

A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO CIVIL À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Igor Silva Júlio (IC) e Pedro Vitor Melo Costa (Orientador)

Apoio: PIBIC Mackenzie

RESUMO

O presente projeto de pesquisa é dedicado ao emprego de provas ilícitas no processo civil brasileiro à luz do princípio da proporcionalidade e das regras e princípios da Constituição Federal de 1988. Parte-se da impressão de que uma restrição absoluta a tal emprego pode levar a situações em que decisões não razoáveis, desproporcionais, injustas sejam de fato proferidas, e, além disso, aceitas e garantidas constitucionalmente. Para refletir acerca da validade do uso de provas ilícitas, bem como sobre o estatuto das normas que, como regra ou princípio, o vedam, percorrem-se aspectos teóricos destacados em importantes estudos sobre o tema. Entre as questões levantadas, discorre-se sobre a importância da prova enquanto direito fundamental em nosso ordenamento jurídico. Merece atenção, em seguida, o próprio conceito de “proporcionalidade” e os subprincípios que o integram na aplicação ao caso concreto. Ao se observar, por contraste com o processo civil, o tratamento do assunto no âmbito do Direito Penal, questiona-se até que ponto e em que sentidos também ali se evidencia o princípio da proporcionalidade. Breve apanhado de teorias e jurisprudência pertinente ao tema na Alemanha e nos Estados Unidos serve de cotejo com uma amostra de jurisprudência brasileira acerca das provas ilícitas no âmbito do processo civil. Como resultado, apontam-se argumentos que podem embasar uma flexibilização da proibição de seu emprego em nosso país no contexto do Direito Civil, de modo a admiti-lo em situações excepcionais, resguardado o princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: Prova ilícita. Processo civil. Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT

This research project is dedicated to the use of illicit evidence in the Brazilian civil process in the light of the principle of proportionality and the rules and principles of the Federal Constitution of 1988. It is based on the impression that an absolute restriction on such employment can lead to situations in which unreasonable, disproportionate, unfair decisions are in fact made, and, moreover, accepted and constitutionally guaranteed. To reflect on the validity of the use of illicit evidence, as well as on the status of norms that, as a rule or principle,

prohibit it, theoretical aspects highlighted in important studies on the subject are covered. Among the issues raised, we discuss the importance of proof as a fundamental right in our legal system. The very concept of "proportionality" and the sub-principles that integrate it in the application to the specific case deserve attention. When observing, in contrast to the civil procedure, the treatment of the subject in the context of criminal law, it is questioned to what extent and in what senses also there the principle of proportionality is applied. A sample of theories and jurisprudence related to the subject in Germany and the United States serves as a comparison with a sample of Brazilian jurisprudence on the employment of illicit proofs in the civil proceedings. As a result, arguments are pointed out that can support a more nuanced approach to the prohibition of their employment in our country in the context of Civil Law, in order to admit it in exceptional situations, always guarding the principle of proportionality.

Keywords: Illicit Proof. Civil proceedings. Principle of Proportionality.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, é frequente nos depararmos com o assunto da admissibilidade das provas ilícitas em processos. A questão sai dos tribunais e invade a mídia em geral, uma vez que muitos dos casos envolvem figuras importantes da política brasileira. Ao estudioso do direito mostra-se fundamental alcançar uma perspectiva mais aprofundada do que reportagens, não raro sensacionalistas, oferecem ao público em geral. Esta pesquisa, voltada sobretudo para o processo civil, pretende contribuir neste sentido, buscando responder às seguintes questões: qual é a importância da prova enquanto direito fundamental em nosso ordenamento jurídico? É válido admitir provas ilícitas no processo? Se sim, em quais situações seria válida a sua admissibilidade e consequente utilização para se julgar o caso concreto?

Para buscar compreender melhor a questão da ilicitude das provas no contexto do processo civil brasileiro atual, teremos como referência os princípios e direitos fundamentais que regem a Constituição Federal (CF). Em diálogo com importantes autores que se expressaram sobre a questão, procuraremos compreender as principais teorias existentes a respeito da admissibilidade ou não das provas ilícitas no processo. Com isso, uma das questões que se colocam é se, de acordo com tais teorias, o disposto no inciso LVI, do art. 5º da Constituição Federal deva ser tratado como princípio ou como regra.

Servirão de parâmetro para a compreensão da especificidade do tema no Direito civil brasileiro, de um lado, contrastá-lo com tratamento do assunto no âmbito do Direito Penal. De outro lado, apontaremos (muito brevemente, e apoiando-nos em estudos sobre o tema) em quais tipos de casos a Alemanha e os Estados Unidos (países mais referidos pelos autores consultados no tocante à admissibilidade das provas ilícitas no processo) admitiram e admitem as provas ilícitas. Nosso intuito com isso é ressaltar os argumentos ali utilizados para justificar a admissibilidade das referidas provas nos respectivos casos. Por fim, apresentaremos uma breve amostra de jurisprudência que exemplifique o modo como a justiça brasileira tem tratado as provas ilícitas no âmbito do processo civil.

Nessa tentativa de descortinar e compreender os argumentos e fundamentos utilizados pelos juristas e doutrinadores que defendem tanto a utilização, quanto a inutilização das provas ilícitas no processo civil nos casos em apreço, partimos da hipótese de que nesse âmbito tem papel fundamental o princípio da proporcionalidade. Por essa razão, ele receberá uma atenção especial. Com isso, esperamos contribuir para demonstrar por meio de argumentos, dados e fatos se é ou não válido admitir as provas ilícitas no processo à luz do princípio da proporcionalidade e da Constituição Federal.

2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

2.1 A prova como direito fundamental

O Estado Democrático de Direito abrange, em praticamente tudo aquilo que por ele é regulado, o constante embate de interesses envolvendo os cidadãos, que submetem os conflitos dos quais fazem parte à apreciação do Poder Judiciário, ou seja, da figura do Estado-juiz. Como consequência natural de tal situação, têm-se que, em cada um dos polos da demanda, uma das partes tenta convencer o magistrado de que a sua versão dos fatos a este apresentada é a verdadeira, e obter, por conseguinte, a sentença mais favorável possível às suas pretensões jurídicas. Como instrumento hábil para permitir que as partes influenciem de tal maneira a análise feita pelo magistrado, tem-se a prova, a qual pode assumir, entre outras, as seguintes modalidades: testemunhal, pericial, documental, conforme dispõe o Código de Processo Civil (CPC) em seus arts. 442, 464 e 405 e seguintes, respectivamente. Mas o que seria uma prova, e a que princípios jurídicos sua existência se relaciona?

