

## **A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL: APLICAÇÃO DO ART. 5º, INCISO LVI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E POSSÍVEIS EXCEÇÕES À REGRA**

Larissa Menghini Bonilha e Rodolpho Vannucci

**Apoio: PIVIC Mackenzie**

### **RESUMO**

O direito processual civil brasileiro é norteado por princípios constitucionais basilares, garantidores do acesso à população a um processo justo, eficiente, econômico e que se adequa às normas legais. O enfoque da seguinte pesquisa se dá em relação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e produção de provas, com especial destaque para o princípio da inadmissibilidade das chamadas provas ilícitas no processo. Buscou-se analisar como a doutrina e a jurisprudência brasileira têm se posicionado acerca da expressa vedação do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, no âmbito do processo civil, averiguando se são admitidas flexibilizações na aplicação da inadmissibilidade das provas ilícitas e se essa garantia pode gerar efeitos negativos ao processo e aos litigantes. Concluiu-se que o assunto ainda não se encontra pacificado entre a doutrina e a jurisprudência pátria, verificando-se que a doutrina busca pela aplicação do princípio da proporcionalidade, ponderando os direitos em jogo no caso concreto e optando pelo meio que cause menor prejuízo ao processo, mesmo que isso signifique admitir a prova ilícita; enquanto que a segunda acaba por realizar uma aplicação desmedida da garantia constitucional, não permitindo flexibilizações; e colocando o direito a produção de prova dos litigantes quase sempre em grau de inferioridade, em comparação com os outros direitos que estejam sendo discutidos no processo, utilizando o princípio da proporcionalidade, na maioria das vezes, no âmbito do processo penal apenas.

**Palavras-chave:** Prova ilícita. Processo Civil. Proporcionalidade.

### **ABSTRACT**

The Brazilian civil procedural law is guided by fundamental constitutional principles, which guarantees access to the population to a fair, efficient and low-priced process that suits the legal norms. The following research focuses on the principles of due process of law, legal defense and evidence production, mainly emphasizing the principle of inadmissibility of illicit evidence in the process. This study sought after analysing how Brazilian doctrine and jurisprudence has positioned itself regards the express prohibition in the article 5, LVI, of the Federal Constitution of 1988, in the matter of civil procedural, investigating if the inadmissibility of illicit evidence can be relaxed, and if there's a possibility of negative effects to the process

and to the litigants. It was concluded that this matter is not yet settled between doctrine and jurisprudence, noticing that the doctrine looks for the application of the principle of proportionality, considering the rights that are at stake in an specific case only, and opting for the option that would cause least damage to the process; while jurisprudence ends up opting for the application of the constitutional guarantee, not allowing flexibilities; and, therefore, placing the litigant's right to produce evidence in a inferior position, in comparison with the other rights that are being discussed in the case, using the principle of proportionality, in most cases, in the context of criminal procedural only.

**Keywords:** Illicit evidences. Brazilian Civil Procedural. Proportionality.

## 1. INTRODUÇÃO

A atividade probatória no Direito Processual tem papel essencial para a formação do convencimento do juiz e, conseqüentemente, para o alcance de um resultado satisfatório na solução do litígio. O Código de Processo Civil brasileiro de 2015, trouxe em seu artigo 369, *caput*, a previsão da ampla admissibilidade dos meios de prova, excluindo-se apenas os chamados meios ilegais ou moralmente ilegítimos.

Tal artigo faz clara alusão ao princípio constitucional da ampla defesa, assentado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Garante-se, então, às partes o direito à produção de provas e à possibilidade de influir no resultado final do processo.

Em contrapartida, a Carta Magna de 1988 traz consigo uma nova garantia fundamental: a da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo – seja civil, penal, trabalhista. Garantia esta que, em sua redação, não demonstra a possibilidade de exceções ao que estabelece.

Tanto o princípio da ampla defesa, como o da inadmissibilidade das provas ilícitas, tem o mesmo cerne: se originam do princípio do devido processo legal. Resta então a problemática que se pretende analisar a seguir: no caso concreto, em que estejam em jogo a inadmissibilidade das provas ilícitas, é sempre plausível a aplicação incisiva da regra constitucional? Ao não se admitir a prova ilícita com o objetivo de preservar o devido processo legal, o efeito não poderia acabar sendo inverso?

## 2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

### 2.1. A constituição e o Direito Processual

As normas do Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo têm sua interpretação e construção intrinsecamente atreladas à Constituição Federal, bem como todos os diplomas legais do ordenamento jurídico brasileiro. É assim que estabelece o sistema de controle de constitucionalidade, previsto pela própria Constituição Federal, e reforçado pelo artigo primeiro do Código de Processo Civil:

