., Nelson. Princípios do Processo Na Constituição Federal. 10ª edição. São Paulo: RT, p. 2010, p. 264-266.

²⁹⁶ Idem, ibidem, p. 266.

²⁹⁷ VASCONCELLOS, Roberto Prado. Provas ilícitas (Enfoque constitucional). RT 791 – setembro de 2001, p. 482-483.

XXXVI). O terceiro é contrapor as provas ilícitas com os escopos da jurisdição. O quarto é adotar-se uma construção metodológica que adéque o preceito normativo ao caso concreto com equidade e senso de justiça. O último é desmistificar aquela divisão de importância e de indisponibilidade dos bens tutelados entre o processo penal e o processo civil, isto é, ambos conclamam a verdade real ou substancial.

O direito à produção de prova é assegurado pela Constituição Federal quando possibilita o acesso da parte à justiça, assim como à reparação de lesão a direito ou ameaça de lesão a direito sob o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

A amplitude probatória é também assegurada no Código de Processo Civil, quando admite todos meios de prova tipificados ou não em lei. A limitação da prova verifica-se em razão dos incisos LIV e XII do artigo 5º da CF e, ainda, de preceitos de norma processual que estabelecem limites e critérios probatórios, de maneira que a exclusão do direito à prova é vista como exceção no ordenamento jurídico.

Logo, cabe ao juiz a condução do processo que transcorra sob estes preceitos, mas que ao mesmo tempo leve ao jurisdicionado uma decisão justa que reflita, com bom senso jurídico e equidade, os valores em jogo colocados na lide e a tutela do bem jurídico sempre mais relevante.

Neste contexto, insere-se o princípio da convivência das liberdades públicas. A rigidez das regras limitadas da prova não pode imperar de modo absoluto em detrimento de bens jurídicos violados quando a prova ainda que ilícita faz-se imprescindível para a solução da lide.

A exegese literal dos dispositivos de exclusão da prova deve ceder a uma exegese sistemática da Constituição, porquanto o processo é essencialmente dialético sob interesses antagônicos e pautados por princípios constitucionais também diversos. Vale afirmar, pois, que nem sempre o direito à intimidade e à privacidade deve prevalecer, havendo bens jurídicos defendidos em juízo que, pelas circunstâncias de cada caso, merecem tutela jurisdicional em função da prospecção probatória possível colhida aos autos, especialmente quando os direitos ali defendidos forem indisponíveis.

Neste sentido evidenciam-se os escopos da jurisdição, que segundo Cândido Rangel Dinamarco, são: o social, o político e o jurídico.²⁹⁸

O escopo social traduz-se na ideia do processo como obtenção do bem comum, Isto é, a prestação jurisdicional a serviço da comunidade e em prol da paz social. Esta ideia é reforçada, como por exemplo, nas ações sob competência dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95) e nas ações coletivas, do Código de Defesa do Consumidor, conforme direcionados a resolver os litígios de um modo mais rápido, mais barato e de modo a atingir uma quantidade muito maior de pessoas a um só tempo.²⁹⁹

O escopo político configura-se em razão da prestação jurisdicional como um poder do Estado de atuar a vontade concreta da lei, isto é, equilibrar a gama de direitos e deveres previstos em tese no ordenamento jurídico e manifestados em casos concretos quando posto o direito a judicialização.³⁰⁰

O escopo jurídico manifesta-se quando a prestação jurisdicional atua na interpretação do direito, definindo em cada caso concreto o alcance da norma e de modo a estabelecer o elo de comunicação entre a sociedade e o mundo jurídico.³⁰¹

Aqui, a correspondência entre o escopo jurídico e as provas ilícitas é extremamente nítida e direta porquanto é da interpretação do direito sob o aspecto sistemático que o julgador fará o balanceamento de bens tutelados pelos princípios fundamentais em conflito. A aplicação literal e fria da lei redundaria numa decisão técnica, mas sem cumprir a finalidade social, nem política e tampouco jurídica.

No caso das provas ilícitas, a interpretação do artigo 5º, incisos LVI e XII da CF deve ser feita mediante uma construção metodológica, que permita a flexibilização da rigidez da norma constitucional. A restrição ou extensão da exegese da norma possibilita ao juiz uma sentença justa e que atenda, de forma equilibrada, os interesses envolvidos no processo.

²⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p.207 - 219.

²⁹⁹ Idem, *ibidem*, p.221.

³⁰⁰ Idem, *ibidem*, p.233-238.

³⁰¹ Idem, *ibidem*, p. 277.

É neste sentido que os métodos da interpretação da lei (histórico, literal, teleológico e sistemático) predispõem-se a alargar a exegese literal da norma ou restringi-la sob o ponto do ajuste entre a argumentação dialética e a verdade buscada no processo. Neste contexto, duas espécies metodológicas de interpretação evidenciam-se pela sua utilidade prática: a *redução teleológica* e o *direito superador da lei*.³⁰²

A vedação irrestrita das provas ilícitas do inciso LVI do artigo 5º do texto constitucional, se aplicada literalmente, em todos os casos que se apresentem ao judiciário, conforme já mencionado, levará muitas vezes, à negação da própria justiça.

A redução teleológica visa, pois, restringir o sentido literal da norma de modo a atender o fim reclamado pelo caso concreto posto ao juiz, em prol do equilíbrio e da coexistência dos direitos e garantias fundamentais da Constituição.³⁰³

Roberto Prado Vasconcellos exemplifica o caso de uma ação de indenização em que a prova de determinado dano ocorrido ao patrimônio no interior de uma loja seja apenas constatado mediante a filmagem por uma câmera oculta no recinto, isto é, sem aviso da presença de tal câmera.³⁰⁴ Sob o rigor da norma do inciso LVI do artigo 5º da CF, em tese, tal prova é ilícita porquanto violadora da intimidade alheia. Contudo, levado o caso concreto à apreciação judicial, as circunstâncias irão evidenciar a mitigação de tal preceito, como ser o local de uma loja espaço aberto ao público e que o direito de propriedade em face do ato danoso cometido clama a responsabilidade do agente que agiu sob aquelas condições. Vislumbra-se, portanto, um exemplo de aplicação do artigo 5º, inciso LVI, da CF sob redução teleológica ou interpretação restritiva. Se fosse levado a cabo a aplicação fria e literal de tal preceito em situação específica como esta seria realmente escudar o ofensor de responder por seu ato ilícito sob o argumento de que a sua intimidade foi violada.

Sob o meu ponto de vista, entendo que a prova prospectada, nas condições do exemplo acima, pode ser aceita em juízo, porquanto, neste caso, a proporcionalidade

³⁰² VASCONCELLOS, Roberto Prado. Provas ilícitas (Enfoque constitucional). RT 791 – setembro de 2001, pp. 469- 476.

³⁰³ Idem, ibidem, p. 471.

³⁰⁴ Idem, ibidem, p. 472.

atua entre a ínfima restrição ao direito de privacidade decorrente da omissão do proprietário da loja de não manter o aviso da presença de tal câmera e a violação ao direito de propriedade decorrente do ato danoso ocorrido. Entre as duas infrações, obviamente, a segunda requer prioridade na efetiva reparação.

Todavia, pode ocorrer também o contrário, isto é, em que a interpretação da lei deve ser estendida de modo a ultrapassar sua interpretação literal. Trata-se da aplicação do direito superador da lei, que nas palavras de Roberto Vasconcellos Prado, *apesar de se tratar de uma interpretação extra legem, não deixa de ser intra jus*.³⁰⁵ É o caso do inciso XII do artigo 5º da CF. A restrição ao sigilo das comunicações apenas na hipótese das comunicações telefônicas com a taxativa finalidade de investigação criminal ou instrução processual penal, e, ainda, sob regulamentação de norma infraconstitucional se também aplicada literalmente em todos os casos levaria a desfechos também absurdos. De acordo com o referido inciso, pode-se aniquilar a intimidade e a vida privada de alguém por meio de uma interceptação telefônica autorizada pelo juiz, mas não se pode sob hipótese alguma praticar a mesma diligência se o meio de comunicação for uma correspondência escrita ou comunicação telegráfica ou, ainda, de dados. Um exemplo de tal aberração, já aqui, aventado, mediante a lição de Barbosa Moreira, é a possibilidade legal de prospectar a conversa de traficantes, mediante interceptação de uma ligação telefônica, mas não se esta conversa for veiculada numa folha de papel.

Ainda de acordo com o referido inciso é possível a restrição do sigilo das comunicações telefônicas se o bem jurídico ofendido estiver sob a esfera penal, mas não se o bem jurídico ofendido estiver sob a esfera cível. A restrição imposta circunscrita ao âmbito processual penal deixa sem resposta jurisdicional questões como, por exemplo, o descumprimento do dever legal de fidelidade conjugal quando se tem como única prova a gravação de conversa telefônica de um dos cônjuges com o amante. A aplicação do *direito superador da lei* no contexto do princípio da proporcionalidade também seria necessário de modo que o juiz cível pudesse fazer justiça, porquanto o processo deve ser visto como uma unidade, não havendo distinção de importância entre os bens jurídicos tutelados ou tidos como indisponíveis e tanto no processo penal quanto no processo civil busca-se a verdade substancial.

³⁰⁵ Idem, *ibidem*, p. 473.

É de bom senso jurídico, portanto, que em situações deste tipo possa o juiz estender o alcance da norma, isto é, deferir a admissibilidade da prova obtida, ainda que em desacordo com a privacidade e intimidade, quando somente a prova obtida for capaz de corroborar a reparação pretendida em juízo.

Em suma, dentre as correntes doutrinárias analisadas e com foco no sistema jurídico brasileiro, verifica-se que, atualmente, prevalece uma posição mista, qual seja, a aplicação *a priori* da vedação das provas ilícitas, mas sem ignorar a possibilidade da aplicação do princípio da proporcionalidade com o auxílio das regras de hermenêutica acima mencionadas quando houver a necessidade de ponderação de dois valores e bens jurídicos fundamentais em conflito.

2. Conceito e evolução da teoria da proporcionalidade

A ideia de proporcionalidade como critério jurídico de justa medida e de justa proporção surgiu nos remotos tempos da antiguidade clássica. Os gregos concebiam o direito como regra útil para todos os indivíduos. A utilidade também visada pelos romanos justificava a intervenção do Estado no patrimônio privado. Esta utilidade, contudo, não se dissociava da ideia de que as emanções do Poder Público sobre particulares não poderiam existir sem que houvesse o equilíbrio, a proporção de valores tutelados e a divisão de encargos e recompensas do indivíduo na sociedade. Nesta época transcorriam as concepções da *utilita pública* e de *ius suum cuique tribuire* de Ulpiano, a justiça distributiva da ética aristotélica, a *justitia vindicativa talionica*, o pensamento jurídico filosófico de Dante, Hugo Grócio e outros.³⁰⁶

Em 1802, Von Berg empregou o termo proporcional (*verhältnismässig*) no direito administrativo, segundo o qual a limitação de liberdade justificava-se em prol da atividade policial e administrativa do Estado. Em 1913, a obra sobre aplicação da norma jurídica e proporcionalidade, escrita por Jellinek, destacou-se ao afirmar que o Poder Público não está infenso à vedação da arbitrariedade na aplicação da lei em face dos limites impostos pela Constituição. O Tribunal Constitucional Alemão passou a

³⁰⁶AVOLIO, Luiz Franciso Torquato. Provas Ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 66-67.

entender o princípio da proporcionalidade como estrutura constitucional. A lei deve ser exigível e adequada aos fins pretendidos, de tal forma que o princípio da proporcionalidade impunha, em verdade, limites constitucionais e respeito aos direitos individuais em face do Estado Democrático de Direito.³⁰⁷

Após a Segunda Guerra Mundial, a jurisprudência alemã, no contexto de balanceamento entre direitos individuais e restrições estatais, passou a admitir como exceções as provas obtidas inconstitucionalmente quando a exigência do caráter público sobrepusesse interesse particular ou, ainda, quando o meio empregado possibilitasse a finalidade pretendida. Colocada como se fosse uma espécie de estado de necessidade processual, a prova ilícita seria admitida quando não houvesse outra prova lícita que pudesse corroborar o direito defendido em juízo.³⁰⁸

Na Lei Fundamental de Bonn, de 1949, o princípio da proporcionalidade é reconhecido pela doutrina e jurisprudência como princípio implícito em face do Estado Democrático de Direito.³⁰⁹

O direito alemão influenciou outros Países da Europa a adotar o princípio constitucional implícito da proporcionalidade, como Itália, Portugal, Espanha, Áustria e Suíça.³¹⁰

O princípio da proporcionalidade desenvolvido na Alemanha compunha-se de três subprincípios que norteavam a interpretação da lei e da própria Constituição, como a adequação, a necessidade ou exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Na adequação, o fim colimado pela administração pública devia decorrer do exato preceito normativo; a necessidade ou exigibilidade impunha adoção de medida que causasse menos impacto nos direitos e interesses da coletividade em geral e o subprincípio da proporcionalidade consistia no balanceamento de interesses tutelados, de modo a emergir a proteção do bem jurídico que reputar-se de maior relevância.³¹¹

³⁰⁷ Idem, *ibidem*, p.68-69.

³⁰⁸ Idem. *ibidem*, p.77.

³⁰⁹ SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.80.

³¹⁰ Idem, *ibidem*, p.81.

³¹¹ Idem, *ibidem*, p.87-89.

Nos Estados Unidos, destacou-se a ideia da razoabilidade que, assim como no princípio da proporcionalidade, visava a ponderação entre direitos individuais e coletivos e consecução de interesses Estatais. A Suprema Corte Americana com base na razoabilidade assegurou garantias individuais contra atos policiais de busca e apreensão, assim como vedou a admissibilidade de provas em juízo obtidas de modo ilícito.³¹²

Influenciada pelo direito inglês, a Constituição Americana acolheu o princípio da razoabilidade em face da cláusula do *due process of law* prevista na 5ª e na 14ª emendas.³¹³

No Brasil, o princípio da proporcionalidade também foi acolhido primeiramente pela doutrina do direito administrativo. Concebeu-se, ali, a integridade dos direitos individuais enquanto não se justificasse a sua mitigação em prol dos interesses coletivos e da consecução de fins estatais. Neste contexto, o princípio da proporcionalidade era visto como um princípio constitucional implícito, prescindindo-se de posituação expressa em razão da necessidade da coexistência harmônica e equilibrada de todos os direitos e garantias fundamentais³¹⁴ assegurados na Constituição.³¹⁵

Em 1948, San Tiago Dantas foi o primeiro a debater o tema em que defendeu a inconstitucionalidade de lei *desarrazoada ou caprichosa*. Em 1977, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Representação nº 930, manifestou-se no sentido de que a lei ordinária ao regular o exercício de determinada profissão não pode impor restrições

³¹² AVOLIO, Luiz Franciso Torquato. Provas Ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.72-3

³¹³ SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.82.

³¹⁴ Celso Ribeiro Bastos faz a distinção entre direitos e garantias individuais. "(...) Por garantias individuais, segundo a mesma doutrina, deve-se entender aqueles recursos judiciais, caracterizados por uma mais acentuada celeridade e informalidade processuais, destinados à proteção dos direitos individuais. Exemplificando, a proteção dada pela Constituição à igualdade de todos perante a lei seria um direito, enquanto que o mandado de segurança ou o habeas corpus seriam garantias, visto que são remédios processuais voltados ao asseguramento do próprio direito substancial. A distinção efetivamente procede. Enquanto os direitos individuais asseguram bens da vida (a liberdade, a igualdade, a propriedade), algo, portanto, valioso em si mesmo, fora da técnica jurídica, as chamadas garantias individuais cingem-se ao asseguramento, à proteção jurídica daqueles bens, mas não podem ser valoradas senão a partir do sistema jurídico(...)" Curso de Direito Constitucional, 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 1988, p.232.

³¹⁵ AVOLIO, Luiz Franciso Torquato. Provas Ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais p.69-72.

quanto à capacitação que tolham o judiciário de fazer uma averiguação mais particularizada e constatar se tais restrições são legítimas ou não.³¹⁶

O STF só veio a declarar do modo explícito o princípio da proporcionalidade na ADIN nº 855-2 quando acolheu, liminarmente, a inconstitucionalidade de lei do Estado do Paraná, que impunha obrigação de pesagem de botijões de gás perante os consumidores. Consta da ementa:

*“Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato da eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22 IV e VI (energia e metrologia), 24 e parágrafos, 25, § 2º, e 238, além de violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da argumentação que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade. Liminar deferida.”*³¹⁷

Na Constituição brasileira de 1988, o princípio da proporcionalidade não é expresso, ao contrário, por exemplo, da Constituição Portuguesa que prevê o aludido princípio, como ensina Willis Santiago Guerra Filho ao citar o inciso II do artigo 5º:

*A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*³¹⁸

³¹⁶ SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.91-92.

³¹⁷ Idem, ibidem, p. 93.

³¹⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Celso Bastos, 1999, p.61.