Nessa esteira, interessante se faz explanar como a prova é conceituada por alguns renomados juristas. Na definição exposta a seguir, Arenhart e Marinoni apontam o caráter reconstrutivo atinente à prova quando juntada aos autos do processo, permitindo, dessa forma, ao juiz exercer a sua incumbência, qual seja julgar a lide: “a definição de prova vem ligada à ideia de reconstrução (pesquisa) de um fato, que é demonstrado ao magistrado, capacitando-o a ter certeza sobre os eventos ocorridos e permitindo-lhe exercer a sua função”.¹

Tal instrumento constitui um direito fundamental assegurado aos litigantes, em função de dois fatores. O primeiro destes é a impossibilidade de se retornar aos fatos e se verificar como estes exatamente ocorreram (LOPES JÚNIOR, 2010, p. 521); o segundo provém da necessidade de se manter um julgamento justo e imparcial, de sorte que o juiz se atenha apenas ao conteúdo constante das provas juntadas aos autos e das demais informações contidas nestes (art. 371, caput, CPC). Ademais, as provas (ou os indícios apresentados como tais) jamais poderão ser ignoradas pelo juiz, uma vez que, seja para declarar que não provam determinado fato, ou que o provam, o magistrado terá que se manifestar motivadamente a respeito delas (art. 93, inciso IX da CF). Além desta exigência, outras, como a vinculação da decisão aos princípios e regras constitucionais e processuais concernentes ao seu convencimento (art. 11, caput, CPC), hão de ser por ele observados, objetivando-se, dessa

¹ Arenhart e Marinoni (2019, p. 65). Em outra definição de Marinoni, desta vez em coautoria com Mitidiero, é destacado o caráter legalista que deverá revestir a prova, sendo necessária sua conformidade para com os parâmetros estabelecidos pelo direito: trata-se de um “meio retórico, regulado pela legislação, destinado a convencer o Estado da validade de proposições controversas no processo, dentro de parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais” (MARINONI e MITIDIERO, 2011, p. 334). Já Scarpinella Bueno tem em conta um conceito mais abrangente quanto àquilo que pode ser considerado como prova, abarcando tudo o que possa interferir na decisão que venha a ser proferida pelo juiz: “tudo o que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor” (SCARPINELLA BUENO, 2010, p. 261).

forma, impedir que decisões infundadas, arbitrárias, não razoáveis, desproporcionais ou injustas sejam proferidas.

Tendo isso em mente, é de se perguntar se, no âmbito do processo civil, não haveria possíveis exceções ao preceito que, elencado em nossa Carta Magna - nomeadamente no art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal - veda a admissibilidade das provas ilícitas, não importando à qual área este processo esteja vinculado. Nossa impressão é de que tal restrição absoluta pode levar a situações em que exatamente as formas de decisão a serem evitadas - não razoáveis, desproporcionais, injustas - sejam de fato proferidas, e, além disso, aceitas e garantidas constitucionalmente. Contudo, que argumentos embasariam tal excepcionalidade? Essa questão, para cuja resposta pretende-se contribuir com este estudo, requer observarmos como a prova é prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 A previsão legal da prova

Diante da importância que a prova assume para o Estado Democrático de Direito e garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, foi necessário que se procedesse à sua previsão legal, assegurando tal direito àqueles que vierem a compor a lide, conforme estabelecido no art. 369 do CPC:

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.

Note-se que, de acordo com o dispositivo acima transcrito, não apenas as provas elencadas no CPC, mas sim as provas previstas em toda e qualquer lei serão admitidas no processo. Além disso, serão também aceitas as moralmente legítimas, conceituadas, de acordo com Arenhart e Marinoni (2019, p. 285), como as provas que não estão previstas em lei alguma, mas que estão em conformidade para com o direito, sendo por essa razão admitidas no processo. Em síntese, os autores ressaltam a necessidade de todas as provas - tanto típicas quanto atípicas - obedecerem às exigências previstas no ordenamento jurídico, tornando-se, dessa forma, legais, e, ao mesmo tempo, constituindo um limite ao direito à prova, para que este não seja exercido de modo abusivo.²

Vale lembrar que a prova é, também, garantida - embora de modo implícito -, constitucionalmente, estando elencada entre os direitos fundamentais. Tal entendimento se depreende a partir da leitura do seguinte dispositivo, qual seja o art. 5º, inciso LVI da CF: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, **com os meios e recursos** a ela inerentes”. (grifo nosso). João

² “Quando o art. 369 alude a meios moralmente legítimos, não está contrapondo o que é legal com o que é moral, mas sim dizendo que esses meios (moralmente legítimos) são aqueles que não estão expressamente tipificados na lei. Tais meios, dessa forma, são as provas atípicas” (ARENHART e MARINONI, 2019, p. 286).

Batista Lopes (2007, p. 166-168) salienta que o direito à prova decorre, dentre outras, das seguintes garantias processuais e constitucionais: devido processo legal,³ contraditório e ampla defesa⁴, paridade de armas,⁵ acesso à justiça⁶ e – ponto que discutimos neste estudo - a inadmissibilidade das provas ilícitas.

Vale destacar que a junção dessas garantias às demais processuais constitucionais assegura o direito ao acesso à justiça, previsto, também, na Constituição da República de 88. Contudo, necessário se faz frisar que, como ocorre com qualquer outro direito, o que zela pela ampla defesa, mais especificamente o direito à prova (mesmo quando lícita) não é absoluto. Dentre outros fatores, na ausência de limites a tal princípio o processo tramitaria por um período demasiadamente longo. Tal impasse afrontaria diretamente outras garantias fundamentais asseguradas pela Constituição Federal, como, por exemplo, a da razoável duração do processo e da economicidade dos recursos públicos (CABELEIRA, 2010, p. 25).

Tendo em vista os princípios acima elencados, passa-se, então, à garantia cuja pretensa exceção constitui o escopo do presente trabalho. Tal garantia veda o aceite das provas ilícitas em todos os tipos de processo, como se depreende do conteúdo disposto no art. 5º, inciso LVI da CF: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

³ O devido processo legal pode ser entendido como um gênero do qual todos os demais princípios processuais constitucionais são espécies (NERY JUNIOR, 2013, p. 92). Por meio desse princípio, visa-se garantir que todos os cidadãos tenham acesso a um Poder Judiciário que se baseie na Lei para solucionar seus litígios, de sorte que nenhuma parte seja beneficiada indevidamente ou receba qualquer tipo de privilégio quando de tal julgamento. Busca-se um julgamento imparcial e justo ao máximo, além de garantir que o direito à defesa seja concedido de forma ampla e irrestrita a todos os cidadãos (PORTANOVA, 1999, p. 145; PARIZ, 2001, p. 109). Garante-se, dessa forma, que as partes façam uso de seus direitos assegurados infraconstitucional e constitucionalmente, e, além disso, que se torne legítima o exercício da função jurisdicional, ou seja, da pacificação dos conflitos sociais através do Estado (DINAMARCO; GRINOVER; CINTRA, 1998, p. 50; PARIZ, 2001, p. 109).

⁴ Por meio do princípio do contraditório, busca-se garantir a isonomia entre as partes no processo, assegurando-se sempre a cada uma delas o direito de se manifestarem e de serem ouvidas em juízo quando da resolução da lide. Além disso, assegura também que as partes sejam cientificadas de todos os atos praticados no processo e das informações atinentes a este, concedendo-se igualitariamente oportunidades para requererem produção de provas e influírem eficazmente na convicção do juiz (PARIZ, 2001, p. 205-206). Como decorrência do princípio do contraditório, tem-se o da ampla defesa, o qual proporciona a ambas as partes alegarem tudo o que interesse à sua pretensão - no caso do autor - e à sua defesa - no caso do réu. Ato contínuo, é concedido às partes o direito de apresentar, em juízo, as provas que demonstrem a veracidade de tais alegações (NERY 2009).