O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Isso posto, em primeiro lugar, há que se mencionar alguns dos princípios constitucionais que norteiam o funcionamento do Processo Civil e que são relevantes para que se adentre ao tema da inadmissibilidade das provas ilícitas neste âmbito. Instruem Ada Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco (2006) que o Direito Processual como um todo é regido por quatro normas ideais, – que aspiram pela melhoria do

aparelhamento processual - referidas como os “princípios informativos do processo”, sendo eles: a) o princípio lógico, o qual se baseia na seleção dos meios mais eficazes de se encontrar a verdade, evitando erros; b) o princípio jurídico, que busca garantir a igualdade processual e justiça no momento da decisão; c) o princípio político, pautado na máxima garantia social com o mínimo de sacrifício possível das liberdades individuais; d) o princípio econômico, que visa garantir um processo acessível a todos, levando em conta seu custo e duração. Ademais, influenciados por esses princípios informativos, estão os princípios gerais do processo, pelos quais se orienta a aplicação das normas processuais e o próprio andamento do processo.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos XXXV e LV, garante o acesso à justiça a todos os cidadãos cujos direitos individuais tenham sido violados, por meio do que se define como o “devido processo legal”. Tal princípio é uma das garantias constitucionais mais amplas no ordenamento pátrio, originando-se dele, como explica Gilmar Mendes (2014), uma série de outras garantias processuais, dentre elas o direito ao contraditório e a ampla defesa, o direito ao juiz natural e o direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita. Diz Mendes que “o devido processo legal é também um tipo de garantia com caráter subsidiário e geral (*Aufanggrundrecht*) em relação às demais garantias [...]”. Sobre o tema, elucidam também Grinover, Cintra e Dinamarco:

Entende-se, com essa fórmula [devido processo legal], o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição. (p. 88)

Ao presente estudo interessa, sobretudo, as garantias ao contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, CF), bem como a garantia à proibição da prova ilícita no processo (art. 5º, LVI, CF).

A primeira faz referência à necessidade de serem ouvidas as partes antes de proferida a decisão, dando-lhes o direito pleno de defesa e manifestação no processo. Segundo Fredie Didier Jr. (2016), o princípio do contraditório é formado por duas dimensões: a) a dimensão formal, a qual abrange a garantia de ser ouvido, de participar e poder falar no processo; b) a dimensão substancial, que trata do poder de influência – é necessário que a parte seja ouvida em condições de poder influenciar a decisão do julgador, sendo este o elemento que concretiza de fato o contraditório, impedindo a prolação de decisões “surpresa”. Estabelece o artigo 9º, caput, do Código de Processo Civil: “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.”

No que concerne a ampla defesa, trata-se de figura intimamente conexas ao contraditório, sendo o meio pelo qual se exerce adequadamente o contraditório. É o direito garantido às partes de produzir e trazer ao processo as provas que julguem necessárias para influenciar no resultado esperado. De acordo com Gilmar Mendes (2016):

Entretanto, é imperativo perceber que a amplitude do princípio da ampla defesa comporta mitigações, uma vez que o próprio direito se submete à restrições determinadas por outros direitos ou deveres fundamentais que operam, nos casos concretos, em sentidos opostos. (p. 445)

A proibição da prova ilícita – ou inadmissibilidade da prova ilícita – é uma das garantias fundamentais que mitiga a amplitude do direito à ampla defesa, estando em oposição ao entendimento de que as partes poderiam se utilizar de quaisquer meios para comprovarem sua versão dos fatos. A garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo vem tipificada pelo artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal; incorporada pelo Código de Processo Civil em seu artigo 369.

Como garantia constitucional, a proibição das provas ilícitas tem como escopo proteger e evitar a violação de normas também de caráter constitucional e que visem a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade. Em suma, se destina à proteção dos direitos fundamentais.

## **2.2. A prova**

### **2.2.1. Conceito e finalidade**

Para que se possa ponderar sobre a admissibilidade das provas ilícitas no âmbito do Processo Civil, é indispensável a compreensão geral do que é a prova em si e qual função desempenha no processo. Assim, nos ensinamentos de Humberto Theodoro Jr. (2014), a prova em sua acepção objetiva é o instrumento através do qual se demonstra a existência de um fato – como por exemplo, documentos, testemunhas, perícia e etc. – e, em seu sentido subjetivo, é a convicção formada em torno do fato demonstrado. Diz Eduardo Couture (1958) que *“la prueba civil se parece a la prueba matemática: una operación destinada a demostrar la verdad de otra operación”*.<sup>1</sup> De Plácido e Silva (2014) conceitua a prova em seu Dicionário Jurídico da seguinte maneira:

Do latim proba, de probare (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entende-se, assim, no sentido jurídico, a demonstração, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui pela existência do fato ou do ato demonstrado. A prova consiste, pois, na demonstração da existência ou da veracidade daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou que se contesta. (p. 1707).

Analisando o objetivo que se pretende alcançar com a atividade jurisdicional, fica ainda mais claro o papel que a prova desempenha na esfera jurídico-processual: proporcionar ao

---

<sup>1</sup> “A prova civil se parece com a prova matemática: uma operação destinada a demonstrar a verdade de outra operação.” (tradução livre da autora)

juiz condições para que ele solucione os litígios à luz da verdade *real*. A doutrina aponta para uma dicotomia existente entre a verdade real (ou substancial) e a verdade formal.