A existência implícita do princípio da proporcionalidade na constituição brasileira evidencia-se dos artigos 1º, *caput*, inciso III e 5º, inciso LIV, que asseguram, respectivamente, o Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana e o devido processo legal. No que se refere ao direito probatório, a proporcionalidade constitucional atua no sentido da conciliação de interesses fundamentais em conflito de modo a assegurar a prova e limitá-la sob critérios legais enquanto não houver a necessidade maior que impeça a satisfação de outro bem jurídico ofendido.

Todavia, não basta apenas que o princípio da proporcionalidade assegure a coexistência harmônica e equilibrada de todos os direitos e garantias constitucionais de modo empírico e axiológico, mas sim também assegure a sua prática mediante procedimento do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

3. A aplicação do princípio da proporcionalidade no conflito entre o direito fundamental à produção da prova e a proibição constitucional da prova ilícita no Direito Brasileiro.

A Constituição Federal Brasileira traz em si certo grau de paradoxo, porquanto ao mesmo tempo em que consagra o direito à prova como direito fundamental ao lado do direito de ação, do direito ao devido processo legal, do direito à ampla defesa e do direito ao contraditório, impõe limitações à prova quando não estiver ela em conformidade do direito material ou processual.

A limitação, *a priori*, é lógica e coerente com os princípios constitucionais, porquanto não seria crível que o juiz pudesse decidir a lide arrimado em provas que contrariassem a lei. Se assim fosse, qual seja, utilizar uma prova em juízo produzida sob qualquer custo, sem restrições e sem formalidades legais o processo passaria a ser instrumento de perpetração de ilegalidades e sem respeito à dignidade, à honra e aos demais valores assegurados à pessoa.

Todavia, o paradoxo revela-se quando entram em rota de colisão o direito fundamental à prova e a vedação da prova ilícita naqueles casos em que a parte não tem outro meio de corroborar seu interesse se não pela produção da própria prova ilícita.

Aqui, portanto, ingressa-se no terreno da avaliação destes direitos fundamentais em conflito.

Na lição de Ada Pellegrini Grinover, o ponto de equilíbrio do dualismo *defesa social- direitos de liberdade*, no contexto do processo penal, assegura o sistema *das liberdades públicas*.³¹⁹

Neste contexto, o inciso LVI do artigo 5º da CF deve ser interpretado de modo sistemático com todos os demais incisos do mesmo dispositivo da Constituição. Nesta avaliação sistemática deverá ser aplicado pelo juiz o denominado princípio da proporcionalidade.

Jorge Miranda afirma que a proporcionalidade sintetiza *uma medida de valor a partir da qual se procede uma ponderação*.³²⁰ Eduardo Cambi afirma que o princípio da proporcionalidade significa o balanceamento dos interesses e dos valores constitucionais em conflito, de modo a sobrepor aquele que seja de maior relevância e que imponha o equilíbrio de valores e interesses assegurados no rol de direitos fundamentais sob *a construção de uma sociedade justa e democrática*.³²¹

O princípio da proporcionalidade permite que o juiz faça o controle da admissibilidade da prova produzida de modo a aceitá-la ou não levando-se em consideração a coexistência e o equilíbrio dos direitos fundamentais da Constituição. Logo, a opção do Constituinte ao preceituar a vedação da prova ilícita não afasta a opção do julgador de admitir e valorar a prova ilícita quando estiver em jogo o conflito dos direitos fundamentais. A quebra do sigilo das comunicações telefônicas ou do sigilo bancário pelo juiz ou, ainda, de outro sigilo assegurado na Constituição, sob caráter absoluto, por exemplo, reside justamente neste critério de valoração, qual seja, sobrepor o interesse na reparação do bem jurídico violado em face do direito à privacidade ou intimidade sem o qual não haveria prestação jurisdicional efetiva e justa.

³¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. As provas ilícitas na Constituição. O Processo em evolução. 1ª edição, São Paulo: Forense Universitária, p.45-46.

³²⁰ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p.216.

³²¹ CAMBI, Eduardo. A prova Civil: Admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 71 - 72.

Não obstante, é importante que se faça, aqui, importante distinção entre os poderes instrutórios do juiz regulados pela lei e outros inerentes à própria aplicação do princípio da proporcionalidade. A prática da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, por exemplo, pressupõe prévia regulamentação legal, primeiro prevista no próprio texto constitucional, no inciso XII, depois, em lei ordinária, qual seja, Lei 9.296/1996. Quando o juiz autoriza a interceptação telefônica, por exemplo, ele o faz com previsão legal. Isto não quer dizer que a proporcionalidade adotada pelo juiz entre o direito pretendido em juízo e o direito à privacidade ou à intimidade apenas operacionalize-se com prévia autorização legal.

O princípio da proporcionalidade, em verdade, atua no campo constitucional, qual seja, o que importa é o balanceamento dos direitos fundamentais em conflito. Logo, poderá o juiz aplicar o princípio da proporcionalidade mesmo que não houver prévia regulamentação legal expressa. È o caso, por exemplo, do sigilo de correspondência. Este é regido no inciso XII do artigo 5º da Constituição como garantia absoluta, isto é, inicialmente inviolável, sem previsão constitucional ou legal de autorização judicial que excepcione a regra geral. Contudo, haverá casos postos no judiciário que o único elemento de prova residirá justamente numa correspondência escrita. Neste contexto, portanto, o balanceamento dos direitos fundamentais em conflito mediante interpretação sistemática dos valores e princípios constitucionais atuará em prol da efetividade do processo, sem necessidade de prévia autorização legal.

Os critérios e limites definidos no Código de processo civil e legislação esparsa infraconstitucional regulam os poderes instrutórios do juiz em consonância com a regra matriz insculpida na Constituição, enquanto que as limitações pontuais do direito à prova preconizada pela Constituição serão avaliadas em razão da interpretação sistemática da própria Constituição, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Arruda Alvim ao abordar a crescente importância do princípio da proporcionalidade nos sistemas jurídicos contemporâneos faz um diagnóstico preciso dos fatores propulsores. Afirma que a amplitude dos poderes instrutórios do juiz, o vazio normativo que se apresenta em determinadas situações ou circunstâncias das relações sociais, os conceitos jurídicos indeterminados constantes da norma e a

necessidade de que os direitos fundamentais da Constituição não arrefeçam ou mostrem ineficiência conclamam a adequação da norma ao caso concreto mediante a postura ativa do juiz. Do mesmo modo, a necessidade de que as decisões judiciais contenham o senso da razoabilidade e não sejam apenas reflexos literais da lei e de que a Constituição seja interpretada de modo a preservar a sua unidade, mantendo viva a coexistência dos bens jurídicos tutelados, contribui para a aplicação cada vez maior do princípio da proporcionalidade na solução dos conflitos postos ao judiciário.³²²

Quanto à interpretação sistemática da Constituição, tal aspecto remonta a questão para a análise de critérios e métodos que conciliem a coexistência harmônica dos direitos fundamentais.³²³

Thiago André Pierobom de Ávila faz profunda explanação sobre a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Segundo o autor, Robert Alexy constatou que os direitos fundamentais da Constituição de um país são suscetíveis de colisão entre si.³²⁴

Segundo Alexy, para a solução do problema do conflito de direitos fundamentais é necessário um sistema de regras, princípios e procedimentos. As regras possuem conteúdo definido e uma vez aplicadas ao caso não há duas ilações; subsumem-se ou não ao caso tratado. As regras em conjunto são excludentes entre si. Todavia, os princípios estabelecem um juízo de valor e de precedência. Eles não são excludentes entre si. Valerá o princípio que se propor a resolver o fim colimado no caso concreto sem excluir outro princípio, mas apenas mitigá-lo. Diante destes conceitos,

³²² ALVIM, José Manoel de Arruda. O principio da proporcionalidade nos quadros da dogmática contemporânea – Análise de alguns casos, recentes e relevantes, da jurisprudência brasileira, em que incide tal princípio. Doutrina Superior Tribunal de Justiça. Edição Comemorativa – 15 anos. Brasília: 2005, p.369-370-381-382.

³²³ Sobre a interpretação sistemática da Constituição Maria Helena Diniz: afirma "(...) As antinomias jurídicas aparecem como elementos do sistema jurídico, cuja construção requer a resolução dos conflitos normativos, pois todo sistema deve e pode alcançar uma coerência interna. Por isso a moderna epistemologia procura racionalizar a atividade científico-jurídica, que deve buscar a coerência lógica, condição necessária do pensamento jurídico. Assim a compatibilidade entre as normas num sistema resulta de um processo interpretativo do jurista. Deve haver uma relação lógica e coerente entre os enunciados normativos conectados pelo cientista do direito. O direito apesar de não ser, convém repetir, um sistema, pode ser estudado sistematicamente pelo jurista, que, por meio de uma operação lógica, procura estabelecer entre as normas certa unidade de sentido. (...)". DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e seus Efeitos. São Paulo: Saraiva, 1989, p.111.

³²⁴ ÁVILA, Thiago André Pierobom. Provas Ilícitas e Proporcionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris.2007, p.7.

Alexy estrutura os direitos fundamentais como uma balança. Antes que as regras ali contidas sejam aplicadas estabelece-se o critério de seleção dos princípios nela contidos. Aquele princípio que melhor equilibrar a balança será selecionado. Neste contexto, a solução de conflito entre princípios estabelece-se mediante um sistema de ponderação que leva a sobreposição de um princípio em relação ao outro em face da necessidade do fim reclamado para a decisão da lide. Os princípios inerentes aos direitos fundamentais transitam numa escala de valoração e de precedência. Valerá mais e se aplicará ao caso concreto aquele princípio que satisfazer o bem jurídico maior a ser tutelado.³²⁵

A teoria de Alexy é compatível com o sistema brasileiro, porquanto o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988 ao não excluir do seu sistema outros princípios que a ele sejam compatíveis e inerentes possibilita uma ampliação e dinamização do sistema normativo de modo a vingar sempre aquele princípio ainda que implícito como critério norteador para aplicação do caso.³²⁶

No sistema constitucional brasileiro, segundo a teoria de Alexy, as restrições aos direitos fundamentais devem compatibilizar-se com a coexistência harmônica e equilibrada dos próprios direitos fundamentais. No caso da inviolabilidade das comunicações telefônicas, por exemplo, a restrição prevista no inciso XII do artigo 5º, implementada por norma ordinária, não pode asfixiar o princípio que garante a privacidade das comunicações telefônicas, mas apenas mitigá-lo em prol de outro interesse passível de proteção pela tutela jurisdicional, justamente em face da ponderação dos direitos fundamentais em conflito. Alexy alude à chamada garantia do conteúdo essencial, que significa a subsistência do princípio mitigado em decorrência da ponderação dos direitos fundamentais em conflito.³²⁷

Neste contexto, o princípio da proporcionalidade nada mais é que um método que visa a ponderação dos princípios constitucionais em conflito pautado na adequação e da necessidade do direito fundamental a emergir diante da solução do caso concreto. A ponderação de princípios visa fazer emergir medidas adequadas à solução do caso que menos agridam o princípio mitigado.

³²⁵ Idem, *ibidem*, p.8-10.

³²⁶ Idem, *ibidem*, p11.

³²⁷ Idem, *ibidem* p.15.

Daniel Sarmento afirma que o conflito de direitos e garantias constitucionais aponta para a formação de uma técnica de ponderação de interesses. Esta técnica visa atribuir peso específico para os princípios em conflito em face das variáveis fáticas determinantes com a finalidade de alcançar o resultado da ponderação efetuada.³²⁸

A identificação do conflito de princípios decorre da análise do caso concreto judicializado. A tarefa de conciliação das normas constitucionais deflui do princípio da unidade da Constituição, que, na lição de Canotilho, citada por Daniel Sarmento, *obriga o intérprete a considerar a constituição em sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão entre as normas constitucionais a concretizar*.³²⁹

A efetiva ponderação de interesses irá justamente transitar entre os valores e pesos dos preceitos em conflito. Daniel Sarmento menciona que na jurisprudência norte-americana as liberdades individuais possuem peso maior que as liberdades econômicas e que no direito brasileiro a liberdade individual possui peso maior do que a segurança pública. Todavia, o peso *a priori* maior estabelecido a um princípio não significa necessariamente a supremacia deste princípio. O que irá realmente nortear os pesos são as determinantes fáticas do caso concreto.³³⁰

As restrições aos interesses em jogo deverão ser submetidas a tríplice dimensão do princípio da proporcionalidade, tais como adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sem olvidar do critério da chamada lógica razoável.³³¹⁻³³²

³²⁸ SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.97.

³²⁹ Idem, ibidem, p.100.

³³⁰ Idem, ibidem, p.103.

³³¹ Sobre a tríplice dimensão do princípio da proporcionalidade e sua correlação com os próprios princípios fundamentais, Robert Alexy afirma: *Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él. El Tribunal Constitucional Federal ha dicho, en una formulación algo oscura, que la máxima de la proporcionalidad resulta "em el fondo ya de la propia esencia de los derechos fundamentales. Em lo que sigue, habrá de mostrarse que esto vale em um sentido estricto cuando las normas iusfundamentales tienen carácter de principio*. ALEXY, Robert. Teoría de Los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.-111-112.

³³² Nicolás Trocker afirma:

Alberto Gosson Jorge Junior afirma, com apoio na obra *Colisão de Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, escrita por Gilmar Mendes, que na escala de valoração e precedência entre os direitos fundamentais o direito à vida tem precedência sobre os direitos individuais, assim como os valores imateriais precedem os patrimoniais e cita, dentre os julgados do STF, a *proibição da farra do boi* em que a norma constitucional que defende os animais contra práticas cruéis (CF, art.215, VII) sobrepôs-se à norma constitucional da proteção e o incentivo de atividades culturais (CF, art. 215,§ 1º).³³³ Todavia, não descarta o autor a opção diferenciada pelo julgador de caso a caso quando colidentes a liberdade de expressão e de crítica e o direito à honra e à intimidade.³³⁴

Lúcio Grassi de Gouveia demonstra, sob o enfoque da ponderação de interesses constitucionais sobre a utilização da chamada *prova ilícita pro societate*, decisões antagônicas entre o STF e o STJ. No caso levado ao Supremo foi carreado aos autos de processo penal material fotografado furtado do domicílio do réu por particular e entregue a polícia que provava o crime de abuso sexual contra menores. Decidiu-se ali que as garantias constitucionais da inviolabilidade domiciliar e da intimidade não poderiam ser frustradas em prol da aplicação indiscriminada do princípio da proporcionalidade. No caso levado ao STJ, ao contrário, foi admitida a prova ilícita *pro*

La prima impressione che si coglie dalla riferita evoluzione giurisprudenziale è quella gravi incertezze cui può dar luogo l'applicazione pratica del principio di proporzionalità. Non stupisce quindi lo scetticismo di coloro che vedono nel principio in questione un parâmetro troppo vago e pericoloso per una soddisfacente sistemazione dei divieti probatori. Indubbiamente esiste il pericolo che nella definizione delle singole fattispecie i giudici si orientino soltanto in base alle particolari circostanze del caso concreto e perdano di vista le dimensioni del fenomeno in generale. Dall'altro lato non sembra però che un'esplicita disciplina normativa delle regole di esclusione possa completamente prescindere da un critério del genere. Pertanto, si tratta piuttosto di precisare i presupposti ed il modo della sua applicazione attraverso una chiara determinazione: a) dei valori in gioco; b) dell'ordine (normativo) delle priorità; c) del canone di proporzionalità (tra mezzo impiegato e fine perseguito) TROCKER, Nicoló. Processo Civile e Costituzione. Problemi Di Diritto Tedesco e Italiano. Milano: Dott.A Guiffré Editore, 1974, p.626-627.

³³³ JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Os Direitos da Personalidade na Constituição Federal. Constituição Federal Após 20 Anos: Reflexões. Org. JORGE JUNIOR, Alberto Gosson; Coltro, Antonio Carlos Mathias; MOREIRA, Eliane Trevisani; ANDRADE, Marcus Vinicius dos Santos. Campinas: Millennium Editora, 2009, p.9-10.

³³⁴ Idem, ibidem, p. 11.

societate sob o fundamento de que a cláusula constitucional invocada não é absoluta e comporta temperamentos.³³⁵

Daniel Sarmento cita trechos destes dois julgados, segundo as quais se revelam que o resultado da ponderação de interesses em conflito, ainda que sejam os mesmos valores, não é uniforme e varia de acordo com a convicção íntima do julgador. Do julgado do STF, RE nº 251.445-GO, constou o seguinte:

*“Cabe ter presente, ainda, que o princípio da proporcionalidade não pode converter-se em instrumento de frustração da norma constitucional que repudia a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos. Esse postulado, portanto, não deve ser invocado indiscriminadamente, ainda mais quando se acharem expostos, a clara situação de risco, direitos fundamentais assegurados pela Constituição, como na espécie ora em exame, em que se decidiu, na esfera do tribunal a quo, que a prova incriminadora dos ora recorridos foi produzida, na causa penal, com ofensa às cláusulas constitucionais que tutelam a inviolabilidade domiciliar e preservam a garantia da intimidade.”*³³⁶

Do julgado do STJ, constou o seguinte trecho:

O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que são inadmissíveis... as provas obtidas por meio de ilícito” não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e pragmática, oferece ao juiz, através da “atualização constitucional” (Verfassungsaktualisierung) base para o

³³⁵ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O Princípio da proporcionalidade e a Questão da Proibição da Produção e Valoração da Prova Ilícita no Processo Civil. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), outubro -2003, vol 7, p.48.