⁵ Ora, é pelo exercício do direito às provas que se permite que, em ambos os polos da demanda, seja exercida da forma mais plena possível a defesa dos respectivos interesses. Denomina-se princípio da paridade de armas, em síntese, tal garantia, a ambas as partes, da igualdade de oportunidades para se manifestarem em relação a tudo aquilo que no processo for produzido, tanto em relação às manifestações da parte contrária, quanto às do magistrado. Tal igualdade, há de se ressaltar, será garantida desde que respeitadas as posições e cenários em que cada parte se encontra diante das particularidades do caso sob apreciação do julgador. Assim sendo, quando em situações equiparáveis, o tratamento atribuído às partes deverá ser o mesmo em relação - dentre outros pontos - às oportunidades, direitos, deveres e ônus (FREITAS, 1996, p. 105; PARIZ, 2001, p. 108-109).

⁶ Por meio de uma explanação sintética a respeito desse princípio, é possível aduzir que ele se traduz na garantia de que todos os cidadãos indistintamente possam recorrer ao Poder Judiciário para que este solucione os seus conflitos, sem exceção. Contudo, tal princípio não se resume apenas a garantir que o mencionado acesso seja assegurado: é importante proporcionar aos cidadãos uma justiça que seja, de fato, justa. Em outras palavras, busca-se, por meio do princípio de acesso à justiça que as soluções dadas aos conflitos sociais sejam alcançadas à luz das leis, princípios e garantias que resguardam os direitos fundamentais dos cidadãos. Assegura-se, dessa forma, um tratamento isonômico, democrático e justo aos indivíduos, solidificando-se, por conseguinte, tais valores na própria sociedade (PARIZ, 2001, p. 171-173).

2.3 A prova ilícita: conceitos, motivos e problemática concernentes à proibição

Em sua conceituação a respeito da ilicitude da prova, Alexandre de Moraes aproveita, também, para apontar uma subdivisão:

“As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as 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 configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.” (MORAES, 2011, p.117)

Já Arenhart e Marinoni definem de uma forma mais concisa (e ao mesmo tempo mais ampla) a prova ilícita, sustentando, inclusive, que tal modalidade abrange igualmente as que ferem tanto direitos materiais quanto processuais, não havendo, conceitualmente, distinção em relação a essas duas últimas “espécies” de provas ilícitas: “A prova é ilícita quando viola uma norma, seja de direito material, seja de direito processual” (ARENHART e MARINONI, 2004, p.325). Para fins deste estudo, esta será a concepção empregada.

Por sua vez, Fernando Capez, apresentando importantes exemplos desse tipo de prova, chama atenção para o fato de que a sua obtenção por meio de violação de princípios constitucionais resultará em sua mácula⁷. Esse aspecto constitucional e principiológico será especialmente importante para nosso tratamento do tema da admissibilidade das provas ilícitas no processo.

A possível admissibilidade de tais provas no processo constitui um tema amplamente discutido não apenas no Brasil, mas em diversos países do mundo - países estes, destaca-se, que vivem sob regime democrático. O amplo debate a respeito deste tema (e a polarização entre determinadas correntes)⁸ evidencia sua extrema importância, a qual se dá sobretudo em razão da colisão entre direitos fundamentais que frequentemente ocorre quando uma prova ilícita é obtida e apresentada em juízo.⁹

⁷ “Desse modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios Constitucionais. [...] Assim, por exemplo, uma confissão obtida por meio de tortura (Lei n. 9.455/97), uma apreensão de documento realizada mediante violação de domicílio (CP, art. 150), a captação de uma conversa por meio do crime de interceptação telefônica (Lei n. 9.296/96, art. 10) e assim por diante.” (CAPEZ, 2016, p. 401)

⁸ Há correntes que estabelecem que em nenhuma hipótese se deva admitir a prova ilícita em processo algum, haja vista a proibição sem ressalvas constante do art. 5º, inciso LVI da CF, aplicando-se, dessa maneira, de forma unitária o conteúdo disposto na Carta Magna (OLIVEIRA, 1999, p. 281; BONILHA, 2020). Uma outra corrente prega que o aceite das provas ilícitas seria inconstitucional, em razão de sua afronta à garantia que a proíbe, devendo-se, por conta disso, jamais serem utilizadas tais provas em juízo (GRINOVER, 2009, p. 371; BONILHA, 2020). Uma outra corrente, por um lado, evocando a máxima *male captum, bene retentum* (“mal colhido, porém bem conservado”), admite esse tipo de prova em função de sua importância para a descoberta da verdade. Por outro lado, no âmbito penal, em razão do ilícito praticado para a obtenção de tal prova, proceder-se-ia à punição do responsável pela produção desta (Rosenber, 1956; BONILHA, 2020).

⁹ Em suma, este embate coloca, de um lado, o direito lesado pela prova obtida ilicitamente, e, de outro, o direito que tal prova busca resguardar. Ocorre que, em muitas dessas situações, a prova ilícita fere direitos que de fato assumem um peso maior do que o direito que por meio dela se busca proteger, tornando-se cristalina a necessidade de se inadmitir a utilização de tal prova no processo, ainda que o conteúdo constante nesta seja verdadeiro. Tal necessidade se dá em razão de um dos pressupostos basilares do Estado Democrático de direito,

Destarte, já é demonstrada a importância do dispositivo que veda a admissibilidade das provas ilícitas, haja vista que não apenas no Brasil, mas em diversos outros países ao longo da história, e até mesmo hodiernamente, foram e ainda são adotados regimes ditatoriais e extremamente autoritários, onde o desrespeito aos direitos fundamentais de inúmeros cidadãos eram e ainda são recorrentes. À vista disso, a Constituição Federal de 1988 elencou diversos princípios e garantias fundamentais que de fato resguardam os direitos dos cidadãos, optando-se, dessa forma, clara e corretamente pela proteção desses direitos e garantias, ainda que em detrimento da busca pela verdade no processo (ARENHART e MARINONI, 2019, p. 294).

Não obstante, faz-se necessário ter sempre em mente e respeitar na prática o fato de que o direito busca, em tudo aquilo que por ele é regulado, o equilíbrio e proporcionalidade nas decisões e dispositivos a serem proferidas e positivados, respectivamente. Nesse diapasão, relevante se faz recordar uma decisão, bastante citada em discussões sobre ilicitude da prova, proferida em sede de mandado de segurança, na qual o Superior Tribunal de Justiça procedeu à inadmissão de uma prova ilícita que consistia em uma gravação clandestina (sem autorização judicial e sem o consentimento daquela contra quem foi produzida) de conversa telefônica da impetrante (do referido mandado) com o seu amante. Na conversa, revelava-se que a mãe intoxicava os filhos com calmante, para poder viabilizar seu relacionamento adúltero.¹⁰

De acordo com Arenhart e Marinoni (2019, p. 298), tal julgado é extremamente ilustrativo em função da possibilidade de se apreciar seu conteúdo a partir de três ângulos distintos (a pretensão punitiva do estado, o direito do marido, a necessidade de proteger as crianças) e fundamentais para o debate quanto à excepcional admissibilidade de provas ilícitas no processo civil. Diante disso, fundamental se faz expor a reflexão dos autores supracitados a respeito de uma outra visão concernente à prova ilícita presente no referido julgado, e, conseqüentemente, de um outro valor que esta poderia assumir: a dignidade dos menores e seus direitos fundamentais assumem uma importância indubitavelmente maior se comparada a do direito da impetrante, qual seja à sua intimidade.¹¹ Nesse sentido, razoável

que se traduz na vedação de que a descoberta da “verdade” se dê a qualquer custo, com vistas a se garantir, como acima exposto, o devido processo legal e os direitos fundamentais desse decorrentes aos cidadãos.