A verdade real corresponde à realidade propriamente dita, representando a verdade dos fatos, ou seja, o que realmente aconteceu. É a verdade que vincula a formação da convicção do juiz, que, pela lei, é instigado a sempre buscar essa verdade no processo.

A verdade formal diz respeito à verdade que se extrai dos autos e que é resultado da atividade probatória das partes. Importante ressaltar que, apesar de sempre visar a maior aproximação possível da realidade fática, o juiz nem sempre tem elementos suficientes para alcançar a verdade real, utilizando-se, então, das provas produzidas no processo para formar sua convicção.

O artigo 371, do Código de Processo Civil, explicita em seu texto a finalidade da prova como instrumento formador do convencimento do juiz: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.” Ademais, o dispositivo legal determina também a necessidade de fundamentação da decisão, advinda do princípio do livre convencimento motivado, típico do sistema da persuasão racional da prova adotado pelo Brasil - pelo qual se compreende que o julgamento deve se basear nos fatos e provas constantes nos autos, não podendo o magistrado considerar informações extra-autos para construir sua convicção, devendo apontar os motivos pelos quais decidiu em determinado sentido. Correlatamente a este princípio, encontra-se o princípio da necessidade das provas, segundo o qual compreende-se que às partes não basta a mera alegação dos fatos ocorridos, sendo necessário que elas os comprovem em juízo, por meio das provas. O juiz, por sua vez, deve vincular seu convencimento às provas presentes nos autos, restando clara a necessidade destas no âmbito processual civil.

Além da persuasão racional, existem outros dois sistemas de valoração da prova, sendo eles: o sistema da prova legal (ou critério legal), no qual o juiz aprecia os instrumentos probatórios com base numa hierarquia legal fixada detalhadamente em lei, obtendo um resultado automaticamente; e o sistema da livre convicção (valoração *secundum conscientiam*), pelo qual o juiz tem liberdade integral para avaliar as provas, prevalecendo sua íntima convicção.

O sistema da prova legal, de acordo com Humberto Theodoro Jr. (2014), representava a supremacia do formalismo sobre o ideal de verdadeira justiça. Era utilizado no direito medieval e no direito romano, estando hoje completamente superado. O da livre convicção, por sua vez, pode caracterizar excesso a acabar em conflito com o princípio constitucional do

contraditório. Resta mais acertado, então, o sistema da persuasão racional, segundo o qual discorrem Grinover, Cintra e Dinamarco:

Persuasão racional, no sistema do devido processo legal, significa convencimento formado com liberdade intelectual mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado do dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que conduziram o juiz à conclusão. (p. 375)

### **2.2.2. Objeto de prova**

A prova, como já visto, constitui o instrumento pelo qual o juiz formará sua convicção acerca da ocorrência dos fatos alegados no processo. Contudo, não são todos os fatos trazidos ao processo que constituem objetos de prova, devendo ser provados apenas aqueles que considerados como controvertidos, – os que gerem dúvida a seu respeito, necessitando, então, de comprovação em juízo – relevantes e determinados. Não se exige a comprovação dos fatos chamados notórios (*notoria non egent probatione*), irrelevantes, incontroversos, impossíveis, ou que apresentem presunção legal de veracidade ou existência. Assim disciplina o Art. 374 do Código de Processo Civil:

Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

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

III - admitidos no processo como incontroversos;

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

Os fatos notórios são aqueles de conhecimento geral, conhecidos por todos. José Frederico Marques (2015) os conceitua da seguinte maneira: “o fato notório representa o que é certo, indiscutível, indubitoso, de maneira segura, rápida, sem necessidade de maiores indagações”.

Consoante aos fatos irrelevantes, entende-se que, apesar de serem fatos relacionados ao litígio, não seriam úteis à formação do convencimento do juiz, ou seja, não têm relevância para influenciar na decisão da causa. Apesar de não manifestado pelo Código de Processo, os fatos impossíveis não constituem objeto de prova, justamente por não serem passíveis de comprovação – um exemplo seria a tentativa de se provar a alegação de que o indivíduo estava presente em dois locais distintos ao mesmo momento.

### **2.2.3. Meios de prova**

Meios de prova são as ferramentas trazidas ao processo com o objetivo de elucidar e convencer o juiz sobre a verdade fática.

O Código de Processo Civil brasileiro expõe em seu texto o rol dos meios de prova que podem ser utilizados no processo, estando entre eles a prova documental, a prova testemunhal e a prova pericial. Como bem apresentado em seu artigo 369, não se trata de um

rol taxativo, podendo as partes se utilizarem de qualquer *meio legal e moralmente legítimo* para que possam comprovar a veracidade dos fatos apresentados nos autos, mesmo que estes meios não estejam legitimados no ordenamento. Disciplina o referido artigo:

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

O texto do dispositivo em questão demonstra o princípio da atipicidade das provas, entendendo-se que, diferentemente de outros diplomas processuais, o nosso Código de Processo Civil, ao não se vincular à taxatividade dos meios de prova, admite os chamados meios de prova atípicos. Estes são todos os meios probatórios não previstos na lei, mas passíveis de apreciação pelo magistrado. Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno (2019):