³³⁶ SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 182.

entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranquila. Sempre é invocável o princípio da “razoabilidade” (Reasonableness). O princípio da exclusão das provas ilícitas obtidas (Exclusionary Rule) também lá pede temperamentos.”³³⁷

Sob o meu ponto de vista, quanto ao primeiro julgado, não se pode afirmar que houve preferência injusta à preservação do direito à inviolabilidade domiciliar do criminoso que praticava abuso sexual com menores do que o interesse social de reparação das vítimas deste execrável crime. No caso específico, a invasão de domicílio não se justifica em prol da obtenção da prova porque existiam outros meios legais de que tal prova pudesse chegar à autoridade competente. O princípio da proporcionalidade não pode se transformar na prática de justiça a qualquer custo, ou com as próprias mãos. A meu ver, o princípio da proporcionalidade atua na impossibilidade da parte fazer a coleta da prova lícita por outros meios.

Felipe Augusto Fonseca Vianna aponta duas situações distintas entre si de colisão de princípios fundamentais que diz respeito entre a liberdade de imprensa (art.5º, IV, IX, XIV e 220, §§1º, 2º e 6º, da CRFB) e o direito à intimidade e à vida privada (art.5º, X, da CRFB). Refere-se à hipótese de ação judicial em que o autor pretende a proibição de publicação de determinada matéria com fotos suas, inclusive dentro de sua residência, em que se revela sua homossexualidade. No primeiro exemplo, a pessoa é anônima e não se justifica a violação do direito à intimidade. No segundo, a pessoa é um deputado federal e, tendo como lema de sua campanha eleitoral a família, os bons costumes e a moral, trazer-se a lume a verdade sobre aquele deputado perante o eleitorado, neste caso, a liberdade de imprensa seria mais prioritária do que o direito à privacidade.³³⁸ Não obstante, entendermos que, ainda, na segunda hipótese a informação da vida privada de político que não diga respeito à sua probidade como homem público também não se justificaria, é certo que o autor quis mostrar que o conflito de direitos fundamentais apresenta solução diferenciada aos olhos do julgador,

³³⁷ Idem, ibidem, p.181-182.

³³⁸ VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. Normas de Direitos Fundamentais: Regras, Princípios e proporcionalidade. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas. vol.13, 2012, p.224

ainda quando se trata de mesmos princípios em colisão, como no caso princípio de liberdade de imprensa e o direito à privacidade em face das circunstâncias do caso concreto.

Isaac Sabbá Guimarães traz outro exemplo de colisão de direitos fundamentais, ou pelo menos em tese, qual seja, a liberdade do indivíduo em contraponto com o princípio da segurança pública. Tal questão é colocada quando se discute a constitucionalidade do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, porquanto o preceito legal determina a inafiançabilidade e a vedação da liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas e de crimes equiparados (art. 33, caput, §1º e 34ª 37), ao passo que a Constituição assegura a presunção da inocência, a liberdade física da pessoa, a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal.³³⁹ Entendemos que neste caso a lei editada ajustou-se à proporcionalidade quando estabeleceu critérios em consonância com um dos princípios constitucionais, a segurança pública.

Lenio Luiz Streck afirma haver a denominada dupla face do princípio da proporcionalidade, ou seja, que a doutrina da proibição do excesso também ao revés suscita a proibição deficiente dos direitos fundamentais (isto é, proteção insuficiente de um direito fundamental). Afirma o autor que se a inconstitucionalidade decorre da desproporção entre os meios e o resultado, a inconstitucionalidade também decorre quando o Estado ao ponderar interesses acaba por omitir a aplicação de outro direito fundamental.³⁴⁰

O autor cita o caso julgado pelo Supremo em que o autor do crime de estupro de uma menina de nove anos pretendia a extinção da punibilidade com base no hoje revogado artigo 107, inciso VIII do Código Penal, porquanto vivia em concubinato com a vítima. Sobre a questão formou-se três posicionamentos: um, em favor da aplicação analógica de tal dispositivo; o segundo, defendido pela maioria, contra, porquanto as circunstâncias (estupro de criança com nove anos) impediam reconhecer-se naquele

³³⁹ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. O problema do Conflito de Princípios e a proposta de solução de Alexy: Aproximações Epistêmicas e prático- jurídicas à Máxima da Proporcionalidade E A Prisão Cautelar. Revista Jurídica De Jure, vol.11,jul/ dez 2012,19, p.20.

³⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. Entre Hobbes e Rousseau: A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade (UBERMASSEVERBOT E UTERMASSEVERBOT) E A Proteção de Bens Jurídicos Fundamentais no Âmbito do Direito Penal e Processual Penal. Revista do Ministério Público do Estado do Pará, Ano 1, Volume nº I, Dezembro 2006, p.98.

concubinato os efeitos legais do casamento; e o terceiro propugnou pela inconstitucionalidade de tal preceito penal invocando-se a proibição deficiente dos direitos fundamentais, isto é, aquela norma que previa a extinção de punibilidade não podia se imiscuir e tampouco aniquilar a reparação ao direito à incolumidade física e moral de qualquer cidadão, ainda mais quando se trata de crianças e adolescentes.³⁴¹

Rafael Bezerra Cardoso traz outro exemplo hipotético de colisão de princípios fundamentais, desta feita entre o direito à liberdade e da ampla defesa e o direito à privacidade. O réu, acusado injustamente da prática de crime de estupro, traz nos autos prova de sua inocência consistente numa interceptação telefônica sem autorização judicial em que o verdadeiro estuprador confessa o crime. Caso seja aplicado, aqui, o princípio da proibição do excesso obter-se-á por ponderação de princípios o bem jurídico de maior relevância a ser tutelado.³⁴²

Sob o meu ponto de vista, não se trata apenas de fazer a avaliação de qual é o bem jurídico de maior relevância, ou seja, a liberdade de um inocente ou o respeito à privacidade do estuprador. A meu ver, além deste aspecto é necessário averiguar-se, como já afirmei antes, se não havia, realmente, outro meio de conseguir-se a prova ou ainda, se a providência legal de requerer ao juiz a autorização para interceptação telefônica frustraria a única oportunidade de conseguir aquela confissão.

Quanto à proporcionalidade na produção de provas ilícitas no processo civil não se pode deixar de citar o emblemático caso julgado em 1983 em que foi Relator o Desembargador José Carlos Barbosa Moreira:

“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

³⁴¹ Idem, ibidem, p.99.

³⁴² CARDOSO, Rafael Bezerra Cardoso. O Princípio da Proporcionalidade na CF/ 88. Revista Jurídica. Consulex. Ano XIII, nº 297.31 de maio de 2009, p.65.

*circunstâncias do caso justificam a adoção, pelo outro cônjuge, de medidas especiais de vigilância e fiscalização.”*³⁴³

*(...) Parece ainda longínqua a pacificação das opiniões que se digladiam a propósito do tema. Vai predominando, contudo, a tendência a fugir das soluções radicais, extremas, consistentes em excluir de maneira absoluta a admissibilidade das provas ilegitimamente adquiridas ou em reconhecê-la sem qualquer restrição (cf. por exemplo, ZEISS, Die Verwertung, rechtswidrig erlangter Beweismittel, in Zeitschrift für Zivilprozess, vol. 89, 1976, págs. 377 e segs. especialmente págs. 386 e segs., 398, IV, nº 3). Prefere-se adotar critério mais matizado, que, levando em conta as características do caso concreto, abra ao juiz a possibilidade de balancear os interesses em jogo, de acordo com o chamado “princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeitsprinzip), para admitir a prova, abstraindo de sua eventual origem ilegítima, quando necessário à preservação de valores relevantes que, de outro modo, se veriam injustamente sacrificados (v. Moniz de Aragão. Prova ilegalmente obtida, in Rev. da Assoc. dos Magistrados do Paraná, nº 31, jan. –março de 1983, pág.28)”. (.....)*³⁴⁴

*“(...) Entretanto, em atenção ao mesmo princípio da proporcionalidade a que antes se aludiu, o Juízo a quo só deverá permitir que permaneçam nos autos as transcrições das conversas telefônicas que vier a considerar relevantes para o julgamento. Serão excluídas as que nenhuma relação tenha com a matéria em debate.(...)”*³⁴⁵

Todavia, não se pode deixar de mencionar na análise da aplicação do princípio da proporcionalidade a correlação também impregnada entre proporcionalidade e

³⁴³ Revista Brasileira de Direito Processual. Uberaba, vol. 43, 1-224, 3º trimestre 1984, p. 137.

³⁴⁴ Idem, ibidem, p.137-138.

³⁴⁵ Idem,, ibidem, p.144.

segurança jurídica, assim como a eventual responsabilidade civil decorrente de prova ilícita que não se achar necessária e razoável na utilização no processo.

A correlação, aqui, manifesta-se no sentido de que a aplicação indiscriminada do princípio da proporcionalidade venha a comprometer a segurança jurídica das relações jurídicas decididas pelo Judiciário. Um exemplo claro disto é propugnar-se pela denominada relativização da coisa julgada a pretexto de que a possibilidade de um reexame daquilo que já foi decidido e transitado em julgado comungaria com uma prestação jurisdicional mais equânime e justa. Caso seja certo que tais situações reclamam tal postura, como a possibilidade de revisitar-se a produção da prova, no caso do exame de DNA em ações de investigação de paternidade, nova avaliação do imóvel em desapropriações que resgatem o valor compatível da indenização, a revisão de cálculos abusivos em ações contra a Fazenda Pública, por outro lado também é certo coibir excessos que extrapolem a finalidade da aplicação do princípio da proporcionalidade. Cita-se como exemplo disto a própria prova ilícita produzida em conjunto com outras provas lícitas admitidas no ordenamento jurídico. Nesta situação, não poderá o juiz admitir a prova ilícita, porquanto pode a parte corroborar sua pretensão ou sua defesa com os meios lícitos já produzidos nos autos.

Neste contexto, a prova ilícita que não se revela necessária para salvaguardar o direito pretendido trará outras conseqüências como além de não ser admissível sob o crivo da proporcionalidade implicar a responsabilidade civil contra aquele que a produziu em face da violação aos direitos à intimidade, à privacidade, à honra ou à imagem da parte prejudicada.

Marcos Cesar Pavani Parolin aponta os critérios de aferição da responsabilidade civil decorrente da produção da prova ilícita produzida no processo penal, tais como: *ilicitude da prova; o momento processual da prova e juízo de admissibilidade; o caráter essencial da prova criminal; e quociente de eficiência da prova.*³⁴⁶

³⁴⁶ PAROLIN, Marcos Cesar Pavani. Responsabilidade Civil Na Produção da Prova. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 156.

Em outras palavras, significa que se a prova não se revelar proporcional à restrição imposta aos direitos de personalidade poderá a parte que se sentiu prejudicada pleitear indenização por danos morais.

Em suma, a admissibilidade da prova ilícita sob o balanceamento de pesos e valores que mantenha a coexistência equilibrada e harmônica dos direitos fundamentais propulsionará a efetividade do processo naqueles casos em que se não for admitida aquela prova ilícita produzida não terá o autor ou o réu outro meio de satisfazer o seu direito subjetivo material reclamado ou contestado, levando-se em consideração que os critérios de valoração e precedência não são uniformes no balanceamento dos princípios fundamentais em conflito, dependendo de determinantes fáticas e que a desproporção da prova ilícita produzida poderá engendrar indenização por danos morais por aquele que se sentiu lesado pela produção da prova.

4. A dignidade da pessoa humana como critério de ponderação

A Constituição Federal brasileira de 1988 ao consolidar a estrutura jurídica do Estado Democrático de Direito estabeleceu como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana ao lado dos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa, da erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais.

A ideia adotada na Constituição brasileira foi de transmutar a dicotomia clássica do direito público e privado, de modo a ampliar os direitos e garantias individuais e contextualizar em nível constitucional relações jurídicas até então adstritas do direito privado e da normatização infraconstitucional, como o direito à privacidade, o direito à imagem, o direito à intimidade, o direito à igualdade entre os cônjuges, a proteção ao direito de propriedade, a proteção ao direito do consumidor, a proteção aos direitos do trabalhador, a proteção à criança ao adolescente e a proteção ao direito ambiental.

Carlos Roberto Siqueira Castro afirma que a Constituição atual não está infensa de posicionar-se sobre as atuais questões emergentes do cenário pós-moderno como o transplante de órgãos, o aborto, a eutanásia, a manipulação genética, a clonagem

de células e a interferência do genoma humano, entre outras concernentes ao avanço tecnológico que interferem direta ou indiretamente o ser humano.³⁴⁷

O mesmo autor afirma que os princípios engendrados na Constituição, como, por exemplos, os princípios da livre concorrência e o da busca do pleno emprego, o da propriedade privada e o da redução das desigualdades regionais e sociais, erigidos como diretrizes da ordem econômica, ainda que tragam entre si contradições de cunho ideológico, todos em conjunto visam a ampliar a dimensão social do papel do Estado.³⁴⁸

A constitucionalização de direitos individuais e sociais que aumenta significativamente a responsabilidade social e governamental leva a uma preocupação cada vez mais relevante: o de tornar efetivo e pragmático os direitos ali positivados, ainda que estes estejam entrelaçados como viés ideológico contraditório.

Neste contexto, a dignidade da pessoa humana prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, erige-se como princípio nuclear da ordem jurídica e como fundamento “*supralegal*” em que irá prevalecer não apenas o regramento infraconstitucional frio, técnico e instrumental das relações jurídicas, mas sim a proteção em último grau do indivíduo, do seu bem estar social e a dos valores imateriais e de personalidade dele integrantes.

O aludido princípio, ainda que traga em si conceito jurídico indeterminado, traduz um preceito normativo de proteção à vida, à integridade física e moral do indivíduo e de seus bens materiais e imateriais que está diretamente conectado com os direitos fundamentais arrolados na Carta Magna de 1988.

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que o princípio da dignidade humana possui *índole dúplice defensiva e prestacional*, isto é, atua como limite dos poderes estatais em relação à comunidade em geral no sentido de que a pessoa não pode ser reduzida como objeto da ação própria e de terceiros que a exponham sob graves ameaças e ao mesmo

³⁴⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: O Princípio dos Princípios Constitucionais, Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello, São Paulo: Malheiros Editores Ltda, abril de 2006, p. 176.

³⁴⁸ Idem, *ibidem* p.177.

tempo funciona como prestação de deveres estatais implementando condições concretas garantidoras desta dignidade.³⁴⁹

Entretanto, a dignidade da pessoa humana não é só princípio matriz de todos os outros princípios constitucionais, mas também princípio fonte que servirá de fundamento para solução de uma reparação sofrida ou ameaça de lesão ou, ainda como critério de ponderação de interesses e direitos fundamentais conflitantes quando esgotadas todas as fontes normativas ou estas entre si colidentes.

Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet, com apoio em Ernst Benda afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana *constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional)*.³⁵⁰

O caráter jurídico-normativo da dignidade da pessoa humana vem sendo reconhecido pelo STF como ápice do sistema constitucional e assecuratório de todos os demais de direitos e garantias fundamentais da Constituição. Sobreleva notar também que o princípio funciona também como critério de interpretação do sistema constitucional e contribui para a implementação do denominado mínimo existencial.

Neste contexto, não é demais afirmar que o ponto de coalisão de todos os direitos fundamentais centraliza-se no princípio da dignidade da pessoa humana. Havendo o confronto dos direitos fundamentais, já acima assinalado, não haverá dúvida que o balanceamento pelo julgador dos interesses em conflito direcionar-se-á pelo bem jurídico de maior relevância, que por sua vez, estará mais próximo do princípio matriz de todo o sistema constitucional.

Daniel Sarmento afirma:

“Assim, a dignidade da pessoa humana afirma-se como o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses

³⁴⁹ SARLET, Ingo Wlfogang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais Na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Uma Análise Na Perspectiva da Doutrina e Judicatura do Ministro Carlos Ayres Britto. Direitos Fundamentais em Construção. Estudos em Homenagem ao Ministro Carlos Ayres Britto. coord. Bertoldi, Márcia Rodrigues; Oliveira, Kátia Cristine Santos de, Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 241.

³⁵⁰ Idem, ibidem, p.245.

constitucionais. Ao deparar-se como uma colisão concreta entre princípios constitucionais, tem o operador do direito de observada a proporcionalidade, adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove.” ³⁵¹

Todavia, Daniel Sarmento assinala que o STF, no julgamento de ação de investigação de paternidade, em que o réu foi conduzido coercitivamente pelo juízo de primeiro grau ao exame de DNA, ao fazer a ponderação entre o direito à intangibilidade física do réu e o direito do investigador sobre a ciência da ascendência biológica, optou pelo primeiro, apesar de dois votos vencidos. No HC nº 71.374-4, foi assim proferida a ementa:

“Investigação de Paternidade – Exame DNA – Condução do Réu “Debaixo de Vara”. Discrepa a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ”debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico- instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos” ³⁵²

Registra-se, todavia, o voto vencido do Ministro Rezek:

“Nesta trilha, vale destacar que o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante, como no caso de vacinação, em nome da saúde pública. Na disciplina civil da

³⁵¹ SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 74.