¹⁰ Transcrevemos parte da ementa: “II - EMBORA ESTA TURMA JA SE TENHA MANIFESTADO PELA RELATIVIDADE DO INCISO XII (ULTIMA PARTE) DO ART. 5. DA CF/1988 (HC 3.982/RJ, REL. MIN. ADHEMAR MACIEL, DJU DE 26/02/1996), NO CASO CONCRETO O MARIDO NÃO PODERIA TER GRAVADO A CONVERSA A ARREPIO DE SEU CONJUGE. AINDA QUE IMPULSIONADO POR MOTIVO RELEVANTE, ACABOU POR VIOLAR A INTIMIDADE INDIVIDUAL DE SUA ESPOSA, DIREITO GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE (ART. 5, X)”. (Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA: RMS 5352 GO 1995/0003246-5).

¹¹ “Se aceitarmos a tese de que a norma que proíbe a prova ilícita *já ponderou tudo o que havia a ponderar*, estaremos, forçosamente, impedidos de considerar as hipóteses referidas de maneira distinta. Porém, se imaginarmos essa prova diante de uma ação de alteração da guarda dos filhos, *seria pouco mais do que perverso negar a sua eficácia para a proteção dos menores*. Ora, o Estado, além de ter de se preocupar com os direitos

seria decidir, quando do conflito de direitos - em uma eventual ação de guarda dos menores, como aventado pelos autores -, pela admissão dessa prova, de sorte que os direitos que esta visa proteger tenham a sua prevalência reconhecida. Tutelar-se-ia, assim, de forma democrática e proporcional, os direitos e garantias colidentes no caso em análise.

Não é de se causar espécie que um direito protegido pela prova ilícita resguarde tamanha prevalência se comparado ao direito por ela lesado. Isso se dá em razão de os conflitos apreciados pelo Poder Judiciário apresentarem as mais variadas formas de particularidades e necessidades, gerando, por conseguinte, cenários em que os mesmos direitos poderão assumir pesos distintos quando confrontados por outros direitos diante de determinadas peculiaridades casuísticas.¹² É de rigor, contudo, que os juristas e o Estado adaptem a legislação, inclusive a Constituição Federal a tais anseios apresentados pela sociedade com vistas a garantir a melhor tutela possível dos direitos fundamentais que prevaleçam quando sopesados com outros direitos no respectivo caso concreto. Ademais, a análise quanto à necessidade de tal adaptação torna-se imperiosa em todas as leis que regulem as mais variadas formas de relações interpessoais, tendo em vista a impossibilidade de se hierarquizar e elencar quais direitos e em quais situações teriam mais importância do que os demais, em virtude da imprevisibilidade supramencionada.

Revela-se inviável, dessa maneira, a interpretação e aplicabilidade absoluta de qualquer lei ou preceito legal, como se estes abrangessem *ad aeternum* todo e qualquer conflito de interesses que se destinam a regular. Uma tal postura, que correria o risco de se desconsiderar direitos fundamentais na resolução do caso concreto, há de ser revista quando demonstrado que, caso não considerados proporcionalmente, direitos fundamentais são desconsiderados na resolução do caso concreto.

2.3. Breve cotejo entre a prova ilícita no processo civil e processo penal

Como bem aduzido por Arenhart e Marinoni (2019, p. 297), a imprevisibilidade quanto à posição hierárquica que cada direito possa assumir no caso concreto torna-se ainda mais evidente nas causas julgadas no âmbito do processo civil, uma vez que nesta seara não há o estabelecimento de um direito como hierarquicamente superior em relação aos outros que venham a confrontá-lo. Desse modo, é necessário que haja uma segunda ponderação a ser realizada pelo juiz, a saber: levando em consideração as particularidades do caso concreto, tendo em vista que a primeira - feita entre a prova ilícita e a descoberta pela verdade - se

fundamentais que a prova ilícita pode violar, não pode esquecer a dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que podem depender, diante de certo caso concreto, da prova ilícita." (ARENHART E MARINONI, 2019, p. 298, grifo dos autores).

¹² Sobre isso, veja-se Reale (1999, p. 585): "Cada modelo jurídico, em suma, considerado de per si, corresponde a um momento de integração de certos fatos segundo valores determinados, representando uma solução temporária (momentânea ou duradoura) de uma tensão dialética entre fatos e valores, solução essa estatuída e objetivada pela interferência decisória do Poder em dado momento da experiência social".

mostra insuficiente para uma tutela justa e proporcional dos direitos contrastantes. Essa necessidade se dá em razão da ausência de um direito previamente estabelecido como superior no âmbito do processo civil, restando como alternativa apenas a segunda ponderação acima mencionada¹³.

Situação diversa desta é a que envolve o direito processual penal. Além do tratamento dado pela Constituição Federal às provas ilícitas no processo, o próprio Código de Processo Penal reforçou, por meio do art. 157, que a admissibilidade de tais provas é vedada, *in verbis*: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Autores como Arenhardt e Marinoni (2019) defendem que, neste caso, a vedação do uso de provas ilícitas deva ser mais rigorosa. Mas, nesse caso, é de se perguntar: estar-se-ia com isso renunciando ao princípio de proporcionalidade?

Ora, a maior rigidez quanto à inadmissibilidade das provas ilícitas no Direito Penal ocorre por dois motivos interrelacionados. O primeiro é que neste âmbito há a presença de um direito eleito como hierarquicamente superior aos demais: o direito à liberdade. Vale que o caráter excepcional atribuído ao direito penal, e garantido pelo princípio da *ultima ratio*¹⁴, se dá em razão da gravidade da sanção, isto é, da restrição de liberdade que pode vir a ser imposta àqueles que são condenados em tal esfera. Tendo em vista que tal punição implica a violação de tal direito (considerado maior que os demais), assumir-se uma posição contra a ilicitude das provas já seria a aplicação do princípio de proporcionalidade.

O segundo motivo (relacionado ao primeiro) é o poder coercitivo de uma das partes, qual seja, o Estado. Nesse sentido, o dispositivo que proíbe a ilicitude das provas é importante inclusive para garantir o equilíbrio entre a acusação e a defesa no processo.¹⁵ Ao se vedar de modo categórico o uso de provas ilícitas, visa-se evitar uma atuação arbitrária e abusiva por parte do Estado na tentativa de se comprovar a culpabilidade do réu, dissuadindo-se, conseqüente e necessariamente, os próprios agentes estatais da prática de atos ilícitos (Arenhardt e Marinoni 2019, p. 298).¹⁶ Tendo em vista, portanto, resguardar a dignidade da

¹³ “No processo civil a realidade é totalmente diversa, pois o autor pode afirmar desde simples créditos pecuniários, passando por direitos não suscetíveis de transformação em dinheiro e direitos não patrimoniais, até direitos absolutamente fundamentais para a dignidade humana” (ARENHART e MARINONI, 2019, p. 297).