A prova atípica deve ser entendida como a que pode ser legitimamente obtida e produzida no processo e, como tal, ser analisada e valorada pelo magistrado, ainda que ela não se amolde a um dos meios de prova regulados pelo ordenamento jurídico nacional. É o que se dá, por exemplo, com o “depoimento por iniciativa da própria parte” [...] (p.218)

Nesse sentido, faz-se importante notar que as provas ilícitas, objetos da presente discussão, se diferenciam das provas atípicas, ao passo que sua forma de obtenção não é legitimada e seu uso no processo – civil, penal e trabalhista – encontra expressa vedação no art. 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988, bem como no próprio art. 369, do Código de Processo Civil. Não obstante, pontua-se que são possíveis os casos em que uma prova atípica seja também ilícita na hipótese de transgressão do texto legal.

### **2.3. Provas ilícitas**

As provas são os meios adequados para que se alcance a verdade no processo – seja ela a verdade real, que espelha a exata realidade dos fatos, ou quando não seja possível; ou a verdade substancial, que corresponde à verdade jurídica extraída do que se apresentou no processo. As partes, no entanto, não têm plena liberdade no momento da produção probatória, não lhes é permitido trazer para o âmbito processual todo e qualquer meio de prova que considerem úteis.

A Constituição Federal, ao mesmo passo em que garante o direito dos litigantes à ampla defesa (art. 5º, LV, CF), apresenta restrições ao princípio mencionado, expressamente afastando da apreciação do magistrado as chamadas provas ilícitas.

As provas ilícitas podem ser definidas como aquelas que contrariam as normas do ordenamento jurídico, em especial, as protetoras dos direitos individuais e da personalidade, ou seja, aquelas que, para que possam ser obtidas, infringem normas estabelecidas constitucionalmente. Não à toa, com vistas a garantir a não violação de tais direitos, a CF/88

criou a garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, que passou a constituir um direito fundamental da parte, como leciona Gilmar Mendes (2014).

Como no texto do art. 5º, inciso LVI da Constituição, o termo utilizado é “provas obtidas por meios ilícitos” e não “provas ilícitas”, há quem diferencie as duas expressões. Neste caso, as provas ilícitas seriam aquelas com ilicitude em seu conteúdo, enquanto as obtidas por meio ilícitos seriam as que apresentam ilicitude no método de colheita. Didier Jr. (2016) considera que, apesar da distinção, ambas estão abrangidas pela garantia da inadmissibilidade.

De acordo com o que foi exposto anteriormente neste trabalho, a garantia constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas é originada de um princípio maior: o devido processo legal. Dele, nasce também o direito à ampla defesa, que, por sua vez, origina o direito fundamental das partes à produção de provas. A partir disso, é possível concluir que, apesar de constituir uma limitação ao pleno exercício do direito à prova, a garantia do art. 5º, LVI, não vai contra ele, sendo assim, complementares. Pode, no entanto, ocorrer no caso concreto situações que coloquem esses dois princípios de hierarquia constitucional em grau de conflito e é neste momento que se faz necessária a ponderação acerca da flexibilização da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, tratada mais adiante com base nos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

Além das provas ilícitas propriamente ditas, existem as chamadas provas ilícitas por derivação. Essas caracterizam-se por serem, por si só, lícitas, mas por serem obtidas através de uma prova obtida anteriormente de forma ilícita, são consideradas igualmente ilícitas. Isso decorre da chamada Teoria dos Frutos da Árvore Venenosa (*fruits of the poisonous tree*) – a planta (prova ilícita) transmite seu vício a todos os seus frutos (provas derivadas). Referida teoria teve origem na jurisprudência estado-unidense no ano de 1920, com o julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co v. United States*<sup>2</sup>, sendo utilizada pela primeira vez com esta terminologia no caso *Nardone v. United States*<sup>3</sup>, no ano de 1939. Por serem então consideradas tão ilícitas quanto as provas que as originaram, as provas derivadas também são abrangidas pela proibição da prova ilícita no processo.

Faz-se interessante distinguir também as provas ilícitas das provas ilegais e ilegítimas. Entende-se que as provas ilícitas e ilegítimas são duas espécies do gênero das provas ilegais. As primeiras são aquelas que, no momento de sua obtenção, acabam por ferir normas tanto de ordem infraconstitucional, como de ordem constitucional, como as obtidas por meio de

---

<sup>2</sup> Trata-se de caso de tentativa de não pagamento de impostos, no qual restou decidido pela inadmissibilidade das provas, adquiridas através de cópias de registros conseguidos de forma ilícita, justificando-se que a ilicitude dos registros contaminou as cópias e sua admissibilidade no processo poderia ensejar o descumprimento da Quarta Emenda Constitucional dos Estados Unidos.