³⁵² Idem, ibidem, p. 184.

família o corpo é, por vezes, objeto de direitos. Estou em que o princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público...

Lembra o impetrante que não existe lei que o obrigue a realizar o exame. Haveria, assim, afronta ao artigo 5º - II da CF. Chega a afirmar que sua recusa pode ser interpretada, conforme dispõe o artigo 343 - § 2º do CPC, como uma confissão (fls.6). Mas, não me parece, ante a ordem jurídica da república neste final de século, que isto frustre a legítima vontade do juízo de apurar a vontade real. A lei nº 8.069/90 veda qualquer restrição ao reconhecimento do estado de filiação e é certo que a recusa significará uma restrição a tal reconhecimento. O sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigante, bem assim a certeza que a prova pericial pode proporcionar ao magistrado. »³⁵³

Sob o meu ponto de vista, entendo que o voto vencido do Ministro Rezek está com a razão. O direito do investigante de saber qual pessoa é o seu genitor prioriza-se não apenas em razão da importância do bem jurídico postulado, mas sim em razão da impossibilidade de obter-se tal constatação senão pelo exame de DNA. A mera presunção processual da ser o investigado pai em razão de não ter procedido voluntariamente ao referido exame não satisfaz aquele que anseia do judiciário a prestação jurisdicional que traga à tona a verdade substancial, ainda mais quando se trata de um direito indisponível.

Em suma, o princípio da dignidade da pessoa humana está intrinsecamente conectado com o equilíbrio e a harmonia dos direitos fundamentais, pois, como princípio matriz de todo o sistema constitucional atuará sempre em prol da manutenção da unidade da Constituição, não obstante, conforme visto, no juízo de ponderação de interesses nem sempre prevalecer a pretensão quando confrontada com os direitos à privacidade, à intimidade ou à incolumidade física.

³⁵³ Idem, ibidem, p.186.

5. O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal

Conforme já visto, o princípio da proporcionalidade configura-se na Constituição atual brasileira como princípio implícito norteador da coexistência equilibrada e harmônica de todos os demais princípios constitucionais fundantes do sistema de direitos e garantias individuais e sociais. Logo, está ele estreitamente relacionado com os próprios princípios fundamentais, especialmente, com aqueles que delineiam as bases do processo judicial válido, regular e justo. José Joaquim Gomes Canotilho afirma que um princípio fundamental pode estar expresso ou implícito na Constituição.³⁵⁴

No direito norte-americano, por exemplo, o princípio da proporcionalidade não está positivado, expressamente, na Constituição, mas emerge da própria cláusula do devido processo legal constante das Emendas nº 5 e 14, em que se assegura ali não haver intromissão estatal sem a existência de processo judicial à vida, à propriedade e à liberdade.

Na Constituição brasileira, conforme já mencionado, a demonstração de que os direitos fundamentais devem coexistir de forma harmônica e equilibrada evidencia-se também do artigo 5º, inciso LIV, que assegura o devido processo legal, que na acepção substancial visa uma decisão não apenas com segurança jurídica, mas também justa com a satisfação plena do direito subjetivo material pretendido.

Ada Pellegrini Grinover afirma:

“A tutela constitucional do processo ou a constitucionalização do direito cívico de ação não bastam para configurar o devido processo legal. Como vimos, o processo é instrumento de atuação da Constituição e o binômio processo-Constituição constitui não somente garantia de justiça, como também garantia de liberdade.

³⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5ª edição. Coimbra: Libreria Almedina, 1991, p.177.

*O direito não deve ficar à mercê do processo, nem sucumbir diante da inexistência ou insuficiência deste”.*³⁵⁵

Neste contexto de binômio processo-constituição como concretização do direito e da justiça a proporcionalidade e o devido processo legal, sobretudo, na acepção substancial, estão intimamente conectados, o que vale afirmar que o princípio da proporcionalidade equivale a um princípio próprio com todas as feições de um princípio fundamental, da mesma forma que outros princípios constitucionais. Sob esta ótica, o princípio da proporcionalidade constitui-se, portanto, como direito fundamental.

Esta conexão entre o princípio da proporcionalidade e o devido processo legal evidencia-se quando são cotejados o *due process of law* com os subprincípios da proporcionalidade, quais sejam: o da adequação, o da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Este representa em síntese a correspondência entre o fim colimado pela norma e o preceito contido na própria norma, ao passo que a adequação e exigibilidade pressupõem o meio apto e exigível, qual seja, menos gravoso, para se assegurar o resultado pretendido com a subsunção da norma ao caso concreto.

Neste viés, a tríplice dimensão do princípio da proporcionalidade reflete uma faceta do próprio devido processo legal substancial que é o de garantir o transcurso do processo judicial com uma decisão que mais se aproxime do senso de justiça e de efetividade.

Willis Santiago Guerra Filho afirma que o princípio da proporcionalidade posiciona-se como um princípio constitucional.³⁵⁶ O princípio da proporcionalidade ao lado dos princípios do devido processo legal, da isonomia e da dignidade da pessoa humana, atua como cláusula supralegal pétrea que, não obstante, figurar de modo implícito na Constituição e, ainda, sob conceito jurídico indeterminado, notabiliza-se pela função equitativa de aproximar a lei às peculiaridades do caso concreto.

³⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. As Garantias Constitucionais do direito de ação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1973, p.64.

³⁵⁶ Idem, ibidem, p.269.

Carlos Roberto Siqueira Castro afirma que assim como as garantias do devido processo legal e da igualdade foram os baluartes da abertura constitucional do direito norte-americano, o princípio da proporcionalidade notabiliza-se pela função de ajustar a norma às necessidades do caso concreto.³⁵⁷

Carlos Roberto Siqueira Castro assinala, ainda, que a doutrina digladiava-se em torno da fonte do princípio da proporcionalidade. A primeira corrente afirma que o princípio deriva do devido processo legal substancial ao lado do princípio da razoabilidade; a segunda que decorre do Estado Democrático de Direito; a terceira que o princípio da proporcionalidade é uma expressão do princípio da razoabilidade; a última que o princípio da proporcionalidade não decorre do Estado Democrático de Direito, mas sim de fonte germânica, ao passo que o princípio da razoabilidade decorre de fonte anglo-saxônica.³⁵⁸

O mesmo autor destaca também o posicionamento doutrinário quanto às distinções entre razoabilidade e proporcionalidade: que para um segmento a distinção entre proporcionalidade e razoabilidade não só se justifica em virtude da origem, mas sim do conceito; que a proporcionalidade é o balanceamento entre bens jurídicos decorrentes de princípios em rota de colisão, ao passo que a razoabilidade seria *a congruência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada*; ou ainda que a proporcionalidade é um princípio supralegal de harmonização de princípios constitucionais, ao passo que a razoabilidade é critério de equivalência de grandezas.³⁵⁹

Mas, de volta à questão do princípio da proporcionalidade ser nascedouro do devido processo legal, nosso ponto de vista é no sentido que o princípio da proporcionalidade revela-se como uma faceta do devido processo legal.

O devido processo legal constitui-se o mega princípio constitucional e dele decorrem todos os demais princípios, como do contraditório, da ampla defesa, do juiz e promotor natural, da publicidade, da motivação das decisões judiciais, da amplitude probatória limitada à proibição da admissibilidade de provas ilícitas. Não obstante esta

³⁵⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da proporcionalidade. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.198.

³⁵⁸ Idem, ibidem, p.201-202.

³⁵⁹ Idem, ibidem, p.203.

última estar ali albergada, o devido processo legal abrange também o direito de ação ou o acesso à justiça, a perda da liberdade e dos bens, depois de transcorrido processo judicial válido e regular com o trânsito em julgado da sentença e a inafastabilidade da jurisdição, o que equivale afirmar que nenhuma lesão ou ameaça de lesão ficará sem a proteção e a resposta do Estado.

O devido processo legal enfatiza-se também pela observância de garantias em favor do acusado no processo penal, tais como: presunção da inocência (art. 5º, LVIII, da CF); proibição da identificação datiloscópica de pessoas identificáveis civilmente, ressalvadas as hipóteses legais (art.5º, LVIII da CF); indenização por erro judiciário e prisão além dos limites condenatórios (art.5º, inciso LXXV da CF); proibição de prisão antes do trânsito em julgado da sentença, salvo em casos de flagrante delito ou por ordem de autoridade judicial competente sob hipóteses taxativas em lei (art. 5º, LXI da CF); proibição da incomunicabilidade do preso, direito ao silêncio do acusado e de assistência do defensor e da família (art. 5º LXIII da CF); direito à liberdade provisória com ou sem fiança sob hipóteses legais (art. 5º, LXV da CF); e direito à identificação dos responsáveis pela prisão ou interrogatório (art. 5º, LXIV da CF).

Cândido Rangel Dinamarco afirma que o devido processo legal, como o conjunto de garantias constitucionais asseguram duas vertentes: *“que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e de outro legitimam a própria função jurisdicional.”*³⁶⁰

Arturo Hoyos destaca a função do devido processo legal como proporcionar processo justo.³⁶¹

Bidart assinala que o processo assegura a efetividade do direito como garantia constitucional.³⁶² Equivale concluir que o processo não se resume apenas como instrumento técnico, mas também como instrumento de caráter constitucional de disseminar a segurança jurídica e a justiça nas relações sociais.

³⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de. Teoria geral do processo São Paulo: Malheiros, 1998, p. 50.

³⁶¹ Apud. PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. O princípio da proibição das provas ilícitas e os direitos fundamentais. Revista Jurídica. Ano 50 – Novembro de 2002 – nº 301, p. 66.

³⁶² Idem, ibidem, p. 67.

Enfim, neste amplo leque de vertentes, o princípio do devido processo legal representa o alicerce de todos os demais princípios, que asseguram direitos e garantias fundamentais e, sobretudo, no aspecto probatório representa o equilíbrio da balança havendo como pêndulo central o princípio da proporcionalidade.

6. O princípio da proporcionalidade, o contraditório e a ampla defesa

Na explanação sobre o princípio da proporcionalidade em face dos direitos e garantias fundamentais não se pode deixar de fazer menção sobre a dicotomia proporcionalidade e contraditório.

O princípio do contraditório, ainda que seja um desdobramento também do devido processo legal, possui traço específico quando destina-se justamente assegurar a ciência bilateral de todos os atos processuais. Tanto assim que o *due process of law* do sistema common law não prescinde do *notice* e tampouco do *hearing*.³⁶³

Logo, o ponto de conjugação entre a proporcionalidade e o contraditório manifesta-se, justamente, a nosso ver, pela possibilidade da parte adversa tomar ciência de determinado ato antes do juiz aplicar o princípio da proporcionalidade na sentença ou mesmo nas decisões interlocutórias.

7. A proporcionalidade, a efetividade do processo e os poderes instrutórios do juiz

O princípio da proporcionalidade ao revelar-se como mecanismo regulatório do equilíbrio e harmonia dos direitos fundamentais da Constituição atua em prol de um processo judicial efetivo e justo.

João Batista Lopes afirma que o princípio da proporcionalidade tem estreita relação com a efetividade do processo, porquanto ao aplicá-lo estará *o juiz concedendo*

³⁶³ Neste sentido, Vincenzo Vigoritti afirma que o *due process of law* processual sintetiza-se como “o direito de agir e defender-se, entendido como possibilidade concreta e efetiva de desenvolver um mínimo de atividade jurisdicional, instaurando e participando do contraditório. *Apud* Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p.565.

a adequada proteção ao direito e atendendo aos escopos do processo.³⁶⁴ O autor, ainda, dá alguns exemplos de correlação existente entre proporcionalidade e efetividade, tais como: a) indenização por dano moral, em que o valor da indenização deverá ser equidistante entre a reparação à honra do ofendido e o patrimônio do agressor; b) execução de prestação alimentícia, na qual deverá equilibrar-se, sob as palavras do autor, “entre a garantia de subsistência ou integridade física do exequente e o direito de liberdade do executado”; c) antecipação de tutela, na qual se assegurará a reversibilidade do provimento antecipado, nos termos do artigo 273, § 2º do CPC; ou, ainda, em situações excepcionais, quando o direito à vida esteja comprometido, o juiz poderá conceder a tutela antecipada, sobrepondo este direito à regra da reversibilidade dos efeitos da tutela, como acontece naqueles casos em que se faz necessária, com urgência, uma cirurgia em que não foi autorizada pelo plano de saúde.³⁶⁵

Leonardo José Carneiro da Cunha, também afirma que o princípio da proporcionalidade atua em prol da efetividade da antecipação de tutela quando do balanceamento entre o “risco de perecimento de um direito provável e, de outro lado, o perigo de irreversibilidade de um direito menos provável.”³⁶⁶

Logo, a obtenção do resultado efetivo do processo está diretamente conectado com os poderes instrutórios do juiz. A moderna doutrina do direito processual não mais concebe o juiz como mero espectador que assiste as partes como protagonistas da obtenção da prova. A evolução histórica do direito processual migrou daquela concepção estática da figura do juiz para uma figura participativa e interessada na obtenção da verdade real e não apenas formal decorrente do desenrolar dos atos processuais.

Humberto Theodoro Júnior explica muito bem esta evolução. Afirma que, até a primeira metade do século XX, o juiz julgava apenas com os fatos alegados e provados pelas partes, não podendo ele participar da produção de provas por sua iniciativa. A partir de então evoluiu-se em prol da formação de um processo judicial que não fosse só

³⁶⁴ LOPES, João Batista. Princípio da Proporcionalidade e Efetividade do processo civil. Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão: coord. Luiz Guilherme Marinoni, edição de 2006: Revista dos Tribunais Ltda, p. 135.

³⁶⁵ Idem, ibidem, p.137-138.

³⁶⁶ CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. Notas sobre o Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil. Revista Dialética de Direito Processual(RDDP), vol.34,janeiro,2006, p78.

instrumental da composição da lide, mas que também alcançasse a justiça almejada pelas partes. No direito processual brasileiro, o juiz pode ter uma postura mais ativa, em busca de verdade substancial e não apenas formal, sob a conjugação dos princípios dispositivo e inquisitivo. O julgador participa da produção de provas, não de modo a substituir as partes, mas de forma integrativa e supletiva.³⁶⁷

Luciana Amicucci Campanelli afirma que a publicização do processo posiciona o julgador como figura ativa quanto à iniciativa da produção de provas.³⁶⁸ Afirma, ainda, a autora que o atual Código de Processo Civil, especialmente os artigos 125, 130, 131, 330, 342 e 420 propiciam uma conjugação de princípios dispositivo e inquisitivo, segundo a qual a mitigação do princípio dispositivo puro permite ao juiz maior investigação probatória e poder diretivo para a busca da verdade real.³⁶⁹

Diogo Assumpção Rezende de Almeida afirma que os poderes instrutórios do juiz devem atuar de modo equilibrado, não sob a inércia do modelo adversarial e tampouco do ativismo judicial exacerbado do modelo inquisitorial. O papel do juiz ativo não é o de substituir as partes, mas sim de integrar-se a elas na prospecção da verdade dos fatos controvertidos.³⁷⁰

José Roberto Santos Bedaque afirma que a admissibilidade da prova ilícita em prol da descoberta da verdade substancial deverá decorrer da ponderação dos interesses em conflito dentre a amplitude dos poderes instrutórios que a lei confere ao juiz.³⁷¹

Neste contexto, portanto, sob a concepção de que detém o juiz poderes instrutórios ampliados a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo próprio julgador coloca-se como um dos poderes de ofício apto a possibilitar o transcurso da fase instrutória com o maior grau de efetividade do processo.

³⁶⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. O Processo Justo: o Juiz e seus Poderes Instrutórios na Busca da Verdade Real. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), novembro de 2009, vol 80, p.72.

³⁶⁸ CAMPANELLI, Luciana Amicucci. Poderes Instrutórios do Juiz e a Isonomia Processual. 1ª edição, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006, p.66.

³⁶⁹ Idem, ibidem, p.67.

³⁷⁰ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Insuficiência Probatória. Ônus da Prova e Poderes Instrutórios do Juiz. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), vol.96, março de 2011, p.19.

³⁷¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p.98-99.

Daniel Penteado de Castro faz interessante explanação sobre o princípio da proporcionalidade no contexto dos poderes instrutórios do juiz. Afirma, em síntese, que o princípio da proporcionalidade, inserido dentre a amplitude dos poderes instrutórios, auxiliará o julgador em situações como: a iniciativa probatória de ofício, sem comprometer a imparcialidade no processo e não subverter os limites da litiscontestação; a inversão do ônus da prova, buscando-se a iniciativa da prova da parte que possua maiores condições produzi-la, (teoria dinâmica do ônus da prova); a aplicação das máximas de experiência em que se confrontará o *juízo de aproximação de certeza* e o *juízo de probabilidade* e, ainda, a possibilidade da admissibilidade da produção de prova ilícita.³⁷²

Todavia, tratando-se de provas ilícitas, a tarefa instrutória do juiz não se revela simples, em face da proibição expressa da utilização destas no processo, conforme o artigo 5º, inciso LVI da CF.