¹⁴ Tal princípio assegura que o direito penal será aplicado apenas em casos excepcionais, ou seja, quando a lesão causada a determinado direito é tão grave que o rigor das sanções dos demais ramos do direito não é o suficiente para reinstaurar a harmonia que, em razão de tal lesão, foi gravemente abalada na respectiva relação jurídica (MAURACH, 1994, p. 34; CARRARD, 2013, p.19).

¹⁵ De um lado, se tem o órgão do Ministério Público promovendo a acusação, ou seja, aquele que acusa tem à sua disposição todos os recursos providos pelo Estado para proceder à melhor acusação possível, ao passo que, do outro, tem-se o particular sendo defendido por um advogado, que, por melhor que possa ser, não terá em tese acesso aos recursos proporcionados ao Ministério Público (ARENHART e MARINONI, 2019, 294).

¹⁶ “O direito penal não é só a mais violenta forma de intervenção do Estado na vida dos cidadãos, mas é também, seguramente - e talvez por isso mesmo - a mais desastrosa forma de intervenção do Estado na vida social” (Queiroz 1998, p. 31). Para discussão, veja-se Carrard (2013).

pessoa humana¹⁷, e equilibrar a desmesura entre direitos e contribuir para a paridade de armas entre as partes, adota-se de forma mais rígida a vedação ao emprego de formas ilícitas no processo penal. Em lugar de ser uma exceção ao princípio, a vedação estabelecida pelo art. 5º, inciso LVI da CF e no art. 157 do Código Penal reveste as ações penais de maior proporcionalidade (ARENHART e MARINONI, 2019, p. 298).

Contudo, concordando-se com Voltaire, "é melhor correr o risco de salvar um homem culpado do que condenar um inocente". Assim, tem-se optado que, em decorrência desse entendimento, é sustentado majoritariamente pela doutrina e jurisprudência (MORAES, 2003, p. 97) que a prova obtida por meios ilícitos será aceita quando destinada a provar a inocência do réu no âmbito do processo penal¹⁸. Em tal situação o poder punitivo do Estado e o direito por tal prova violado, ao serem sopesados com o comprovado direito do réu à sua legítima liberdade, acabam por ceder no respectivo caso concreto. Salienta-se que, mesmo nesses casos aparentemente excepcionais, tal ponderação continua a ser feita com base no postulado da *proporcionalidade*, constituindo-se, assim, em uma exceção à proibição das provas ilícitas, mesmo no processo penal (ARENHART e MARINONI, 2019, p. 298).

Fundamental se faz consignar que, diante da desproporcionalidade causada pela vedação absoluta de provas ilícitas no processo civil, quase todos os países que adotaram tal vedação procederam à sua mitigação. Para que essa flexibilização fosse admitida, utilizou-se como fundamento o entendimento advindo da corrente que é a favor, de forma excepcional, da utilização dessas provas por meio do princípio da proporcionalidade.¹⁹ Mas em que consiste precisamente este importante princípio?

O princípio da proporcionalidade - que possui como condão ponderar os direitos, princípios e ou normas conflitantes em um determinado caso concreto, para assim se evidenciar a prevalência de um destes em tal caso - é dividido em três subprincípios:

¹⁷ Nessa esteira vão a posição e ensinamentos de Isabel Alexandre, citada por Carlos Cabeleira (2010, p. 55): "O motivo é de caráter histórico e prende-se com a constatação de que o processo penal sempre tem sido o lugar privilegiado para a prática de abusos, dado estarem em jogo interesses vitais do Estado, que ele procura salvaguardar utilizando a força de que dispõe. O legislador constituinte terá tido consciência desses abusos e, desejando satisfazer até às últimas consequências as exigências da ideia de Estado de Direito, sacrificou a verdade à dignidade da pessoa humana" (Isabel Alexandre, 1998, p. 242).

¹⁸ Casos que envolvem nomeadamente a *prova ilícita pro reo*, entende-se que o réu a utilizaria coberto pela legítima defesa ou estado de necessidade (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2007, p. 162; OLIVEIRA, 2008, p. 317; CECARELLI, 2011, p. 101; LOPES JÚNIOR,).

¹⁹ O argumento para tanto é o de que, a fim de se assegurar a adequada tutela de direitos e valores que faziam jus a tal amparo - e, por conseguinte, garantir a "justiça no caso concreto" - premente se faz a aplicação de tal postulado (ARENHART E MARINONI, 2019, p. 296).

adequação²⁰, necessidade²¹ e proporcionalidade em sentido estrito²² (ALEXY, 2007; CABELEIRA 2010, p. 137).²³ O princípio da proporcionalidade, embora implicitamente, encontra-se positivado na Constituição Federal de 1988:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (Art. 5º, § 2º CF)

É notável o caráter evidentemente limitado que esse preceito constitucional atribui - sem ressalvas - aos direitos, garantias e princípios contidos em nosso ordenamento jurídico. Esse entendimento, compartilhado por autores como Alexandre de Moraes²⁴ e Daniel Sarmento²⁵, se encontra sedimentado inclusive pelo STF.²⁶ Assim sendo, depreende-se de tal dispositivo que a não interpretação e aplicabilidade absolutas concernem, também, à garantia que inadmite a utilização de provas ilícitas no processo. No Código de Processo Civil (Art. 8º., caput), o princípio da proporcionalidade se encontra explicitamente positivado:

“Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a **proporcionalidade**, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”

Somando-se isso ao fato de que (diferentemente do que ocorre no Direito Penal, como acima vimos), no Direito Civil não há um direito previamente eleito como hierarquicamente

²⁰ O postulado da adequação diz respeito ao caso concreto. Nomeadamente, traduz-se na análise acerca do grau de efetividade apresentado por cada uma das decisões que o juiz possa vir a tomar quando do conflito de direitos ou valores a cada situação. À luz de tal princípio, prepondera o direito ou norma que conduza à decisão mais justa, adequada e proporcional possível, sendo este o enfoque da análise quanto à eficácia (ALEXY, 2007; CABELEIRA 2010, p. 137).

²¹ Já o princípio da necessidade possui como escopo o exame acerca da gravidade do dano que venha a ser causado por cada uma das decisões possíveis de serem tomadas. Em outras palavras, esse subprincípio orienta para a adoção da medida que venha a resultar na menor lesão possível ao direito ou valor que venha a ser sacrificado no caso concreto (ALEXY, 2007; CABELEIRA 2010, p. 137).

²² A proporcionalidade em sentido estrito prega que, diante do choque de princípios ou valores no caso concreto, há de se proceder ao balanceamento destes levando-se em consideração as singularidades do caso, e, assim, atribuir prevalência àquele que apresente o maior “peso” em tal ponderação. Com base neste subprincípio, de acordo com Alexy, torna-se possível a aplicabilidade e coexistência **harmônicas** dos princípios e valores elencados em determinado ordenamento jurídico, principalmente quando colidem. (CABELEIRA, 2010, p.138-139).