<sup>3</sup> Provas colhidas por meio de escutas telefônicas e todas as que foram encontradas em decorrência do que se descobriu com esse procedimento foram consideradas inadmissíveis.

tortura (art. 5º, III, CF), com violação do domicílio (art. 5º, XI, CF) e da intimidade (art. 5º, X, CF). Ofendem a Constituição e os valores fundamentais garantidos aos cidadãos. O artigo 157, do Código de Processo Penal brasileiro, deixa claro o entendimento que se tem por prova ilícita: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Por sua vez, as provas consideradas como ilegítimas são aquelas caracterizadas pela infringência de normas de direito processual. Nas lições de Scarpinella (2019), uma prova pode ser considerada lícita, ou seja, estar de acordo com o ordenamento jurídico, mas ter sido obtida por um meio ilícito, sendo então classificada como ilegítima.

Ada Pellegrini Grinover (1992) esclarece a distinção entre essas duas espécies de prova: “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”.

Ambas as provas ilícitas e ilegítimas são consideradas como provas ilegais, tendo como ponto de convergência a sua inadmissibilidade jurídico-processual. Como pontua Alexandre de Moraes (2016)

As provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois se configuram pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico. (p. 114)

Acerca disso, Didier Jr. tece crítica a respeito da diferenciação terminológica entre as provas ilícitas e ilegítimas, visto que, de acordo com sua visão:

A classificação, [...] é artificial, porque não considera que a ilicitude é categoria geral do Direito, não se referindo apenas à violação de regras de direito material, mas à violação de regras jurídicas de uma forma geral. Simples e correta a definição de prova ilícita feita pelo caput do art. 157 do Código de Processo Penal, que reputa ilícita a prova que contraria norma legal ou constitucional. Não bastasse isso, a classificação parece-nos inútil, porque pouco importa qual a natureza jurídica da norma violada: a prova, de todo jeito, será proibida no processo. (p. 100)

## **2.4. A flexibilização da garantia da inadmissibilidade da prova ilícita, prevista pelo**

### **art. 5º, LVI, da CF**

#### **2.4.1. Na doutrina**

A Constituição Cidadã foi pioneira ao tratar com especificidade sobre as provas ilícitas em seu texto. Até então, a visão doutrinária acerca do tema indicava para a admissibilidade das provas ilícitas no processo quando se tratasse de direito de família.

Amplamente, existem quatro correntes ideológicas no que concerne à flexibilização da inadmissibilidade das provas ilícitas do processo. A primeira prega a admissibilidade da prova

ilícita sem que haja consequências legais dentro do processo, punindo-se na esfera penal apenas a parte que tenha produzido a prova. É a chamada doutrina do *male caput, bene retentum* (mal colhido, porém bem conservado), defendida por doutrinadores como Carnelutti e Rosenberg (1956), o qual defende que a prova ilícita demonstra a culpa do agente, mas não deve interferir na busca da verdade pelo juiz. A segunda defende que, como a prova ilícita é vedada pela Constituição, não poderia ser admitida no âmbito do processo, resguardando a ideia de que o Direito deve ser entendido como sendo unitário. É o que defende Maria Beatriz Bogado de Oliveira (1999):

O direito é um todo unitário, formando um universo que não é composto por compartimentos estanques. Se a prova é ilícita, afronta ao direito em seu universo, não sendo admitida no processo, ainda que não seja instrumental a norma violada. O ilícito contamina todo o direito e não somente partes separadas. (p. 281)

A terceira corrente é no sentido de considerar a admissão da prova ilícita como inconstitucional e, portanto, totalmente inadmissível no processo. Ada Grinover (2002) aponta para a total inadmissibilidade das provas ilícitas:

A Constituição de 1988, [...] declarou “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito” (art. 5º, inc. LVI). Não se trata, pois, de admitir a prova obtida ilicitamente, em nome do princípio da verdade real ou de outro qualquer, para depois responsabilizar quem praticou o ilícito (civil, penal, administrativo) - mas simplesmente de impedir que tais provas venham ao processo ou nele permaneçam. (p. 372)

E, por fim, a quarta corrente defende a admissão da prova ilícita, utilizando-se do princípio da proporcionalidade para flexibilizar a garantia fundamental da inadmissibilidade, levando em conta os valores dos princípios que estão sendo defendidos e infringidos no caso concreto.

No Brasil, apesar da clara vedação a esse tipo de prova pela legislação, existe o posicionamento a favor da flexibilização desta por meio do uso do princípio da proporcionalidade, em casos excepcionais, onde se encontre uma contraposição entre os princípios constitucionais, é defendido pela doutrina.

Gilmar Mendes (2014) aponta que a garantia de inadmissibilidade da prova ilícita tem íntima conexão com outros direitos e garantias fundamentais, como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, CF), o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, CF) e outros. Segundo o autor, a obtenção de provas em contrariedade às garantias previstas na ordem constitucional configura afronta ao princípio do devido processo legal e, sobre a utilização do princípio da proporcionalidade, diz:

Quando a prova obtida ilicitamente for indispensável para o exercício do direito fundamental à ampla defesa pelo acusado [...], não há por que se

negar a sua produção no processo. O devido processo legal atua, nesses casos, com dupla função: a de proibição de provas ilícitas e a de garantia da ampla defesa do acusado. Na solução dos casos concretos, há que se estar atento, portanto, para a ponderação entre ambas as garantias constitucionais. A regra da inadmissibilidade de provas ilícitas não deve preponderar quando possa suprimir o exercício da ampla defesa pelo acusado, sob pena de se produzir um verdadeiro paradoxo: a violação ao devido processo legal (ampla defesa) com o fundamento de proteção do próprio devido processo legal (inadmissibilidade de provas ilícitas). (p. 520)