A amplitude dos poderes instrutórios não pode ser vista como algo discricionário, mas sim sob critérios e limites decorrentes não só da própria aplicação do princípio da proporcionalidade, mas também do sistema jurídico.

Segundo, ainda, Daniel Penteado de Castro, o primeiro passo é o juiz identificar se a produção da prova acarretará colisão com os princípios fundamentais da Constituição; o segundo é verificar se não existem outros meios lícitos de prova que possa a parte utilizar para corroborar seu interesse defendido em juízo; o terceiro é avaliar a admissibilidade da prova ilícita levando-se em consideração a correspondência lógica entre os meios e os fins de modo que a aquela prova, ainda que ilícita, cause o menor atrito ou o menor prejuízo; e o último é verificar se o bem jurídico colimado com a prova ilícita seja de maior relevância do que princípio fundamental agredido com aquela prova ou se o malefício da prova ilícita teve repercussão maior que o bem jurídico defendido em juízo.³⁷³

³⁷² CASTRO, Daniel Penteado. Poderes Instrutórios do juiz no Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 258-262.

³⁷³ Idem, ibidem, p. 262 - 264.

Susana Henriques da Costa traz o dissenso da doutrina e jurisprudência quanto à admissibilidade da prova ilícita quando for esta a única prova trazida aos autos. Afirmar que enquanto para uma corrente o juiz não pode se abstrair de admitir e valorar a prova ainda que produzida em desacordo com a norma jurídica, quando esta prova for imprescindível para a solução da lide, para outra a admissibilidade de tal prova ensejaria estímulo ao ato ilícito.³⁷⁴

A jurisprudência do STF e do STJ entende que a prova ilícita quando esta for a única existente nos autos contamina o processo de nulidade. Se, todavia, concorrem diversas provas lícitas dentre uma ilícita não se anula o processo em face da exceção da fonte independente.³⁷⁵

Sob o meu ponto de vista, conforme já salientei, em diversas oportunidades, a prova ilícita que for a única existente nos autos deverá ser avaliada detidamente pelo juiz. Se realmente for constatado que não havia outro meio de prova lícito que a parte poderia valer-se no processo creio que o juiz poderá aceitar a prova ilícita nos autos, sob a aplicação do princípio da proporcionalidade. Caso seja constatado que poderia a parte valer-se de outro meio de prova, então, aquela prova ilícita prospectada nos autos deverá ser declarada inexistente e desconsiderada como elemento com força probante.

Quanto à possibilidade de prova emprestada decorrente de interceptação telefônica autorizada pelo juiz do processo penal ao processo civil ainda, que a Constituição restrinja a finalidade da interceptação para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, Daniel Penteado de Castro mostra-se favorável em face da aplicação do princípio da proporcionalidade, de modo a considerar esta prova emprestada como atípica do artigo 332 do CPC.³⁷⁶

Quanto à iniciativa probatória de ofício do juiz na produção de uma prova ilícita, afirma o autor que o preceito do artigo 5º, inciso LVI, da CF não propicia tal conduta de ofício.³⁷⁷

³⁷⁴ COSTA, Susana Henriques da. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. Revista do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 133, Ano 31, março de 2006, p.101

³⁷⁵ Idem, p.102.

³⁷⁶ CASTRO, Daniel Penteado, op. cit., p.268.

³⁷⁷ Idem, ibidem, p. 269.

Resta saber em que momento o juiz, dentre os poderes instrutórios que possui, avaliará a admissibilidade ou não da prova ilícita.

Humberto Theodoro Júnior leciona que a doutrina divide o princípio da livre admissibilidade da prova em três aspectos: a) quanto ao momento da proposição, admissão e produção da prova; b) quanto aos meios de produção da prova; e c) quanto ao objeto da prova.³⁷⁸

Quanto ao momento de proposição, admissão e produção da prova, é importante distinguir tais momentos das provas constituídas e constituendas. As provas constituendas, que serão produzidas após a parte requerer e o juiz deferir, como por exemplo, provas testemunhais, a licitude da prova será avaliada quando a rigor, do seu requerimento, não sendo, todavia, empecilho para o juiz reavaliá-la no momento da sentença. Quanto às provas constituídas, que já estão prontas antes da formação do processo, como por exemplo, os documentos, não há três momentos, proposição, admissão e produção, mas tão somente dois, proposição e admissão. Aqui, o juiz avaliará a licitude da prova após a juntada dos documentos nos autos. Desta forma, verifica-se que a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo juiz ao admitir uma prova ilícita como força probante nos autos variará de momento em razão das prova ser constituenda ou constituída.

Em suma, a eventual admissibilidade da prova ilícita no processo decorre dos amplos poderes instrutórios do juiz, assim como a iniciativa probatória de ofício, a possibilidade de inversão do ônus da prova buscando-se a iniciativa da prova da parte que possua maiores condições produzi-la, (teoria dinâmica do ônus da prova). Todavia, não poderá agir o juiz de ofício quando a prova for ilícita, porquanto aqui dependerá o juiz da iniciativa da parte.

³⁷⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. O Processo Justo: o Juiz e seus Poderes Instrutórios na Busca da Verdade Real. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), novembro de 2009, p.81.

8. A aplicação do princípio da proporcionalidade na admissibilidade da prova ilícita no projeto do código de processo civil e sua constitucionalidade

O artigo 257 da redação original do projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, referente ao Novo Código de Processo Civil, suprimido pelo substitutivo já aprovado, dispunha:

“Art. 257”. As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar fatos em que se funda a ação ou a defesa e influir eficazmente na livre convicção do juiz.

Parágrafo único. “A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais.”

Não obstante tal redação haver sido suprimida no substitutivo apresentado pelo Senador Valter Pereira, por tudo aqui que já foi exposto, partilhamos do entendimento de que o referido artigo 257 encontrava nítida recepção pela Carta Magna.

Conforme já dissertado, o princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional implícito, de modo a manter os direitos fundamentais coexistentes de forma harmônica e equilibrada em face disposto nos artigos 1º caput, 1º, inciso III e artigo 5º, inciso LIV, da CF que asseguram, respectivamente o Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, e devido processo legal.³⁷⁹

Não é demais repetir que a contradição de princípios decorrentes do conflito de direitos e garantias constitucionais aponta para a formação de uma técnica de ponderação de interesses, que ajustará a norma ao interesse de maior relevância.

O princípio da proporcionalidade, ao lado dos princípios do devido processo legal, da isonomia e da dignidade da pessoa humana, atua como cláusula supralegal

³⁷⁹ Idem, ibidem, p.21.

pétrea que, não obstante não figurar de modo explícito, e ainda, sob conceito jurídico indeterminado, notabiliza-se pela função equitativa de aproximar a lei às peculiaridades do caso concreto.

A proporcionalidade não se posiciona só ao lado do devido processo legal, do contraditório, da dignidade da pessoa humana, mas também da amplitude dos poderes instrutórios do juiz brasileiro. A descoberta da verdade real pelo juiz em face dos atuais poderes instrutórios que a lei lhe confere deverá decorrer da ponderação entre os princípios constitucionais colidentes, ao ponto que o juiz decida sobre a adequação, necessidade e efetiva proporcionalidade da produção da prova ilícita.

9. A Jurisprudência atual brasileira sobre a admissibilidade da prova ilícita no direito processual civil

A jurisprudência, sob o aspecto geral, não é unânime na escolha de uma determinada corrente. Oscila-se entre a interpretação literal do preceito inserido no inciso LVI do artigo 5º da CF, assim como a inviolabilidade da intimidade e da privacidade dentre os direitos fundamentais³⁸⁰ e a mitigação do mesmo preceito em

³⁸⁰ O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já decidiu: “PROVA FONOGRÁFICA – ART. 5º - Inc. LVI – CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI da Constituição). Sendo invioláveis a intimidade e a vida privada, bem como o sigilo das comunicações, não se admite a prova obtida pela violação telefônica em conversa de terceiros, ainda que se cuide de um dos cônjuges.”

No Superior Tribunal de Justiça, decidiu-se: “O processo visa a projetar a verdade real. Admissível, por isso, qualquer prova. A Constituição da República registra apenas uma ressalva: quando obtida por meios ilícitos (art. 5º, LVI)”

No julgamento do HC 69. 912 -0 -RS, o STF, em que foi Relator Ministro Sepúlveda Pertence, assim entendeu: “(...)Por isso, de minha parte, não iria além de conceder que a admissão da prova ilícita só não induz nulidade, quando irrelevante por seu objeto ou, então, quando se pudesse afirmar seguramente que outras provas, colhidas independentemente da existência daquela prova proibida, bastariam a condenação.”

O STF já decidiu: “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 sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse da sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se 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 artigo 5º, inciso LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. (STF, Ação Penal 307- 3 DF, Plenário, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, 13 out.; RTJ 162/ 03-340. In: MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 8 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.119).

razão da aplicação do princípio da proporcionalidade, ou, ainda, conferindo-se licitude às escutas telefônicas.³⁸¹

Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a uma pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal Federal. II Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art.5º, LVI): considerações gerais. 2 Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art.5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: consequente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, a vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. (...)” (HC 80.949 – RJ –rel.Min. Sepúlveda Pertence – j. 30.10.2001 – 1ª T. Dj.14.12.2001

³⁸¹ Neste sentido, já decidiu o STJ, conforme aresto abaixo: “*Penal Processual. Gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores. Prova lícita. Princípio da proporcionalidade. Habeas corpus. Recurso. 1 A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. 2 Pelo princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade. 3. Precedentes do STF. (RHC 7216-SP, STJ, 5ª T., rel. Min. Edson Vidigal, DJ 25.05.1998, por unanimidade, negado provimento).*

O STF já decidiu em favor da admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, conforme transcrição abaixo: “*PROVA: alegação de ilicitude da obtida mediante apreensão de documento por agentes fiscais, em escritórios de empresa – compreendidos no alcance da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio - e de contaminação das provas daquelas derivadas: tese substancialmente correta, prejudicada no caso, entretanto, pela ausência de qualquer prova de resistência dos acusados ou de seus prepostos ao ingresso dos fiscais nas dependências da empresa ou sequer de protesto imediato contra a diligência 1. (...)2. Objeção de princípio – em relação à qual houve reserva de Ministros Tribunal – à tese aventada de que a garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal geral ou, em particular, nos determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou - em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal – pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte – salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável -a ponderação de quaisquer interesses constitucional oponíveis a inviolabilidade do domicílio não compete a posteriori ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquela a quem incumbe autorizar previamente a diligência. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus nº 79 512/ RJ Rel . Min. Sepúlveda Pertence , j. em 16.12.1999. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJ DATA – 16-05-2003 PP000092 EMENTA VOL – 02110 -02 PP 00308).*

PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. LICITUDE DA PROVA. DEGRAVAÇÕES REALIZADAS POR PERITOS. DESNECESSIDADE. NULIDADE DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. IMPUGNAÇÃO APÓS AS ALEGAÇÕES FINAIS. PRECLUSÃO.

OCORRÊNCIA. PROVA QUE NÃO INFLUIU NA DECISÃO DA CAUSA. INTELIGÊNCIA DO ART. 566 DO CPP. ORDEM DENEGADA.

1. A gravação realizada por um dos interlocutores é considerada prova lícita, e serve como suporte para o oferecimento da denúncia, tanto no que tange à materialidade do delito como em relação aos indícios de sua autoria.
2. Não há necessidade de que a perícia, ou mesmo a degravação da conversa, seja realizada por peritos oficiais.
3. A nulidade da instrução criminal nos processos de competência do juiz singular, não suscitada até o momento das alegações finais, encontra-se preclusa.
4. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.
5. Ordem denegada.

No âmbito do direito processual civil, os julgados atuais sobre a questão da admissibilidade das provas ilícitas no processo são restritos. Vejamos alguns exemplos, abaixo, inclusive em processos que envolvem relações de trabalho, segundo os quais também aplica-se o Código de Processo Civil em matéria probatória.

O Supremo Tribunal Federal, no ano de 2005, no acórdão proferido sobre Habeas Corpus, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello, decidiu pela inadmissibilidade da prova ilícita no caso de fiscalização tributária em que agentes públicos e policiais federais ingressaram em escritório de contabilidade para averiguação de livros contábeis e documentos, sem mandado judicial. O fundamento residuiu no aspecto de que a auto-executoriedade dos atos administrativos não se sobrepõem à garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, senão sob as hipóteses expressamente previstas no inciso XI do artigo 5º.³⁸²

(HC 112.386/RS, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJE 03/02/2012)

³⁸² *Fiscalização tributária – Apreensão de livros contábeis e documentos fiscais realizada em escritório de contabilidade por agentes e policiais federais, sem mandado judicial – Inadmissibilidade – Espaço privado, não aberto ao público, sujeito à proteção constitucional da inviolabilidade 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 em transgressão à garantia da inviolabilidade domiciliar – Prova ilícita – Inidoneidade jurídica – Habeas corpus deferido. Administração tributária – Fiscalização – Poderes – Necessário respeito aos direitos e garantias Individuais dos contribuintes e de terceiros (...). 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 (grifamos). Doutrina, Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritos de contabilidade (STF). - O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do privilégio do preáble, 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. (...) 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 (grifamos). 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’ (grifamos). A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de habeas corpus, nos*

A 2ª Câmara do Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no ano de 2003, cujo relator foi o desembargador Cezar Peluso decidiu pela admissibilidade da prova decorrente de gravação clandestina feita por um dos interlocutores, a denominada escuta telefônica, sob o argumento de que não havia entre o diálogo mantido nenhuma restrição legal e específica de sigilo ou de reserva.³⁸³

A Décima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento de 05/02/2013, cujo Relator foi o Desembargador Roberto Maia, manteve a improcedência de ação indenizatória movida sob o fato de haver ocorrido gravação e exibição na televisão de entrevista sem autorização por escrito do autor. Entendeu o tribunal que não houve violação dos direitos à privacidade, à intimidade, à imagem, e à honra porque o autor permitiu que a conversa com o repórter fosse gravada, assim como permitiu que a equipe de televisão entrasse em sua casa, ressaltando-se, ainda, o aspecto de que não havia sobre os fatos divulgados causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, aspecto segundo o qual tal material poderia ser utilizado como prova lícita em processo penal.³⁸⁴

termos do voto do Relator. Impedido o Senhor Ministro Joaquim Barbosa." 2ª T. HC 82.788-RJ – rel. Min. Celso de Mello, j. 12.04.2005, 2ª T., DJ 02.06.2006..

³⁸³ Neste sentido: "Conversa telefônica: Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada de transcrição. Admissibilidade. Fonte lícita da prova. Ausência de causa legal de sigilo ou reserva. Improvimento do recurso. Inexistência de ofensa à CF 5º, X, XII e LVI. É lícita a prova consistente em gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal e específica de sigilo nem reserva (TJSP, 2ª Cam. Dir. Privado, Ag 257223-4/2-00 – Tupã, rel. p/ac Des. Cezar Peluso, rel. orig. Dês. Theodoro Guimarães, j. 15.10.2002, mv. DJE 18.2.2003).

³⁸⁴ Ementa: Ação indenizatória. Entrevista gravada e exibida na televisão sem a autorização por escrito do autor. Pedidos de danos morais.