²³ Nessa esteira, vale citar os ensinamentos de Cambi (2006, p. 71): “É imprescindível que o juiz se valha do princípio da proporcionalidade, pelo qual se faz o balanceamento dos interesses e dos valores constitucionais em conflito, a fim de poder decidir qual dos direitos deve prevalecer e em que medida o outro deve ser sacrificado. Desse modo, o princípio da proporcionalidade é uma fórmula que permite a interpretação sistemática da Constituição, operacionalizando o equilíbrio dos vários valores e interesses, abstratamente contidos no texto constitucional, que podem se contrapor diante das circunstâncias particulares de cada causa”. Para discussão sobre, veja-se Cabeleira (2010, p.139).

²⁴ Quanto ao limite imposto aos direitos fundamentais, Alexandre de Moraes aduz o seguinte: “Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna” (MORAES, 2003, p. 48).

²⁵ Nesse mesmo sentido, Daniel Sarmento leciona que: “Já se tornou lugar-comum a afirmação de que, apesar da relevância ímpar do papel que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais” (SARMENTO, 2005, p. 79).

²⁶ “Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de *direitos absolutos*, mesmo de estatura de *direitos fundamentais* previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de *direitos humanos*. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram *fundamentais* neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado *direito* ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa”. (HC 93250 / MS - MATO GROSSO DO SUL, HABEAS CORPUS, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 10/06/2008, Publicação: 27/06/2008, Órgão julgador: Segunda Turma DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-04 PP-00644)

superior aos demais, a admissibilidade das provas ilícitas, no âmbito do processo civil, passa a ser plausível mediante determinadas condições, a saber: desde que somente em casos excepcionais, nos quais o direito protegido pela prova ilícita prepondere em face do que por esta foi violado.

Com a finalidade de se evitar a invocação deturpada do princípio da proporcionalidade e a consequente admissão indiscriminada e arbitrária das provas ilícitas no processo civil, Arenhart e Marinoni (2019) elencaram os seguintes requisitos, cujo cumprimento seria imprescindível para tornar válida e necessária a utilização de tal prova: o valor do bem jurídico; a existência de outra prova capaz de demonstrar as alegações; a ponderação do direito violado quando da obtenção da prova.²⁷ Outrossim, continua se inadmitindo de forma absoluta as provas que violem direitos que seriam invioláveis em qualquer situação. Denota-se isso em razão do requisito, dentre os demais, de a violação causada pela prova ilícita atingir apenas direitos que, ao menos por determinação judicial, seria lícito violar. Impede-se, dessa forma, como muito bem asseverado pelos autores, que uma prova obtida mediante tortura seja admitida.

Vale reforçar que o necessário cumprimento desses requisitos faz com que a admissibilidade da prova ilícita ocorra excepcionalmente e seja fruto de uma análise objetiva acerca do caso, impedindo-se, dessa maneira, que tal decisão se dê por meio de uma análise puramente subjetiva por parte do magistrado. Uma análise feita nesses moldes seguramente permitiria que as provas ilícitas fossem aceitas indevida e indiscriminadamente, resultando-se, assim, em um cenário de arbitrariedades e constante desprezo pelos direitos fundamentais²⁸, o que inquestionavelmente há de ser combatido e repudiado veementemente sempre.

2.4 INADMISSÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO: PRINCÍPIO OU REGRA?

Ao se adentrar nos estudos relativos às provas ilícitas, relevante se faz analisar em qual modalidade normativa o preceito constitucional que as vedam se enquadra: princípio ou regra? Embora ainda não haja uma resposta concreta em relação a essa questão, é nítida a sua importância, tendo em vista que ambos os tipos de norma conduzem a formas completamente distintas de aplicabilidade.

²⁷ Quanto ao último ponto, asseveram os autores: “a violação de um direito que não admite sequer restrição legal é mais grave que a violação de um direito que pode ser objeto de restrição. Assim, há distinção entre a obtenção de um testemunho mediante tortura e a escuta ilícita de uma conversa telefônica – que pode ser lícitamente gravada com autorização judicial (ARENHART e MARINONI, 2019, p. 299, grifo dos autores).

²⁸ Justamente pelo compreensível temor de um panorama como esse se instaurar, muitos juristas são contrários à admissão, ainda que excepcional, das provas ilícitas, como apontado por Francisco Luis Rios Alves (2013, p. 71) que cita os posicionamentos de Grinover (1976, p. 189) e Avólio (2010, p. 79).

Em uma colisão de regras, uma delas será ou deixará de ser aplicada de forma absoluta, em uma lógica de "tudo ou nada"²⁹, sem admitir sopesamentos entre ambas, ou seja, em tal conflito, apenas a que for aplicada ao caso continuará em vigor no ordenamento jurídico, enquanto que a regra que ceder será declarada inválida e excluída do sistema. Já os princípios envolvem uma aplicabilidade maleável, em que estes podem vir a se amoldar às particularidades do caso concreto, sendo aplicado "na maior medida possível". Em outras palavras, mesmo que uma situação a ser regulada pelo princípio não se encaixe exatamente em seu conteúdo previamente estabelecido, poderá se proceder à sua flexibilização para abarcar essas peculiaridades. Ademais, quando dois conflitos se contrapõem, a escolha por um deles não invalida o outro, permanecendo ambos positivados (DWORKIN, 2007, p. 42-43; ALEXY, 2008, p. 93-94).

Vale trazer à baila uma amostra da argumentação apresentada tanto por juristas que entendem que a vedação das provas ilícitas deve ser aplicada como regra, quanto de juristas que entendem que tal preceito se trata de um princípio. Nas palavras de Christian Stefan Simons (2007, p. 144): "a norma jurídica do art. 5º, LVI da Constituição Federal tem natureza de regra, por não conter carga axiológica e determinar comportamento ao seu destinatário por meio de subsunção" (veja-se discussão em CECARELLI, 2011). Em contrapartida, Ávila (2007, p. 103-104), ao articular sobre a prova ilícita *pro reo*, argumenta que tal possibilidade se embasa na premissa de que se trata de um princípio.³⁰

Pelo exposto, ao admitirmos a flexibilização da aplicação da norma que veda a admissão de provas ilícitas, é evidente que estamos pressupondo o caráter principiológico de tal norma.

2.8 UM OLHAR SOBRE A JURISPRUDÊNCIA NA ALEMANHA, NOS EUA E NO BRASIL

Segundo os autores consultados, no direito alemão³¹ não há uma regra ou princípio que trate especificamente das provas ilícitas no processo. Diante disso, foram estabelecidos meios específicos para que conduzissem à resolução dos variados tipos de casos que se enquadrassem em tal lacuna (ÁVILA, 2007, p. 164; CECARELI, 2011, p. 64). Um desses meios é a chamada "teoria dos três degraus".

²⁹ "As regras são aplicáveis à maneira de tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida [...]" (DWORKIN, 2007, p. 39).

³⁰ "Ora, se nessas situações é admissível uma exceção ao disposto no art. 5º, LVI da CF/88, pela necessidade de ponderação de interesses com outro vetor constitucional, não há dúvidas em afirmar que tal dispositivo configura um princípio, segundo a classificação de Alexy: o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Ainda que a redação do dispositivo pareça apontar para sua configuração como uma regra (por estabelecer uma norma para o caso concreto), por trás da regra há o princípio, que justifica a criação da regra". (Ávila, 2007, p. 103-104).