Alexandre de Moraes (2016) também se mostra favorável a aplicação da proporcionalidade em casos excepcionais:

Saliente-se, porém, que a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Esta atenuação prevê, com base no Princípio da Proporcionalidade, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, [...] havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização. (p. 87)

Fredie Didier Jr. (2016) defende que em casos onde se encontre um conflito entre o direito à produção de prova e a vedação da prova ilícita, a solução deve ser dada de acordo com o caso concreto, à luz da proporcionalidade. Em suas palavras:

Os que admitem sempre a prova ilícita, ou não admitem nunca, pecam por considerar de modo absoluto e apriorístico os direitos fundamentais em jogo. Aqueles que entendem que a prova ilícita somente é admissível excepcionalmente, e apenas no processo penal, pecam por dois motivos: primeiro, por entender que sempre, no processo penal, há discussão em torno do direito à liberdade [...], segundo, por entender que nenhum outro direito fundamental, a não ser o direito à liberdade, pode ser mais relevante que o direito fundamental à vedação da prova ilícita, o que também é indefensável à luz da teoria dos direitos fundamentais. (p.102-103)

O autor também enfatiza um ponto importante de que a utilização do princípio da proporcionalidade deve ocorrer apenas em casos excepcionais e não de forma indiscriminada, propondo a adoção de alguns critérios para que seja admitida a sua aplicação. São eles a imprescindibilidade, de acordo com o qual a prova ilícita somente será aceita se restar demonstrado que não havia outro modo de comprovar o seu objeto ou, caso exista outro modo, este deve se mostrar extremamente gravoso à parte; a proporcionalidade, pelo qual o “bem da vida objeto de tutela pela prova ilícita deve mostrar-se, no caso concreto, mais digno de proteção que o bem da vida violado pela ilicitude da prova”; punibilidade, o qual estabelece que o juiz deve tomar as medidas necessárias para que a parte que tenha se valido da prova ilícita e praticado conduta antijurídica seja punida; utilização *pro reo*: válida apenas no âmbito do processo penal, garante a admissibilidade da prova ilícita somente para benefício do réu, não podendo ser utilizada nos casos em que o possa prejudicar.

Basicamente, os critérios balizadores da aplicação do princípio da proporcionalidade são: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade. Segundo José Barbosa Moreira (1996):

Cabe verificar se a transgressão se explicava por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte, e se esta se manteve nos limites determinados pela necessidade; ou se, ao contrário, existia a possibilidade de provar a alegação por meios regulares, ou se a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução do processo. Em suma: averiguar se, dos dois males, se escolheu realmente o menor. (p. 13)

Em relação às provas derivadas e a Teoria do Fruto da Árvore Envenenada, que têm origem na doutrina americana, podem ser também passíveis de admissão por meio da observância do princípio da proporcionalidade. Gilmar Mendes (2014) afirma que a Teoria vem sendo atenuada em alguns casos, em razão da possibilidade de invalidação de toda a investigação decorrente do uso das provas derivadas. Menciona como exceções à exclusão dessas provas do processo a teoria da fonte independente (*independent source*) – a prova derivada pode ser admitida no processo caso existisse a possibilidade de ser alcançada pelos meios lícitos, pois possui uma fonte independente da prova ilícita que a originou – e da descoberta inevitável (*inevitable discovery*) – a prova derivada é admitida quando, de forma lícita ou ilícita, acabaria sendo descoberta.

#### **2.4.2. Na jurisprudência**

A menção ao princípio da proporcionalidade relacionado à flexibilização do impedimento das provas ilícitas no processo civil é um tanto quanto defasada na jurisprudência pátria, se comparada com o processo penal.

O que se pode notar é uma maior resistência do Supremo Tribunal Federal quanto a admissão das provas ilícitas. No julgamento de um habeas corpus, ainda em 1993, o Egrégio Tribunal se posicionou acerca do tema, como se segue:

No Brasil, contudo, a inadmissibilidade da prova captada ilicitamente já se firmara no Supremo Tribunal, antes da Constituição, seja no processo civil, seja na investigação criminal. E a Constituição de 1988 explicitou peremptoriamente, no art. 5º, LVI, que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos. (STF -HC 69.912-0 RS, Relator: Sepúlveda Pertence, Data do julgamento: 30/06/1993, Data de Publicação: 26/11/1993, Tribunal Pleno).