O Tribunal Superior do Trabalho decidiu, em acórdão publicado em 26.04.2013, que revista íntima de empregados, realizada de modo impessoal, geral e sem contato físico, sem expor a intimidade dos trabalhadores, não os submetendo a situação vexatória, constitui-se como verificação lícita, que não extravasa o poder diretivo e de fiscalização do empregador e que não atenta contra a dignidade do empregado, o que equivale a concluir que se for encontrado objeto de propriedade da empresa, tal prova seria considerada lícita para configuração de justa causa.³⁸⁵

O TST, em julho de 2013, também decidiu que gravação de conversa por um dos interlocutores para comprovar as alegações de que recebia salário maior do que o

1) Direitos à privacidade e à imagem. Artigo 5º, inciso X, CF. Ausência de violação. Demandante concordou em falar com o repórter da demandada, deixando que ele e a equipe do programa entrassem na casa, onde foi gravada a conversa. Quando não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, a gravação feita por um dos interlocutores, ainda que sem autorização do outro, é lícita, de modo que o material daí extraído pode ser usado até mesmo como **prova** em processo penal, conforme sólida jurisprudência do STF. Tendo se colocado nessa situação, por vontade livre e consciente, não pode o autor, agora, retroceder e querer punir a ré. Boa-fé objetiva, princípio geral do direito, proíbe o venire contra factum proprium. 2) Direito à intimidade. Inexistência de desrespeito. Programa da demandada se limitou a retratar um fato amplamente divulgado nas páginas dos jornais e no noticiário televisivo. Foi instaurado processo penal em virtude do acidente provocado pelo demandante, de sorte que os autos poderiam ser consultados por qualquer indivíduo. 3) Direito à honra. Não ocorrência de qualquer menoscabo. Requerida divulgou em um programa jornalístico fatos verídicos, sem qualquer distorção da realidade. 4) Liberdade de imprensa. Artigos 5º, inciso IX e 220, caput, §§ 1º e 2º, da CF. Exercício regular. Ré abordou a questão da embriaguez ao volante, tema de grande interesse público. Não recorreu ao sensacionalismo, nem a comentários grosseiros e apelativos. Participação do autor no programa foi mínima. 5) Honorários de sucumbência. Como não houve sentença condenatória, os honorários devem ser fixados na forma do artigo 20, § 4º, do CPC. Em que pese a qualidade do trabalho desenvolvido pelos patronos da ré, que souberam expor os argumentos de maneira sólida e objetiva, não se justifica a cifra correspondente a 20% do valor da causa, o que totaliza R\$ 140.000,00 mais a correção monetária. Autor sem condições de arcar com essa importância. Verba reduzida para a cifra de R\$ 20.000,00, que deverá ser monetariamente atualizada pela Tabela Prática do TJSP a contar da sessão de julgamento desta apelação. Recurso parcialmente provido, apenas para reduzir o valor dos honorários de sucumbência. (Tribunal de Justiça de São Paulo - 10ª Câmara de Direito Privado – Apelação nº9168942-95.2007. publicação: . sitio: www.tst.jus.br

³⁸⁵ RECURSO DE REVISTA - INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - REVISTA VISUAL DE BOLSAS E SACOLAS - CONFIGURAÇÃO. A revista em bolsas e sacolas dos empregados da empresa, realizada de modo impessoal, geral e sem contato físico, sem expor a intimidade dos trabalhadores, não os submete a situação vexatória e não abala o princípio da presunção da boa-fé que rege as relações de trabalho. O ato de revista de empregados, em bolsas e sacolas, por meio de verificação visual, é lícita, consistindo em prerrogativa do empregador, tendo em vista o seu poder diretivo, não caracterizando prática excessiva de fiscalização capaz de atentar contra a dignidade do empregado. Nesse sentido tem reiteradamente entendido esta Corte. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 315-55.2011.5.09.0652, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 17/04/2013, 7ª Turma, Data de Publicação: 26/04/2013), sitio: www.tst.gov.br.

declarado no contracheque não é prova ilícita porque a gravação decorreu de conversação própria do interlocutor não se caracterizando interceptação telefônica.³⁸⁶

O Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região, no ano de 2008, decidiu que os documentos juntados com a inicial pelo reclamante, apesar de serem de propriedade da reclamada, não são considerados prova ilícita sob o argumento da aplicação do princípio da proporcionalidade e da busca da verdade real.³⁸⁷

³⁸⁶Notícias. 22 julho 2013 Salário maior

TST reconhece gravação como prova para comprovar ganho

A gravação de diálogo por parte de um dos interlocutores, mesmo sem conhecimento dos demais, é legal e não se equipara a interceptação telefônica. Com esse argumento, a gravação feita por um piloto para comprovar o pagamento de salário "por fora" de R\$ 1,8 mil foi considerada lícita pela 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, ao contrário do que alegava a empregadora, que pretendia se eximir de condenação ao pagamento dos reflexos dessa parcela às verbas devidas ao trabalhador. A Turma decidiu por unanimidade não conhecer do recurso da empresa, mantendo decisão condenatória do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (MG). Para comprovar as alegações de que recebia um salário maior do que o declarado no contracheque, o piloto decidiu gravar uma conversa com um dos engenheiros aeronáuticos da empresa. Feita a gravação, apresentou-a como prova na reclamação trabalhista movida contra empresa. Além da gravação, indicou ainda uma testemunha para confirmar o alegado. A 36ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte decidiu pelo deferimento das verbas, após analisar que o depoimento da testemunha indicada pelo piloto confirmava o teor da gravação. O TRT-3 manteve a condenação, por entender que a gravação, mesmo que tivesse sido feita sem o conhecimento do preposto, não seria ilegal. O tribunal observou que, nas partes da gravação que interessavam ao caso, o piloto atuava como interlocutor, razão pela qual não se poderia equipará-la a interceptação telefônica. O recurso de revista da empresa ao TST teve a relatoria do ministro Mauricio Godinho Delgado. Ao votar pelo não conhecimento, ele observou que a empresa não apontou jurisprudência específica em sentido contrário à conclusão do TRT-3, nem interpretação divergente de normas regulamentadoras ou violação direta de dispositivo de lei federal ou da Constituição Federal, conforme determina o artigo 896 da CLT. Acrescentou ainda que, no seu entendimento, não há ilicitude na gravação unilateral de um diálogo entre pessoas, mesmo pela via telefônica ou congêneres, desde que esta tenha sido realizada por um dos interlocutores — ainda que sem o conhecimento da outra parte. O relator considerou que tal meio de prova não se confunde com a interceptação telefônica nem fere o sigilo telefônico, ambos regulados no artigo 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal. Diante disso, considerou legal a utilização em juízo, pelo piloto, da gravação que comprovou o salário ganho extraoficialmente. *Com informações da Assessoria de Imprensa do TST.* RR-20100-06.2007.5.03.0136. sitio: www.tst.gov.br

³⁸⁷ A C Ó R D ã 04ª Turma GMFEO/HTN/JD/iap AGRADO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROVA DOCUMENTAL. ADMISSIBILIDADE. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. NORMAS COLETIVAS. APLICABILIDADE. HORAS EXTRAS. Não demonstrada a hipótese de cabimento do recurso de revista prevista no art. 896 da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-89900-23.2008.5.15.0017, em que é Agravante SOCIEDADE DUCACIONAL TRISTÃO DE ATHAÍDE LTDA. e são Agravados ELIEZER DE MELLO SILVEIRA e SISTEMA COC DE EDUCAÇÃO E COMUNICAÇÃO LTDA.(...) "(...) 2.2. PROVA DOCUMENTAL. ADMISSIBILIDADE A Corte Regional decidiu: "Ilegalidade da prova documental. Pedem as reclamadas a nulidade da r. sentença que concordou com a prova documental trazida pelo reclamante, a qual foi, segundo entendem, obtida ilicitamente, em afronta ao disposto no art. 5º, LVI, da CF/88. Alegam que os documentos apresentados pelo reclamante são de exclusiva propriedade das reclamadas, de circulação interna, e jamais poderiam ter sido subtraídos de seu estabelecimento. É certo que o ordenamento constitucional brasileiro, em princípio, repudia a aceitação das provas obtidas ilicitamente (art. 5º, LVI da CF/88). Não menos certo é que doutrina e jurisprudência não se

Enfim, a escala de valoração e precedência no balanceamento dos direitos fundamentais em conflito varia conforme as determinantes fáticas, não obstante, os julgados cíveis têm admitido como meios de prova escutas telefônicas ou divulgação de imagens e de vozes quando o respectivo conteúdo da conversa ou do fato divulgado não está sob sigilo, confidencialidade ou reserva.

No âmbito do processo do trabalho, em que se aplica o Código de Processo Civil, a admissibilidade de provas ilícitas ocorre tanto em favor do empregado quanto no empregador. No primeiro caso, quando em conflito os direitos lesados do trabalhador e o direito de propriedade da empresa sobre o documento que se pretende fazer prova, inclina-se em prol do primeiro como bem jurídico de maior relevância. No segundo caso, quando confrontados o direito à intangibilidade física do empregado em confronto com o direito de propriedade, de fiscalização e de vigilância do empregador optou-se pelo segundo quando não exposto o trabalhador a vexame ou constrangimento pessoal.

CAPÍTULO IV - BREVE REFERÊNCIA ÀS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO COMPARADO

1. Estados Unidos

Nos Estados Unidos as regras de exclusão da prova foram construídas pela jurisprudência, após a independência do país, partindo-se dos precedentes da common law.³⁸⁸

mostram convergentes quanto à invalidade e imprestabilidade da prova ilícita e procuram mitigar o rigor dessa inadmissibilidade absoluta, apontando tese intermediária que prestigia os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, permitindo ao julgador admitir e valorar tais provas quando em risco valores fundamentais, também assegurados constitucionalmente. *In casu*, cotejando os princípios que envolvem a lide, como os das garantias constitucionais à inviolabilidade da intimidade e da privacidade (art. 5º, X, da CF/88) e os princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, do acesso à informação inerente ao exercício profissional e da ampla defesa (art. 1º, incisos III e IV e art. 5º, incisos XIV e LV da CF/88), resta plenamente válida a aceitação da prova obtida pelo autor a partir de documentos de circulação interna das reclamadas, ainda mais se considerarmos a primazia da realidade dos fatos que deve nortear o Juiz na busca da verdade real. Preliminar rejeitada" (fls. 6.369/6.370). site: www.TRT04.jus.br.

³⁸⁸ Lionel Zaclis afirma: *Nos Estados Unidos, a quase unanimidade dos estados tem seu sistema baseado em common law, com a única exceção da Lusiana que se baseia em civil Law, em face de sua herança francesa, seja no que tange ao Direito Civil, seja no tocante ao Direito Processual Civil.*

A partir da IV emenda constitucional ampliou-se, significativamente, a proteção do direito à privacidade, à intimidade e à inviolabilidade de domicílio de modo a reputar como ilegítima as investigações policiais que não respeitassem estes direitos. As buscas e apreensões policiais (*searches and seizures*) que não decorressem de mandado judicial e de conteúdo arrazoado passaram a ser o alvo das *exclusionary rules*.

A Quinta Emenda trouxe a concepção do devido processo legal, segundo o qual apenas mediante processo válido as pessoas estariam submetidas à perda da liberdade ou de seus bens. As Emendas Quarta, Quinta e Sexta, formaram o conjunto dos denominados Bill of Rights, em 1791 e as Emendas XIII, XIV e XV estabeleceram dentre outras inovações a abolição da escravidão e a isonomia entre os cidadãos.

Thiago André Pierobom de Ávila cita determinados precedentes que formaram a jurisprudência norte-americana sobre *exclusionary rules*: a) o primeiro precedente das regras de exclusão das provas foi a *Boyd v. United States* (1886) em que a Suprema Corte decidiu que documentos apreendidos do acusado não serviriam como prova em processo cível de confisco em razão de se entender que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo; b). em 1904, no caso *Adam v. New York*, não se aplicou o precedente *Boyd*, mas reafirmaram-se os precedentes da common law sobre as regras de exclusão da prova; c) em 1914, no caso *Weeks v. United States* não se considerou como prova interceptação de correspondência do acusado sem autorização judicial; d) em 1920, no caso *Silverthorne Lumber & Co v. United States* também não foi considerado como prova a apreensão ilegal de documentos de uma empresa e tampouco a utilização de cópias destes mesmos documentos em outro processo; e) em 1921, no caso *Arnos v. United States*, foram considerados ilícitos objetos apreendidos e não apenas documentos particulares; f) apenas em 1949, estendeu-se a regras de exclusão da prova aos Estados federados, no caso *Wolf v. Colorado*; e) em 1961, no caso *Mapp v. Ohio*, não se considerou válida como prova a apreensão de material obsceno sem

O common Law não tem base legislativa. Os juízes o criam mediante aplicação aos casos concretos, de decisões anteriores, proferidas em casos similares (precedentes). Embora afetadas pela legislação, extensas áreas do direito, mais notadamente relacionadas à propriedade, contratos e danos, integram o common law. Essas áreas do direito inserem-se na sua grande maioria, na jurisdição dos estados e, portanto os tribunais estaduais são a fonte primária do direito. O escopo do common law federal é relativamente estreito, limitado a temas federais não disciplinados por uma lei formal (statue) ZACCLIS, Lione, Direito Processual Civil Estadunidense. Direito Processual Civil Americano Contemporâneo. Coord. TUCCI, José Rogério Cruz., São Paulo: Lex Editora, 2010, p.177.

mandado, encontrado na residência da acusada, embora os direitos civis já fossem contemplados na IV Emenda Constituição Americana; f) no caso *Miranda x Arizona*, em 1966, a confissão do acusado não foi considerada válida, porquanto não lhe foi assegurado o direito ao silêncio da 5ª e 14ª Emenda; g) No caso *Sims x Georgia*, atribuiu-se à autoridade da apuração do caso que a confissão do acusado não foi voluntária; h) no caso *Coolidge x New Hampshire*, em 1971, não se considerou válida uma prova colhida por autoridade reputada como parcial. Em 1983, no caso *US x Place*, a sentença condenatória foi anulada porque a apreensão de uma maleta com drogas foi desconsiderada como prova em razão de haver ficado muito tempo sob o poder da polícia.³⁸⁹

Em suma, a jurisprudência americana é o grande arsenal da vedação das provas ilícitas.

2. Alemanha

Na Alemanha, não há previsão expressa na Constituição sobre a vedação das provas ilícitas. A inadmissibilidade da prova ilícita provém da doutrina e da jurisprudência com base no código de processo penal alemão. Não obstante, o fundamento constitucional ao repúdio da prova ilícita tem sido os princípios inerentes ao Estado de direito sob a aplicação do princípio da proporcionalidade.

A doutrina alemã proíbe tanto a prática da produção da prova ilícita quanto à utilidade da mesma prova em juízo.

Thiago André Pierobom de Ávila cita quatro espécies de proibição: i) não são admissíveis como prova segredo de Estado revelado por funcionário sem autorização; ii) interrogatório sob constrangimento físico ou moral; iii) depoimento testemunhal colhido sem prévia observância das formalidades legais ou declarações escritas pelo médico sobre seu paciente; iv) interceptações telefônicas sem prévia autorização judicial.³⁹⁰

³⁸⁹ ÁVILA. Thiago André Pierobom de. Provas ilícitas e proporcionalidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, pp. 132-142.

³⁹⁰ Idem, *ibidem*, p. 164.

Registra-se que, em 1952, determinada decisão judicial não repudiou de plano uma prova colhida por particular. Até então, a restrição era somente imposta ao Poder público. Outra decisão, de 1954, estendeu a vedação das provas ilícitas a toda sociedade, de modo a sobrelevar o direito do homem e a tutela de sua dignidade.

3. Inglaterra

Na Inglaterra, assinala-se a existência de três períodos sobre a admissibilidade das provas. Na primeira fase, antes de 1984, o sistema da Common Law aceitava qualquer meio de prova, pouco importando a origem. No segundo, que se inicia a partir de 1984 com a Police and Criminal Evidence Act –PACE passou-se a não aceitar a prova obtida com vícios graves, como, por exemplo, interrogatório sob coação. No terceiro, a partir de outubro de 2000, adveio o Human Rights Act de 1998 – HRA, que ao incorporar o artigo 6º da Convenção Européia de Direitos Humanos (direito ao fair Trial) reforçou-se os critérios do PACE, mas adotou-se os precedentes do TEDH. – Tribunal Europeu dos direitos humanos. Sob a vigência do HRA, a Corte de Apelação aceitou como prova interceptação telefônica realizada em outro país, em desacordo com a lei inglesa, mas de acordo com a lei deste país por entender que não houve violação ao *fair trial*.³⁹¹

4. França

Na França, a inadmissibilidade das provas ilícitas encontra fundamento nas nulidades regidas pelo direito processual, especialmente quando decorrentes da transgressão ao direito de defesa, de tal forma que cabe ao juiz a avaliação sobre anulação daquela prova colhida, assim como a extensão desta anulação no processo. Se a prova for considerada nula ela é excluída dos autos e o juiz não poderá considerá-la como elemento de convicção sob pena de sanção disciplinar e prevaricação.³⁹²

³⁹¹ Idem,, ibidem, p.-190-191.

³⁹² AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas, 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.64-65.

5. Itália

No período que antecedeu a Constituição italiana, as correspondências eram encaradas como direito de propriedade daquele que as detivesse, de modo que postas em juízo sem o consentimento do seu proprietário não eram admissíveis como meios de prova. Exemplifica-se o caso Vigox Formenti, em que não se aceitou cartas subtraídas do seu titular com o escopo de evidenciar uma dívida. Atenuava-se a regra quando se tratava de correspondências da mulher, aspecto em que se sobrepunha o poder marital e dever de fidelidade da cônjuge. Apenas em delitos graves, a admissibilidade de tais provas seria avaliada pelo juiz levando-se em conta a validade e o peso do documento.

Com o advento da Constituição, apesar da previsão contida no artigo 2º segundo a qual expressava a inviolabilidade dos direitos de personalidade, a doutrina e jurisprudência digladiavam-se sobre a matéria. A primeira repudiava a admissibilidade das provas ilícitas enquanto a outra subjugava os direitos de personalidade em prol da verdade real. Com o advento do Código Penal italiano de 1988, o artigo 191 expressamente vedou a prova ilícita em juízo.³⁹³

6. Espanha

Na Espanha, a prova colhida em desacordo com a lei é repudiada pela doutrina. Dentre os fundamentos que os fatos ilícitos não podem beneficiar aqueles os trouxe no processo, sobrepõe-se o princípio da igualdade das partes, não se distinguindo se a prova foi produzida por particular ou poder público, se o processo é penal ou civil.³⁹⁴

7. Portugal

Em Portugal, a inadmissibilidade das provas ilícitas provém de preceitos conjugados da Constituição e do Código de Processo Penal. Na Constituição, a exemplo da Constituição alemã, o repúdio à ilicitude da prova reside na dignidade da pessoa humana, ao passo que no código, prescreve-se como nulidade processual a prova colhida que agrida a integridade física e moral da pessoa, assim como a sua vida

³⁹³ Idem, *ibidem*, p. 54 -56.