³¹ Quanto às provas ilícitas no âmbito do direito alemão, vale citar o caso das "setenta e duas gravações", julgado em 03.06.1955 pela *Kammergericht* de Berlim, apresentado no periódico *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW 1956, p. 26 ss) e discutido por Cabeleira (2010, p. 116). Uma desejável pesquisa atualizada sobre a jurisprudência e teorias sobre as provas ilícitas na Alemanha escapa ao âmbito desta Iniciação Científica.

Sob a ótica dessa teoria, a intimidade do cidadão é verificada em três níveis distintos, retratados em círculos concêntricos: a da vida privada *stricto sensu*, a da intimidade e a do segredo, sendo que a prova obtida por meio de violação da última não será admitida no processo³². Entretanto, a invasão nas duas primeiras esferas, desde que não se dê de forma grave, não obstará o aceite de uma prova ilícita daí resultante. Além disso, será necessário que o direito por tal prova a ser protegido prevaleça, no caso concreto, em relação àquele que tal prova viole, uma vez que no direito alemão é utilizado o princípio da proporcionalidade para admiti-las no processo (ARENHART E MARINONI, 2019, p. 296). Cumpre esclarecer que, à luz da teoria dos três degraus, tal ponderação é permitida apenas nos casos em que a prova ilícita é apresentada em juízo por particulares e desde que tal ilicitude não resulte de uma grave ou extrema violação de direitos humanos. Já no âmbito dos agentes estatais, não é permitido o referido sopesamento, ainda que a violação tenha sido leve (COSTA JÚNIOR, 2007, p. 29-31; CECARELLI, 2011, p. 65-66).

Nos Estados Unidos são aplicadas as *exclusionary rules* (“regras de exclusão”), por meio das quais se inadmite no processo as provas ilícitas que violem direitos garantidos pela Constituição Norte-Americana. A criação de tais regras se deu com o intuito de se dissuadir os agentes policiais a infringirem a lei quando de investigações para produção de provas, garantindo-se, assim, os direitos constitucionais dos cidadãos. Contudo, nas últimas décadas tal entendimento tem sido flexibilizado, tendo-se observado que as provas ilícitas tendem a ser apenas vedadas nos casos em que tal medida seja considerada de fato necessária.

Ressalta-se que as *exclusionary rules* têm sido majoritariamente entendidas como aplicáveis apenas em litígios penais³³, e não em cíveis ou naqueles que envolvam *habeas corpus* (BLOOM; BRODIN, data, p. 235; CECARELI, Data, p. 61). Todavia, ainda que admitidas nesses casos, a obtenção de tal prova implicará, de forma apartada, a punição pela violação do direito quando da produção dessa prova (CABELEIRA, data, p. 64). A decisão quanto à vedação ou admissibilidade de tal prova será obtida por meio de uma apreciação acerca das particularidades do caso concreto. Nota-se, dessa forma, a utilização do princípio da proporcionalidade para se chegar a tal decisão (ARENHART; MARINONI, 2019, p. 296; CECARELI, DATA, p. 61).

³² De fora para dentro, com o menor grau de sigilo, a esfera da vida privada *stricto sensu* resguarda as informações cujo conhecimento público é indesejado pelo cidadão detentor destas. Na próxima esfera - a da intimidade - encontram-se as informações que o indivíduo se sente à vontade para compartilhar apenas com pessoas que tenham, de modo limitado, a sua confiança. Na última e mais concêntrica esfera, denominada do segredo, são resguardados os detalhes de maior intimidade e sigilo do cidadão, cujo compartilhamento se dá apenas com as pessoas em relação às quais ele deposite total confiança.

³³ Nesse sentido, Ávila (2007, p. 114) e Cabeleira (data, p. 55) citam a decisão proferida pela Corte Burger no caso *United States v. Janis* (1976).

Ainda no âmbito do direito norte-americano, relevante se faz destacar a criação da teoria dos frutos da árvore envenenada (*the fruit of the poisonous tree*)³⁴. Essa famosa teoria estabelece que todas as provas, ainda que lícitas, porém, derivadas de uma ilícita, deverão ser desentranhadas do processo.³⁵ Como exceções à essa teoria têm-se a do descobrimento inevitável (*inevitable discovery exception*) e descobrimento provavelmente independente (*hypothetical independent source rule*). Enquadra-se na exceção do descobrimento inevitável³⁶ a prova que, embora certamente vinculada a uma ilícita (desta derivada), terá desconstituída a mácula resultante de tal nexo, uma vez que sua obtenção muito provavelmente suceder-se-ia mesmo sem a existência da prova ilícita originária. A prova derivada, nesses casos, será admitida no processo. Insta ressaltar que, embora se dê o aceite de tal prova, aquele que a obteve será responsabilizado legalmente pela conduta ilícita praticada quando da obtenção dessa prova (ARENHART e MARINONI, 2019, p.301-302). Já na exceção do descobrimento provavelmente independente, não há a constatação plena de que a prova subsequente à ilícita está vinculada a essa ou não³⁷.

Também quanto à jurisprudência brasileira, apresentaremos não uma pesquisa jurisprudencial exaustiva, mas alguns casos que, considerados ilustrativos pelos estudiosos consultados, ilustram aspectos levantados nas seções prévias deste estudo. No primeiro deles, anterior a Carta Magna de 1988, procedeu-se ao desentranhamento da prova ilícita para se resguardar o sigilo das comunicações telefônicas da recorrente, uma vez que as gravações se deram sem autorização judicial.³⁸ O direito a tal sigilo foi então embasado no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal/1988. No caso seguinte, versando mais uma vez sobre gravação ilícita de uma conversa telefônica, ainda com fulcro no direito à intimidade já previsto no CPC e na Constituição anteriores, também preponderou o “direito da personalidade e moralmente legítimo”, ao se decidir pela inadmissão da prova.³⁹

³⁴ Vejam-se os processos norte-americanos U.S. Supreme Court; 251 U.S. 385 (1920); Silverthorne Lumber Co., Inc., et al. v. United States; n. 358 (ARENHART; MARINONI, 2019, p. 299).

³⁵ Tal vínculo resultaria na mácula irreparável da prova derivada, tornando-a igualmente ilícita. Urge salientar que o fato objeto da prova derivada permanecerá possível de ser provado, porém, desde que por uma prova lícita que não resguarde vínculo algum com qualquer prova ilícita. De acordo com Arenhart e Marinoni (2019, p.300), conforme os ensinamentos de Luis Gálvez Muñoz (2003), pode-se definir uma prova derivada da ilícita como aquela que, sem a obtenção da prova originariamente ilícita, não ter-se-ia obtido.

³⁶ U.S. Supreme Court; 467 U.S. 431 (1984); Nix, Warden of the Iowa State Penitentiary v. Williams; Certiorary to the United States Court of Appeals for the Eight Circuit; n. 82-1651 (ARENHART; MARINONI, 2019, p. 302).