O Tribunal de Justiça do Ceará, proferiu, em 2019, uma sentença no sentido de inadmissão da prova ilícita e condenação da parte que a apresentou no processo por litigância de má-fé. Observa-se:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO À GRATUIDADE JUDICIÁRIA. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O INCIDENTE. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS APTOS A AFASTAR A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DA DECLARAÇÃO DE

HIPOSSUFICIÊNCIA APRESENTADA PELA IMPUGNADA. BENEFÍCIO MANTIDO. JUNTADA DE DOCUMENTOS SIGILOSOS. *PROVA ILÍCITA*. TEMERARIEDADE (ART. 80, INC. V, DO CPC/15). LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONDENAÇÃO DA APELANTE EM MULTA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

[...] 8. Em relação ao pedido deduzido nas contrarrazões, no sentido de condenar a apelante, MOURA DUBEUX CE PARQUE DE FÁTIMA CONSTRUÇÕES LTDA, às penalidades da litigância de má-fé (arts. 79, 80 e 81 do CPC), verifica-se que assiste razão à apelada. Isso porque, no afã de demonstrar a ausência de hipossuficiência financeira da apelada, Tatiana Carvalho de Araújo, o apelante juntou aos autos do presente feito documentos extraídos de processo sigiloso, Ação de Guarda nº. 0145186-53.2016.8.06.0001, expondo de forma indevida a intimidade da apelada. 9. É cediço que as provas que violam princípios constitucionais são ilícitas, agindo de modo complementemente temerário o apelante ao anexá-las aos autos, pelo deve ser condenado nas penalidades da litigância de má-fé, na forma do art. 79 e seguintes do CPC/15. [...] (TJ-CE – APL: 00733453220158060001 CE 0073345-32.2015.8.06.0001, Relator: MARIA VILAUBA FAUSTO LOPES, Data de Julgamento: 30/10/2019, 3ª Câmara Direito Privado, Data de Publicação: 30/10/2019).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, em decisão interlocutória, traz o seguinte posicionamento acerca das provas ilícitas:

"Ainda que ilícita a prova, deve ser admitida para que seja preservado um bem maior. Quem merece maior proteção, a privacidade da agravada ou o bem estar social?"

A admissibilidade da prova ilícita deve ser decidida pelo julgador examinando o valor de maior relevância social, de acordo com os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade, de forma que se admita a flexibilização da vedação constitucional às provas obtidas por meios ilícitos quando em benefício da sociedade."

Assim, cabe ao juiz, enquanto destinatário, decidir sobre a necessidade ou não da sua realização das provas, em homenagem ao princípio do livre convencimento motivado, sendo-lhe assegurado o indeferimento das diligências inúteis ou meramente protelatórias, conforme positivado no art. 370, do NCPC (processo 0006630-33.2011.8.20.0106, Tribunal do RN, 1ª Vara da Fazenda Pública, Juiz: Pedro Cordeiro Junior, Data da decisão: 01/07/2019).

O Tribunal do Rio Grande do Sul, em julgamento de apelação cível, se manifestou pela admissibilidade de prova ilícita, aplicando o princípio da proporcionalidade e considerando a comunicação entre o juízo cível e penal. Assim:

*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. DOCTRINA 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. 2 - O princípio da proporcionalidade, que se extrai dos artigos 1º e 5º da Constituição Federal, se aplica quando duas garantias se contrapõem. A Lei 9.296/96 veda, sem autorização judicial, a interceptação e a escuta telefônica, mas não a gravação, ou seja, quando um

dos interlocutores grava a própria conversa. A aplicação há de ser uniforme ao *processo civil*, em face da comunicação entre os dois ramos processuais, mormente dos efeitos de uma sentença penal condenatória no juízo cível e da *prova* emprestada. 3 - A garantia da intimidade, de forte conteúdo ético, não se destina à proteção da torpeza, da ilicitude, mesmo que se trate de um ilícito *civil*. Na medida em que o requerido, deliberadamente, confessa ao autor o negócio realizado, mas diz que este não conseguiria *prová-lo*, pretende acobertar-se sob o manto da torpeza, com a inadmissibilidade da gravação. A conduta do autor manteve-se dentro dos estritos limites da justa causa, da necessidade de reaver seu crédito, sem interferência ou divulgação para terceiros. . (Apelação Cível nº 70004590683, TJRS, 2ª Câmara Especial Cível, Relator: NEREU JOSÉ GIACOMOLLI, Data do Julgamento: 09/12/2002).

O mesmo tribunal, em outro momento, teve posicionamento no sentido de inadmitir a prova obtida por meio de gravação telefônica, desprezando o uso do princípio da proporcionalidade:

DIREITO PROCESSUAL. PROVA. GRAVACAO CLANDESTINA DE CONVERSA TELEFONICA. ILEGALIDADE E IMORALIDADE. APLICACAO DOS INCISOS XII E LVI DO ART-5 DA CF- E DO ART-332 DO CPC. A GRAVACAO DE CONVERSA TELEFONICA SEM CONSENTIMENTO E CIENCIA DO INTERLOCUTOR E INEFICAZ COMO PROVA, POR QUE COLHIDA POR MEIO ILICITO E OFENSIVO A TUTELA DE DIREITO INDIVIDUAL E, POR ISSO, NAO PODE SER INSERIDA EM PROCESSO DE NATUREZA CIVEL. RECURSO IMPROVIDO. (Agravado de Instrumento nº. 593127186, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Celeste Vicente Rovani, Julgado em 16/11/1993).