³⁹⁴ Idem, *ibidem*, p. 65.

privada, de modo a abranger seu domicílio, correspondência e comunicações telefônicas.³⁹⁵

8. Canadá

No Canadá, vigora o sistema híbrido. A admissibilidade da prova ilícita será feita pelo juiz levando-se em conta se a prova colhida compromete a justiça do procedimento. O Canadian Charter of Rights and Freedoms, no seu artigo 24, afirma que não será admissível a prova que causar infâmia à administração da justiça. A Corte Canadense, por sua vez, sob os critérios do *fair trial test* e o *serious violation test*, avalia a admissibilidade da prova em face da gravidade de violação dos direitos do acusado.³⁹⁶

CONCLUSÕES

1. A prova tanto pode ser meio quanto resultado das alegações expendidas na petição inicial ou na defesa. A prova enquanto meio visa o encaminhamento até o juiz dos fatos como historicamente ocorreram ou, ao menos, a verdade aproximada destes e como resultado transmuda-se em elemento de convicção do juiz para proferir sua decisão.

2. A relação entre prova e verdade nem sempre retrata a coincidência histórica do fato como realmente ocorreu. Concorrem para a formação da convicção do julgador diversos fatores, como sociais, culturais, políticos, econômicos, psicológicos e científicos e, sobretudo, processuais como confissão, revelia, presunções e ônus da prova, de sorte que a verdade exarada na decisão judicial nem sempre é aquela proposta e corroborada por uma das partes.

3. A finalidade da prova é a formação do convencimento judicial, porquanto somente por intermédio dela poderá o juiz fazer a subsunção do fato fixado ao direito correspondente. O destinatário é o juiz e não o processo, porquanto o juiz é a voz ativa

³⁹⁵ Idem,, ibidem, p.66.

³⁹⁶ AVILA. Thiago André Pierobom de. Provas ilícitas e proporcionalidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p191-192.

da jurisdição, ao passo que o processo funciona como instrumento inerte agregador de atos evolutivos à solução da lide. Jamais pode ser o processo destinatário da prova porque não é este sujeito cognoscente.

4. O objeto da prova reside sobre o fato controvertido pelas partes. A prova do direito somente será necessária quando for invocada pela parte direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário ou, ainda, norma de Convenção Coletiva ou Acordo Coletivo de trabalho.

5. Os meios e as fontes de prova embora distintos sob a ótica da doutrina, na prática, confundem-se como depoimento da parte, oitiva de testemunha, documento, exame pericial, inspeção judicial e outros meios não previstos expressamente no código. A atipicidade é o traço marcante do sistema jurídico probatório brasileiro, porquanto nela convalidam-se como meios legais os avanços tecnológicos que imprimam novas técnicas de prospecção do conteúdo do fato *probando*. A atipicidade avizinha-se da prova ilícita quando extravasar o terreno da legalidade, da moral e da ética.

6. Os indícios, presunções e máximas de experiência são técnicas de raciocínio do juiz para a formação do seu convencimento. São eles elementos substitutivos dos meios de prova e atuam para a formação da verdade formal, salvo as presunções absolutas onde prevalece uma espécie de verdade prefixada na lei sem a possibilidade de ser elidida por prova no sentido contrário.

7. Nos sistemas de valoração das provas, a verdade do objeto litigioso pode decorrer de três critérios: legal, da livre convicção e da livre convicção racional, isto é, convicção formada com base nos elementos dos autos, sendo este o critério vigente no sistema brasileiro. A inadmissibilidade de prova testemunhal nos contratos que não exceda o décuplo do salário mínimo vigente no país ao tempo que foram celebrados e o instrumento público insubstituível como prova da substância do ato constituem-se como resquícios do sistema legal.

8. Quando ausentes nos autos os meios de prova, o ônus da prova destaca-se como regra de julgamento do que como regra de atividade probatória, porquanto o juiz

decidirá a lide contra aquele que detinha o encargo probatório e dele não se desvencilhou.

9. O procedimento probatório em que comporta as fases de proposição, admissão e produção das provas constituídas e proposição e admissão das provas pré-constituídas afere a legalidade da prova e sua conseqüente aptidão para ser elemento de convencimento do juiz.

10. As provas ilícitas como gênero são as provas que não estão em conformidade com as normas que protegem os direitos individuais fundamentais da Constituição e tampouco com as normas que prescrevem os critérios processuais previstos na legislação infraconstitucional.

11. Antes da Constituição de 1988, não existiam dispositivos expressos que regulassem os direitos à intimidade e à privacidade, salvo aqueles concernentes ao sigilo de correspondência e de comunicações em geral. Neste período também não havia norma expressa constitucional que proibisse as provas ilícitas em juízo. O artigo 332 do CPC, já vigente, inovava quanto à atipicidade da prova e repudiava a prova que atentasse contra os meios moralmente legítimos. A doutrina sobre a admissibilidade das provas ilícitas em juízo, não obstante segmentada em varias correntes, inclinava-se em favor da admissibilidade das provas ilícitas mas, com sanções ao infrator do ato ilícito. A jurisprudência, contudo, aceitava a prova ilícita apenas no combate de atividades criminosas de alto potencial ofensivo, enquanto que nos demais casos propugnava pela preservação aos direitos de intimidade e de privacidade.

12. O artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal brasileira demarca o início de uma nova era no sentido de que a prova para ser admissível e valorada em juízo deve estar em conformidade com os direitos individuais fundamentais, notadamente, os direitos à privacidade, à intimidade, à inviolabilidade do sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas e de dados e das comunicações telefônicas, à inviolabilidade de domicílio e à incolumidade física e moral. O aludido inciso guarda sintonia com os demais incisos do mesmo preceito, especialmente com a dignidade da pessoa humana, com o devido processo legal, de sorte que sua aplicação por si só não pode desequilibrar a balança dos direitos fundamentais e asfixiar a defesa

de outros bens jurídicos não menos importantes. A restrição dos meios de prova não pode servir de escudo à prática de ilícitos. Faz-se mister a aplicação da Constituição como unidade.

13. As provas revelam-se admissíveis à luz do texto constitucional quando são colhidas em respeito aos direitos fundamentais ou prospectadas sob a reserva ali prevista, como por exemplo, as gravações decorrentes de interceptações telefônicas autorizadas pelo juiz. A proteção à privacidade e à intimidade leva em conta três esferas de proteção: a vida íntima, a vida privada e a vida pública. A invasão das duas primeiras esferas deve ser avaliada em conjunto com outros interesses e bens jurídicos passíveis de proteção e sob determinadas circunstâncias do caso concreto, como, por exemplo, ser a prova ilícita a única possível trazida nos autos que possa corroborar a pretensão ou a defesa.

14. O inciso XII do artigo 5º da CF apesar de restringir, sob a interpretação literal, a interceptação telefônica para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal também pode se aplicada na área processual civil porquanto a importância dos bens protegidos por ambas jurisdições é simétrica e não se justifica que uma só delas possa ser dotada de maior capacidade de prospecção probatória do que a outra. O referido dispositivo padece de vícios de competência e de processo legislativo. O inciso LVI do mesmo artigo não faz distinção quanto aos ramos de atuação do direito. Tais premissas reforçam a tese da aplicação do aludido inciso também no processo civil.

15. As provas ilícitas detêm ampla conceituação doutrinária, mas aquela mais fecunda foi a de Pietro Nuvolone. Para ele as provas podem ser ilícitas e ilegítimas. As provas ilícitas são aquelas obtidas em desacordo com o direito material, como os direitos fundamentais constitucionais ao passo que as ilegítimas são decorrentes de violação do direito processual. As provas ilícitas quando trazidas ao processo são consideradas provas inexistentes, se não resultarem admissíveis sob a ponderação dos interesses em conflito em face das circunstâncias do caso concreto, ao passo que as provas ilegítimas são provas anuláveis e, se não forem impugnadas pela parte, na primeira oportunidade, com a demonstração de efetivo prejuízo, convalidam-se

no processo, porquanto se submetem ao regime jurídico das nulidades quanto à forma dos atos processuais.

16. Há outros critérios de identificação da ilicitude da prova, tais como: quanto ao momento da constituição da prova, quanto à natureza do ato violado, quanto ao objeto da prova, quanto à qualidade do violador, quanto aos meios de prova, quanto à coleta do material probatório e quanto ao valor da prova produzida.

17. A dicotomia provas ilegítimas e ilícitas subsiste mesmo com o artigo 5º, inciso LVI da CF, pois, não se pode atribuir o mesmo efeito a ambas. As primeiras estão submetidas ao regime jurídico das nulidades processuais prevista em norma infraconstitucional, ao passo que as outras são reguladas pela Constituição, sendo consideradas inexistentes ou admissíveis dependendo do contexto e das circunstâncias dos interesses em jogo na solução do conflito.

18. O artigo 332 do CPC tem dupla conotação. Introduce no sistema jurídico brasileiro a atipicidade da prova ao permitir a admissibilidade de outros meios, ainda, que não previstos, taxativamente, na lei, como por exemplo, os avanços tecnológicos que imprimam novas técnicas de prospecção do conteúdo do fato *probando* e, ao mesmo tempo, expulsa desta admissibilidade a atipicidade que avizinhar-se da prova ilícita quando extravasar o terreno da legalidade, da moral e da ética.

19. A prova emprestada, em que se transfere de um processo ao outro a prova produzida no primeiro reputa-se lícita no sistema brasileiro, desde que o objeto da lide seja o mesmo, uma das partes tenha atuado no processo e seja observado o contraditório ao terceiro que dele não participou. A migração de prova decorrente de interceptação telefônica produzida no processo penal ao processo civil é defensável, desde que a parte adversa tenha participado do contraditório.

20. A interceptação telefônica em que terceiro grava conversa dos interlocutores é prova admissível em juízo desde que autorizada, previamente, pelo juiz, a princípio, em investigação criminal e instrução processual penal, ao passo que a escuta telefônica, em que um dos interlocutores grava a própria conversa mantida, não

prescinde de autorização judicial prévia, porquanto revela-se lícita quando visa combater um ato ilícito ou criminoso, como por exemplo atos de extorsão, chantagem, ou ainda que não incida sobre aquele diálogo cláusula de confidencialidade contratual ou profissional. As comunicações em sistemas de informática e telemática previstas na Lei 9.296/96 não se atritam com a previsão do inciso XII do artigo 5º da CF, porquanto na acepção contemporânea o termo comunicações telefônicas abrange as comunicações em sistema de informática e telemática, que estão conectadas com o sistema de telefonia.

21. O sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e de dados é *a priori*, garantia absoluta, nos termos do inciso XII do artigo 5º da CF. Todavia, não está infenso de quebra quando houver fundada ponderação de interesses em conflito. No caso da correspondência é importante a distinção entre o transcurso da mensagem e a informação já obtida pelo destinatário. O primeiro é, a princípio, inviolável ao passo que a outra, uma vez armazenada como banco de dados é passível de averiguação judicial. Quanto ao email corporativo utilizado pelo empregado, este não é indevassável, ao menos por parte do empregador, que detém o poder diretivo, fiscalizatório e disciplinar de fazer o controle do uso do provedor do sistema de informática para fins estritamente profissionais.

22. O sigilo bancário não é de caráter absoluto. O artigo 192 da Constituição autoriza a quebra do sigilo bancário por meio de Lei Complementar. A lei Complementar nº 105, de 10.01.2011 prevê as hipóteses de quebra de sigilo bancário, especialmente para apuração de crimes ligados a malversação do dinheiro público, lavagem de dinheiro, corrupção e para repressão ao crime organizado. Considera-se, pois, ilícita a movimentação bancária trazida aos autos sem a observância dos termos da lei e da autorização judicial.

23. As provas ilícitas por derivação do direito norte-americano, isto é, decorrentes de outras provas ilícitas, estão submetidas também ao regime jurídico constitucional. A característica singular das provas ilícitas por derivação reside nas exceções que provocariam a descontaminação delas, como, por exemplos, a possibilidade da mesma prova ser obtida por fonte independente ou, a prova colhida não

possuir nexos causal direto com a prova contaminada. Frise-se que tais exceções encontram-se positivadas no Código de Processo penal, no art. 157.

24. A descontaminação do julgado que propiciaria a declaração de nulidade das provas ilícitas e o refazimento de atos processuais por determinado segmento da doutrina, ao meu ver, não se coaduna com o regime jurídico que estão tais provas submetidas. Uma sentença fundada em única prova considerada ilícita não comporta nulidade e sim reexame de mérito, sob a ponderação dos interesses em conflito, se for o caso. A nulidade deve cingir-se às provas ilegítimas, aquelas trazidas aos autos em desatenção à forma dos atos processuais.

25. Há quatro correntes clássicas sobre a questão da admissibilidade das provas ilícitas; duas contrárias à admissibilidade quando a prova não estiver, respectivamente, em consonância com o ordenamento jurídico vigente ou com a Constituição, e duas em favor, uma delas favorável sob a condição de que o ato ilícito seja apurado em esfera competente e a outra com fundamento no princípio da proporcionalidade. Na doutrina nacional atual há três teorias: obstativa em face da aplicação literal do inciso LVI do artigo 5º da CF; a permissiva em face da busca da verdade substancial; e a terceira intermediária favorável a admissibilidade da prova ilícita em face do princípio da proporcionalidade que consiste na ponderação de valores e interesses fundamentais em conflito.

26. Devem concorrer na aplicação dos incisos LVI e XII do artigo 5º da CF não só o princípio da proporcionalidade, mas também regras de hermenêutica como a redução teleológica da norma e o direito *superador* da lei, que possibilitam o ajuste da norma ao caso concreto, obviamente, não indiscriminadamente, mas em determinados casos e sob fundadas circunstâncias que sem o abrandamento da norma ou, o contrário, sem o alcance superior ao comando literal da norma não haverá decisão judicial justa.

27. O princípio da proporcionalidade, nascido na Alemanha, compõe-se de três subprincípios: da adequação, da necessidade ou exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Os três fixam os parâmetros da aplicação do princípio levando-se em conta o ajuste da norma ao caso concreto balanceando os princípios fundamentais e fazendo emergir o bem jurídico mais relevante.

28. O princípio proporcionalidade é implícito na Constituição em face do Estado Democrático de Direito, da dignidade humana e do devido processo legal.

29. O princípio da proporcionalidade visa o balanceamento dos princípios fundamentais em conflito de modo a sobrepor aquele que seja mais relevante e que imponha o equilíbrio de valores e interesses assegurados na Constituição. Não depende de prévia regulamentação infraconstitucional. Atua ele diretamente no plano constitucional de modo a sopesar princípios e valores.

30. Contudo, o princípio da proporcionalidade não pode se transformar na prática de justiça a qualquer custo ou com as próprias mãos. O princípio da proporcionalidade atua na impossibilidade da parte fazer a coleta da prova lícita por outros meios. Em contrapartida, a prova ilícita que não se revelar necessária e proporcional aos fins pretendidos poderá ensejar a responsabilidade civil contra aquele que a produziu em face da violação aos direitos de personalidade, como intimidade, privacidade, honra e imagem da parte prejudicada.

31. As regras em conjunto são excludentes entre si, mas os princípios estabelecem um juízo de valor e de precedência. Eles não são excludentes entre si. Valerá o princípio que se propor a resolver o fim colimado no caso concreto sem excluir outro princípio, mas apenas mitiga-lo. O que irá nortear os pesos (escala de valoração e precedência) são as determinantes fáticas do caso concreto. Neste contexto, não se pode afirmar, de antemão, que determinado direito individual tenha precedência sobre o outro, como por exemplo, a liberdade de imprensa tenha precedência sobre o direito à intimidade ou à privacidade, a liberdade do indivíduo tenha precedência sobre a segurança pública quando se trata de lei que veda a liberdade provisória em determinados casos enquanto a Constituição enaltece o princípio da presunção de inocência. A única valoração e precedência que pode se fixar de antemão, é o do direito à vida sobre outros direitos individuais.

32. O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, erige-se como princípio nuclear da ordem jurídica e como

fundamento *supralegal* em que irá prevalecer não apenas o regramento infraconstitucional frio, técnico e instrumental das relações jurídicas, mas sim a proteção em último grau do indivíduo, do seu bem estar social e a dos valores imateriais e de personalidade deles integrantes. O ponto de coalisão de todos os dos princípios fundamentais centraliza-se no princípio da dignidade da pessoa humana.

33. O princípio da proporcionalidade e o princípio do devido processo legal, sobretudo, na acepção substancial, estão intimamente conectados, o que significa que o princípio da proporcionalidade equivale a um princípio próprio com todas as feições de um princípio fundamental. Vale dizer que o princípio da proporcionalidade reflete uma faceta do próprio devido processo legal substancial que é o de garantir o transcurso do processo judicial com uma decisão que mais se aproxime do senso justiça e o da efetividade.

34. A correlação entre o princípio da proporcionalidade e o contraditório manifesta-se justamente na possibilidade à parte adversa de tomar ciência de determinado ato antes de o juiz aplicar o princípio da proporcionalidade na tomada de decisão.