³⁷ Sendo assim, como bem pontuado por Arenhart e Marinoni (2019, p. 303), não estaríamos, na verdade, diante de uma exceção à teoria dos frutos da árvore envenenada, tendo em vista que entre ambas as provas conexão alguma subsistiria. Já se encontra pacificado o entendimento de que tais exceções devem ser aplicadas no Brasil, como se depreende do seguinte trecho de um julgado do STJ: “a prova ilícita não contamina as provas produzidas por fonte independente ou cuja descoberta seria inevitável” (STJ, 5 Turma. AgRg no AREsp 1.280.071/MS. Rel. Min. Jorge Mussi. DJE 07.05.19) (ARENHART; MARINONI, 2019, p. 303).

³⁸ Recurso Extraordinário 85.439 – RJ – 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal – j. em 11.11.1977 – Rel. Min. Xavier de Albuquerque) RTJ 84/609. Esse processo foi mencionado por Alves (2013, p. 66).

³⁹ Recurso Extraordinário 100.094-5 – PR – 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal – j. em 28.06.1984 – Rel. Min. Rafael Mayer. JB 153/35. Esse julgado foi igualmente citado por Alves (2013, p. 67).

Contudo, mais recentemente, encontra-se decisão que opta por admitir a prova ilícita com base no princípio da proporcionalidade, ponderando-se os direitos e garantias conflitantes. Para tanto, na própria ementa, adota-se a referida diferenciação (proposta por Moraes, 2003) entre provas ilícitas e ilegais, e às primeiras se admite a aplicabilidade: “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.”⁴⁰

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se considerar o último julgado acima citado como indício de uma tímida tendência à admissibilidade das provas ilícitas no âmbito do processo civil brasileiro atual. Destacamos a menção, no mesmo julgado que usamos como amostra, de vários dos aspectos teóricos tratados ao longo deste artigo, que o relator consubstancia ao aplicar o princípio de proporcionalidade. Nos relatos acerca da Alemanha e dos Estados Unidos, notamos em ambos os países haver hipóteses em que se admitem as provas ilícitas. Em que pese a diversidade dos argumentos ali utilizados para justificar tal admissibilidade, é notável que levam em conta também critérios de proporcionalidade (considerando qual direito assume um peso maior quando do embate no caso concreto).

Pelo exposto nas seções anteriores, tal proporcionalidade leva em conta como parâmetros os princípios e direitos fundamentais que regem a Constituição Federal. Como visto, ao se seguir teorias que admitam, em alguma medida a flexibilização da vedação ao uso de provas ilícitas, o disposto no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal deve ser tratado não como regra e sim como princípio. Ao contrastar o tratamento de tal garantia constitucional no âmbito do Direito Penal e Civil, constatamos que, em primeiro lugar, mesmo no processo penal, se abre uma exceção à proibição do uso de provas ilícitas, que podem ser empregadas apenas em benefício do réu. De toda forma, vimos que tal exceção (e o enrijecimento da proibição *in malam partem*), não escapam ao princípio da proporcionalidade, uma vez que aquela tem como premissa a prevalência do direito à liberdade.

Tendo em vista esse panorama, faz-se razoável pensar que da colisão entre direitos resultante da obtenção ilícita da prova, quando o direito que se busca proteger por meio da prova ilícita assumir, em situações excepcionais, um peso superior àquele cuja lesão se deu ao se obter tal prova, o descarte desta geraria uma lesão muito maior se comparado ao seu aceite, tornando-se a resolução da lide, ao se desconsiderar tal prova, injusta e

⁴⁰ Apelação Cível nº 70004590683, TJRS, 2ª Câmara Especial Cível, Relator: NEREU JOSÉ GIACOMOLLI, Data do Julgamento: 09/12/2002. Este caso foi tratado na Iniciação Científica de Bonilha (2020).

desproporcional. Nesse sentido, parece-nos coerente mitigar o dispositivo relativo à inadmissibilidade das provas ilícitas no processo civil.

Indispensável se faz ressaltar que tal mitigação seria aceita apenas em casos excepcionais em que a inadmissibilidade da prova ilícita se traduza em um flagrante e grave desrespeito ao direito que esta visa resguardar no caso concreto. Ademais, o ideal é que tal exceção, a nosso ver, antes de passar a ser aplicada de modo sistemático nos casos concretos apreciados e julgados pelo Poder Judiciário e demais formas alternativas de resoluções de disputas, seja prevista e positivada constitucional e infraconstitucionalmente. Tais cuidados visariam evitar graves desrespeitos indevidos a direitos fundamentais tão arduamente conquistados em nosso país e no mundo.

É desta forma que, com este estudo, esperamos contribuir para demonstrar por meio de argumentos, dados e fatos que não é somente válido como também necessário admitir as provas ilícitas no processo civil à luz do princípio da proporcionalidade e da Constituição Federal brasileira.

REFERÊNCIAS

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

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: CEPC, 2007.

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

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova e Convicção**. São Paulo: RT, 2019.

_____. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2004.

AROQUET, François-Marie. **Zadig/Voltaire**. Rio de Janeiro, Ed. José Olympio, 1942.

ÁVILA, Thiago André Pierobom. **Provas ilícitas e Proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. Ed., ver. e ampl. – São Paulo: RT, 2010.

BLOOM, Robert; BRODIN, Mark. **Criminal Procedure: Examples and Explanations**. 4th. ed. New York: Aspen Publishers, 2004.

BONILHA, Larissa Menghini. A admissibilidade da prova ilícita no processo civil. In: **XVI Jornada de Iniciação Científica e X Mostra de Iniciação Tecnológica - 2020**, Campinas. Anais [...]. Campinas: UPM, 2020.

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

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

_____. **Decreto-Lei nº3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.** Brasília, DF.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança.** RMS 5352/GO. 1996. Diário da Justiça. Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus. HC nº 93250/MS.** 2008. Diário da Justiça. Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 85.439/RJ.** 1977. Diário da Justiça. Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Recurso Extraordinário 100.094-5/PR.** 1984. Diário da Justiça. Brasília, DF.

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

CABELEIRA, Carlos Vinícius Soares. **Prova Ilícita no Processo Civil.** Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, UFES, Vitória, 2010.

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

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 23.ed. Ed. Saraiva, 2016, São Paulo.

CARRARD, Liliana. **O Princípio da Insignificância e a Mínima Intervenção Penal.** Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Depto. de Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2013.

CECARELLI, Camila Franchitto. **Prova Ilícita por Derivação no Direito Processual Penal Brasileiro.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, USP. São Paulo, 2011.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: Tutela penal da intimidade.** 4ed. São Paulo, RT, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA, Antonio Carlos de. **Teoria Geral do Processo.** 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. **Teoria Geral do Processo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil.** Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal.** 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010. v. 1.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: RT, 2007.

MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal. Parte general**. Buenos Aires: Delpalma, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13^a. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011.

MUNÓS, Luis Gálvez. **La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales**. Navarra: Aranzadi, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 9a Ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 11^a. ed. São Paulo: RT, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

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

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O Devido Processo Legal na Jurisdição Civil**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, UFPE, Pernambuco, 2001.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do Direito Penal: lineamentos para um Direito Penal Mínimo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**, 19^o. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2022.

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

SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos vs. Interesses Privados**. In.: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos, Interesses Privados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Vol 2, t. I. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIMONS, Christian Sthefan. **A prova ilícita no direito processual penal norte-americano e alemão e as influências no processo penal brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2007.

Contatos: isjuliomack@gmail.com; pedro.costa@mackenzie.br