Em julgamento mais recente, de agravo de instrumento referente a ação revisional de alimentos, o Tribunal do Rio Grande do Sul também entendeu pela não admissão de gravação telefônica, considerando-a como ilícita:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRAVAÇÃO TELEFÔNICA CLANDESTINA. PROVA ILÍCITA. INADMISSIBILIDADE. DESENTRANHAMENTO. A prova obtida por meio ilícito afronta ao disposto no art. 5º, X e LV, da CF/88, razão pela qual é inadmissível, devendo ser desentranhada dos autos. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70062180708, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 11/12/2014).

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão monocrática de Recurso Especial, manifestou-se da seguinte maneira:

.PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

APLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE COMBATE A FUNDAMENTOS AUTÔNOMOS DO ACÓRDÃO. APLICAÇÃO DO ÓBICE DA SÚMULA N. 283/STF. INDEFERIMENTO DE PROVAS ILÍCITAS, IMPERTINENTES, DESNECESSÁRIAS OU PROTTELATÓRIAS.

POSSIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA.

APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

[...] III - O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que não implica cerceamento de defesa o indeferimento de provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

(AgInt no RMS 50.735/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/02/2020, DJe 12/02/2020)

Observa-se que a aplicação do princípio da proporcionalidade para a flexibilização da vedação de provas ilícitas no processo civil não é muito difundida, ou mesmo uniformizada, nos tribunais brasileiros, prevalecendo, portanto, o proposto pelo art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Tendo em consideração o que se foi exposto ao longo deste trabalho e a problemática que se buscava deslindar, verifica-se que o tema das provas ilícitas no processo civil não se encontra ainda devidamente unificado. Doutrina e jurisprudência apresentam, de modo majoritário, posições discrepantes no tocante à admissibilidade das provas ilícitas.

Nota-se que, apesar de ser defendida na doutrina pátria, a aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de flexibilização da garantia constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas não se faz presente, de fato, nas decisões proferidas pelos tribunais brasileiros. O que se vê é uma restrição da aplicação desse princípio ao processo penal, pela ideia equivocada de que a vida é o único bem tutelado pelo ordenamento capaz de permitir a flexibilização do art. 5º, LVI da Constituição Federal.

Resta claro que a falta de unidade entre a doutrina e a jurisprudência, bem como a aplicação ferrenha da inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil, pode vir a gerar prejuízos ao direito de defesa da parte no caso concreto. A não utilização do princípio da proporcionalidade faz com que se desconsidere a existência de outro princípio em jogo no processo, que pode ter maior relevância em sua proteção do que teria o prejuízo que seria causado pela admissão da prova ilícita. Ou seja, na busca por um processo justo e de acordo com as normas legais, é possível que a inadmissibilidade da prova ilícita acabe por afetar de forma mais gravosa o devido processo legal, ante os possíveis danos gerados por seu acolhimento.

### **4. REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Distrito Federal.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 50735. 2020. **Diário da Justiça**. Brasília, DF.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará. Apelação Cível nº 0073345-32.2015.8.06.0001. 2002. **Diário da Justiça**. Fortaleza, CE.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 593127186. 1993. **Diário da Justiça**. Porto Alegre, RS.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70062180708. 2014. **Diário da Justiça**. Porto Alegre, RS.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70004590683. 2002. **Diário da Justiça**. Porto Alegre, RS.

**BUENO, Cassio Scarpinella**. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos. **8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.**

**CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel**. Teoria Geral do Processo. **22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.**

**COUTURE, Eduardo J**. Fundamentos del derecho processual civil, **3ª Ed. Roque de Palma editor, Buenos Aires, 1958.**

**DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de**. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. **11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.**

**DIDIER JUNIOR, Fredie**. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. **17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.**

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

**MARQUES, José Frederico**. Elementos de Direito Processual Penal, **IV, p.215.**

**MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet**. Curso de Direito Constitucional. **9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.**

**MORAES, Alexandre de**. Direito Constitucional. **33. ed. São Paulo: Atlas, 2016.**

**MOREIRA, José Carlos Barbosa**. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. **Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 205, p. 13, 1996.**

**NARDONI V. UNITED STATES**. Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/308/338/case.html>. Acesso em: 20.07.2020

**OLIVEIRA, Maria Beatriz**. Provas ilícitas. **Revista de Direito da Defensoria Pública, Rio de Janeiro, a. 11, n. 15, p. 267-293, 1999**

**ROSENBERG, L.** La Carga De La Prueba. Trad., **KROTOSCHJN, Ernesto**. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa - America, 1956.

**SILVA, De Plácido e**. Vocabulário Jurídico. **31. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.**

**SILVERTHORNE LUMBER CO V. UNITED STATES (1920).** Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/251/385/case.html>. Acesso em: 20.07.2020

**THEODORO JÚNIOR, Humberto.** Curso de Direito Processual Civil: volume i. 55. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

**Contatos:** larissambonilha@outlook.com e rodolpho.vannucci@mackenzie.br