35. O princípio da proporcionalidade tem estreita relação com a efetividade do processo e com os poderes instrutórios do juiz. Todavia, a aplicação do princípio da proporcionalidade na admissibilidade da prova ilícita inserida dentre os poderes instrutórios do juiz possui critérios. O balanceamento dos princípios fundamentais em colisão sob escala de valoração e precedência dependerá das circunstâncias do caso concreto, não podendo o juiz agir neste campo de ofício se não houver antes a iniciativa das partes.

36. O artigo 257 da redação original do projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010, que foi suprimido pelo substitutivo apresentado pelo Senador Valter Pereira, já aprovado no Senado, encontraria, se fosse aprovado, nítida recepção pela Carta Magna, porquanto o princípio da proporcionalidade está implícito na Constituição e atua ao lado dos princípios do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana, e ainda, inserida dentre os poderes instrutórios do juiz com vista à solução da lide não só sob o escopo segurança jurídica, mas também sob o escopo da justiça nas relações sociais.

37. A jurisprudência atual e não penal sobre o tema é muito restrito. Extraem-se dali as seguintes tendências: a) escutas telefônicas e entrevistas veiculadas na televisão são aceitas como prova em juízo quando o conteúdo prospectado não estiver sob sigilo, confidencialidade ou reserva; b) escutas telefônicas que comprovem que o empregado recebia salário por fora, isto é, sem as incidências trabalhistas são provas aceitas em juízo sob o fundamento de que as escutas não estão submetidas ao mesmo regime jurídico das interceptações telefônicas; c) provas decorrentes de revistas íntimas de empregados revelam-se admissíveis em juízo quando não foi exposto o empregado a constrangimento ou vexame; d) documento de propriedade da empresa juntado na petição inicial de ação trabalhista revela-se admissível em juízo sob o arrimo da busca da verdade substancial e da supremacia dos direitos do trabalhador; e) escutas telefônicas em ações de investigação de paternidade não se revelaram ilícitas e tampouco moralmente ilegítimas à luz do artigo 332 do CPC.

38. No direito comparado, cada ordenamento jurídico de um determinado país, seja na Constituição ou na Lei, na doutrina ou jurisprudência procura coibir a prova ilícita em juízo. Nota-se que a possibilidade de admissibilidade da prova ilícita em juízo sob o princípio da proporcionalidade existe nos Estados Unidos, na Alemanha e no Canadá.

BIBLIOGRAFIA

ACKEL FILHO, Diomar. Verdade formal e verdade real. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. LEX Editora SA, março e abril de 1988. Vol 111,

ALEXANDRE, ISABEL. Provas Ilícitas em Processo Civil, Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

ALEXY, Robert. Teoria de Los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Insuficiência Probatória. Ônus da Prova e Poderes Instrutórios do Juiz. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), março de 2011.Vol.96

ALVIM, José Eduardo Carreira. Elementos de Teoria Geral do Processo, 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Manual de Direito Processual Civil. 14ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____, O princípio da proporcionalidade nos quadros da dogmática contemporânea – Análise de alguns casos, recentes e relevantes, da jurisprudência brasileira, em que incide tal princípio. Doutrina Superior Tribunal de Justiça. Edição Comemorativa – 15 anos. Brasília: 2005.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Noções Elementares de Processo Civil, Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1993.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. Sentença e Coisa Julgada. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ARANHA, Adalberto José Q.T. Camargo. Da prova do processo penal. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999.

AROCA, Juan Montero. La Prueba en el Processo Civil. 2ªed. Madri, Editorial Civitas, 1998.

ÁVILA, André Pierobom de. Provas Ilícitas e proporcionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4ª edição São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BARROSO, Luiz Roberto. A viagem redonda: Habeas Data, Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas. Revista de Direito Administrativo, nº 213, Rio de Janeiro, jul./set. 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra Martins. Comentários à Constituição do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988), , arts. 5º a 17, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1989. Vol. 2.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional, 10 edição. São Paulo: Saraiva, 1988.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

BONDIOLI, Luiz Guilherme Aidar. Nulidades processuais e mecanismos de controle. Revista de processo, ano 32, nº 145, março, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2007.

CABRAL, Antonio do Passo. A eficácia probatória das mensagens eletrônicas, Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 135, Ano 31, maio de 2006.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro Uma leitura orientada no Discurso Jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.

CALDAS, AULETE. Novo dicionário da língua portuguesa. 6ªed. Lisboa: Berthand., 1990.

CAMBI, Eduardo. A prova cível: admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006.

CAMPANELLI, Luciana Amicucci. Poderes Instrutórios do Juiz e a Isonomia Processual. 1ª edição, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5ªedição. Coimbra: Libraria Almedina, 1991.

CARDOSO, Rafael Bezerra. O Principio da Proporcionalidade na CF/ 88. Revista Jurídica. Consulex. Ano XIII, nº 297, maio de 2009.

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

CARNELUTTI, Fransesco. Trattato Del Processo Civile.Napoli: Morano Editore, 1958.

CARVALHO, Djalma Eutímio. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. O processo penal em face da Constituição: princípios constitucionais do processo penal. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. O sigilo bancário no Sistema Constitucional Brasileiro. São Paulo: Tese apresentada pela banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial do título de doutor(Direito Constitucional) sob orientação do Prof. Doutor Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo dos Santos: 2005, 280 páginas.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da proporcionalidade. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____, Dignidade da Pessoa Humana: O Princípio dos Princípios Constitucionais, Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., abril de 2006.

CASTRO, Daniel Penteado. Poderes Instrutórios do juiz no Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte. Riv. Dir. civ. 1ª parte, 1961. Vol. VII.

CHIOVENDA, Giuseppe. Principi i di Diritto Processuale Civile. Nápoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965.

_____, Instituições de Direito Processual Civil, 2ªed., Trad. Paolo Capitanio, Campinas/SP, Brookseller, 2000. Vol. 3.

COSTA, Susana Henriques Da. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. Revista do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 133, Ano 31, março de 2006.

COVELLO, Sérgio Carlos. A presunção em matéria Civil, São Paulo: Saraiva, 1983.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Notas sobre o Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil, Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), janeiro, 2006.Vol.34.

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

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; Oliveira, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. 2ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. Volume 2

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de. Teoria geral do processo São Paulo: Malheiros, 1998.

_____, Instituições de Direito Processual Civil, 6ª edição, São Paulo: Malheiros, Editores, 2009, vol. II.

DINIZ, Maria Helena Norma Constitucional e seus Efeitos. São Paulo: Saraiva 1989.

DOXSEY, Sonia Rabello. Resguardo à intimidade, prova do adultério e a nova Constituição Federal. Revista de Processo, nº 57, ano 15, janeiro-março, 1990.

ECHANDIA, Hernando Devis. Pruebas Ilícitas, Revista de Processo nº 32, ano 8, outubro- dezembro – 1983.

_____. Teoria General de La Prueba Judicial, 5ª Ed, Buenos Aires: Victor P. de Zavalia Editores, 1981.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional, São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª edição, 2010.

FERRREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa, 11º edição, Rio de Janeiro: Nacional, 1979.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988 Arts. 1º a 43. São Paulo: Saraiva, 1990. Volume I.

FREGADOLLI, Luciana. O direito á intimidade e a prova ilícita. Belo horizonte: Del Rey, 1998.

GIANNICO, Maricí. A prova no Código Civil: Natureza Jurídica, São Paulo, Saraiva, “Coleção Theotônio Negrão”, coordenação de José Roberto F. Gouvêa, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul; Interceptação telefônica. São Paulo: RT, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988. In Moraes Alexandre de. (coord). Os 10 anos da Constituição Federal. Temas diversos. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. Finalidade da interceptação telefônica e a questão da prova emprestada. Repertório IOB de Jurisprudência, 1997. Vol. 4.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O Princípio da proporcionalidade e a Questão da Proibição da Produção e Valoração da Prova Ilícita no Processo Civil. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), outubro -2003. Vol. 7.

GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica, 2ª edição. São Paulo: Saraiva 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades Públicas e processo penal, As interceptações Telefônicas, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. As Garantias Constitucionais do direito de ação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1973.

_____. O processo em Evolução. As provas ilícitas na Constituição. 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

_____. O processo em sua unidade –II. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____; Fernandes; Antonio Scarance; Gomes Filho; A M. As nulidades no processo penal. São Paulo: RT, 1993.

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

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. O problema do Conflito de Princípios e a proposta de solução de Alexy: Aproximações Epistêmicas e prático- jurídicas à

Máxima da Proporcionalidade e A Prisão Cautelar. Revista Jurídica De Jure, vol.11, jul/ dez - 2012.

JESUS, Damásio Evangelista de. Código de Processo Penal Anotado, São Paulo; Saraiva,1993.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Os Direitos da Personalidade na Constituição Federal. Constituição Federal Após 20 Anos: Reflexões.Org. JORGE JUNIOR, Alberto Gosson; Coltro, Antonio Carlos Mathias; MOREIRA; Elianetrevisani; ANDRADE, Marcus Vinicius dos Santos. Campinas: Millennium Editora, 2009.

JUNOY, Joan Picó I. El Derecho a La Prueba Em El Proceso Civil. Barcelona: José Maria Bosh Editor, SA, 1996.

KARAM, Maria Lúcia. Escritos sobre a Liberdade, vol.4. Liberdade, Intimidade, Informação e Expressão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KNIJNIK, Danilo. A doutrina dos frutos da árvore venenosa e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. Ajuris, 66. Ano XXIII – março, 1996.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Imposição e Inversão do ônus da prova. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LENZ, Luiz Alberto Flores. Os meios moralmente legítimos de prova. Ajuris, nº39, 1985.

LESSONA, Carlos. Teoria General de La Prueba en Derecho Civil, 4ªedl trad. do original italiano de Enrique Aguilera de Paz, Madri, Instituto Editorial Réus, 1957.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale Diritto Processuale Civile. Milano: Milano Dott. A Giuffré Editore, 1980.

LIMA, Alcides de Mendonça. A Eficácia do meio de prova ilícito no Código de Processo Civil Brasileiro. *Ajuris*, 38, ano XIII – novembro, 1986.

_____. A Nova Terminologia do CPC, *Revista, Forense*, ano 70. Abr./jun.1974. Vol. 246.

LOPES, João Batista. A prova no Direito Processual Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Principio da Proporcionalidade e Efetividade do processo civil. Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão: coord. Luiz Guilherme Marinoni, *Revista dos Tribunais LTda*, 2006.

MAGALHAES, Maria Cristina Faria. A evolução da avaliação processual das provas ilícitas. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, RJ (23), 2006.

MAGNO, Emmanuel. Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2005.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. A presunção absoluta e relativa na teoria da prova. Sua natureza jurídica e sua eficácia, Revista Forense, 1995. Vol. nº 74.

MARIANO, Dario Cesar Silva. Provas Ilícitas. 4ª edição, São Paulo: Forense, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual civil, , 1º parte, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1977. Volume II.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho, 28ª edição, São Paulo: Atlas SA, 2008.

MEDEIROS NETO, Elias Marques, Proibição da Prova ilícita no Processo Civil Brasileiro, São Paulo: Fiúza, 2010.

MELENDO, Santiago Sentis. Natureza da Prova. A prova é liberdade. Revista Forense, ano 70, abr/jun de 1974. Volume nº 246.

MELLO, Rodrigo Pereira. Provas Ilícitas e sua interpretação constitucional, Porto Alegre; Fabris, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1989.

MENDES, João de Castro. Do Conceito de Prova em Processo Civil. Lisboa: Edições Ática. 1961.

MENDES, Maria Gilmaise de Oliveira. Direito à intimidade e interceptações telefônicas. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

MICHELI, Gian Antonio e TARUFFO, Michele. A Verdade Substancial.. Revista de Processo. Ano IV. - nº 16, outubro-dezembro, 1979.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal, 18 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Indícios e Presunções como Meio de Prova. Revista de Processo, nº 37, Ano X – janeiro-março de 1985.

MIRANDA, FC Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª Ed. T. III, Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. A questão da prova ilícita vista pelos Tribunais. Revista de Processo, nº 32, nº 145, março/2007.

MOSSIN, Heráclito A. Mossin. Sigilo bancário e interceptação telefônica. Revista Jurídica, 221:56, março, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as Provas Ilicitamente Adquiridas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: 205, jul./set.1996.

_____. Julgamento e ônus da Prova. Temas de Direito Processual Civil – segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988.

MUNHOZ, Luiz Galvez. La ineficácia de la prueba obtenida com violacion de derechos fundamentales. Navarra: Aranzadi, 2003.

NERY Jr., Nelson. Princípios de processo civil na Constituição Federal. 10ª edição: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. Riv. Dir. Processuale, VOL.XXI, 1996.

OLIVEIRA, Eugenio Paceli Oliveira. Curso de Processo Penal, 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

OLIVIA SANTOS, Andrés de la. Sobre la ineficácia de las pruebas ilícitamente obtenidas. Tribunales de Justicia, La ley, nº 8-9, p.5, agosto-sept. 2003.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. O Princípio da proibição das provas ilícitas e os Direitos Fundamentais. Revista Jurídica, Ano 50 – nº 301, novembro de 2002.

PAROLIN, Marcos Cesar Pavani. Responsabilidade Civil Na Produção da Prova. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

PASSOS, JJCalmón. Esboço de uma teoria das Nulidades. Revista de Processo. Ano 14, nº 56, outubro – dezembro de 1989.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Prova penal. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

PRADO, Leandro Cadenas. Provas Ilícitas no processo penal. Teoria e Interpretação dos Tribunais Superiores, Niterói, RJ: Impetus, 2006.

PORTO, Sérgio Gilberto. Prova. Generalidades da Teoria e particularidades do Direito de Família. Ajuris, 39, 1985.

RABONESE, Ricardo. Provas Obtidas por Meios Ilícitos, Porto Alegre: Síntese, 2000.

REGO, Hermenegildo de Souza Rego. Natureza das Normas sobre Prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

RICCI, GF. Le prove illecite nel processo civile. Riv. Trim. di dir. e proc. Civ., 1987.

RIVAS SEVA, Antonio Pablo – La confesión del acusado como efecto reflejo de la prueba ilícita, Notícias Jurídicas. nº73, Casa Editorial Bosch Barcelona, miércoles 1 de marzo de 2000.

ROHNELT, Ladislau Fernando. Prova Emprestada. Ajuris, nº 17, ano VI, novembro – 1979.

SANTOS, Gildo dos. A Prova no processo Civil. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1979.

SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária no Cível e Comercial. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 1983.

SARLET, Ingo Wlfogang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais Na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Uma Análise Na Perspectiva da Doutrina e Judicatura do Ministro Carlos Ayres Britto. Direitos Fundamentais em Construção. Estudos em Homenagem ao Ministro Carlos Ayres Britto. coord. Bertoldi, Márcia Rodrigues; Oliveira, Kátia Cristine Santos de, Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

SILVA, Clóvis V. do Couto. Direito Material e Processual em Tema de Prova. Revista de Processo, nº13, Ano 4, janeiro - março de 1979.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. A crise da privacidade nos meios de prova. Revista Forense, 252, 1975.

SILVA, Ovídio Batista Da. Curso de processo civil, vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA FILHO, Gustavo da. Provas ilícitas com ênfase na interceptação telefônica. processo penal especial. Guarulhos: Saraiva, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Entre Hobbes e Rousseau: A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade (UBERMASSEVERBOT E UTERMASSEVERBOT) E A Proteção de Bens Jurídicos Fundamentais no Âmbito do Direito Penal e Processual Penal. Revista do Ministério Público do Estado do Pará, Ano um, Volume I, Dezembro 2006.

TALAMINI, Eduardo. A prova emprestada no processo civil ou penal. Revista do Processo. São Paulo: RT, nº 91, 1998.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 48ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, Vol II, 2008.

_____. O Processo Justo: o Juiz e seus Poderes Instrutórios na Busca da Verdade Real. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), novembro de 2009. Vol. 80.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo Penal, 25ª edição, São Paulo: RT, 2003. Vol. 3.

TROCKER, Nicoló – Processo Civile e Costituzione – Problemi di diritto tedesco e italiani, Milani: Giuffré Editore, 1974.

VASCONCELLOS, Roberto Prado. Provas ilícitas (Enfoque constitucional). RT 791 – setembro de 2001.

VESCOVI, Enrique. Provas Ilícitas. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo nº 13/15, 1982.

VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. Normas de Direitos Fundamentais: Regras, Princípios e proporcionalidade. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas. 2012. Vol.13.

WALD, Arnold. O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiro e na lei complementar. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. São Paulo, RT, v. 1,70, out/dez 1992.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do Processo e da Sentença. 6ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____, WAMBIER; Luiz Rodrigues; e MEDINA, José Garcia. Breves. Comentários à Nova Sistemática Processual Civil, São Paulo: RT, 2007. Vol. 3..

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA Flavio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo Curso Avançado de Processo Civil, 8ª edição. São Paulo; RT,..., 2007. vol. I.

ZANETI, Paulo Rogério. Flexibilização das Regras sobre o ônus da Prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. Ônus da Prova no Direito Processual Constitucional Civil e no Direito do Consumidor, Curitiba, Juruá, 2006.