



UNIVERSIDADE REGIONAL DO CARIRI-URCA
PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

REJANE DE SOUZA LEITE

**VEDAÇÃO AS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO NO
PROCESSO CIVIL E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE**

CRATO-CE
2012

REJANE DE SOUZA LEITE

**VEDAÇÃO AS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO NO
PROCESSO CIVIL E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE**

Monografia apresentada no curso de pós-graduação da Universidade Regional do Cariri-Urca, como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Espc. José Flávio Bezerra Moraes

2012

REJANE DE SOUZA LEITE

**VEDAÇÃO AS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO NO
PROCESSO CIVIL E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE**

Monografia apresentada no curso de pós-graduação da Universidade Regional do Cariri-Urca, como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Espec. José Flávio Bezerra Morais

Data de defesa: 22/10/2012

Resultado: APROVADA

Banca Examinadora

Prof. Espc. José Flavio Bezerra Morais
Universidade Regional do Cariri – Orientador

Prof. Espc.
Universidade Regional do Cariri – Avaliador

Prof. Espc.....
Universidade Regional do Cariri - Avaliador

RESUMO

O presente estudo propõe discutir que a vedação constitucional às provas obtidas por meio ilícito por não ter caráter absoluto, pode ser afastada desde que analisadas à luz do princípio da proporcionalidade, que assume o papel de solucionar conflitos quando surge a necessidade da admissão da prova obtida ilicitamente, considerando a ponderação de interesses, a adequação e a necessidade, devendo prevalecer o princípio de maior relevância para se chegar à justa solução do caso concreto, prestigiando e protegendo a dignidade da pessoa humana. Da pesquisa percebe-se que há no cenário jurídico acirradas discussões sobre a admissibilidade e inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, expondo e justificando cada corrente os seus fundamentos. Buscou-se ainda, tecer comentários sucintos acerca do tratamento dado a admissibilidade das provas obtidas por meio ilícito no Projeto do Novo Código de Processo Civil.

Palavras-Chaves: Vedação as provas obtidas ilicitamente; Principio da proporcionalidade; Processo Civil

ABSTRACT

This study aims to discuss the constitutional seal the evidence obtained by illegal means for not absolute, may be waived provided that analyzed in the light of the principle of proportionality, which assumes the role of conflict resolution when the need arises from the admission of evidence obtained unlawfully, considering the balance of interests, the appropriateness and necessity, whichever the principle of greatest importance to reach a fair solution of the case, honoring and protecting human dignity. From the research it is clear that there is in the legal scenario heated discussions on the admissibility and inadmissibility of evidence obtained illegally, exposing each current and justifying the reasons. We sought to further brief comment about the treatment of the admissibility of evidence obtained by illegal means in the Project of the New Code of Civil Procedure.

Key Words: Sealing the evidence obtained unlawfully; Principle of proportionality; Civil Procedure

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1. PROVA NO PROCESSO CIVIL	11
1.1 CONCEITO E ASPECTOS GERAIS	11
1.1.1 Prova ilícita	13
1.1.1.1 Ilícitude material	14
1.1.1.2 Ilícitude processual	15
1.1.2.2 Provas ilícitas por derivação	16
1.2 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROVA OBTIDA ILICITAMENTE	17
1.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	19
2. CRITÉRIOS ESPECIFICOS DE ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO NO PROCESSO CIVIL	23
3. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PARA AFASTAR A PROIBIÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL	28
4. ADMISSIBILIDADE DA PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO NO PROCESSO CIVIL À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	33
4.1 BREVE REFLEXÃO ACERCA DO TRATAMENTO DADO PELO PROJETO DO NOVO CÓDIGO CIVIL À VEDAÇÃO AS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	37
CONCLUSÃO	41
REFERÊNCIAS	43

INTRODUÇÃO

Verifica-se quotidianamente a noção de prova em todas as manifestações humanas, ultrapassando muitas vezes o campo do Direito, acarretando decisões resultadas de um convencimento oriundo de diversas circunstâncias com base em vários elementos de prova.

No processo civil é imprescindível que as partes demonstrem os fatos, cada qual apresentando a sua versão, para que o julgador forme seu juízo de valor e ao final ponha fim ao litígio, efetivando resultado favorável a quem tem razão.

Prova é definida como o meio empregado acerca da verdade de uma situação de fato para convencer o juiz, desde que este meio seja possível juridicamente, dentro dos procedimentos normatizados no Código, mostrando-se idôneos, adequados e corretos.

Nem sempre a prova obedecerá aos ditames legais, surgindo daí a prova obtida por meio ilícito, vedada pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVI, o qual determina de modo expresso que “são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos”.

Há bastante dificuldade em conceituar prova ilícita, esclarecendo alguns autores como sendo aquela contrária ao ordenamento jurídico, ferindo os bons costumes, a moral e os princípios gerais do direito.

O conceito de prova no código de processo civil não se mostra tão claro mencionando inequivocamente que as provas obtidas por meio ilícito não são admitidas, preferindo o legislador limitar que todos os meios de prova legais e moralmente legítimos são admitidos, conforme se infere do artigo 332 do Código de Processo Civil.

As discussões acerca da prova obtida por meio ilícito e a possibilidade de seu acolhimento no processo vêm suscitando questionamentos no tocante a essa inadmissibilidade, não adotar caráter absoluto, pois, entende a doutrina e a jurisprudência que o princípio da proporcionalidade é meio adequado a equilibrar o uso da prova obtida ilicitamente, desde que analisada a necessidade e a possibilidade, tudo a depender da situação conflitante.

O princípio da proporcionalidade vem assumindo papel de destaque na aplicação das normas do direito, prestando-se a solucionar o conflito entre a vedação a prova obtida por meio ilícito e quando esta entra em confronto com

direitos fundamentais do ser humano envolvidos no caso concreto.

Vale ressaltar, que o Projeto do Novo Código Civil prevê em seu artigo 257, parágrafo único, que as provas obtidas por meio ilícito serão apreciadas pelo juiz desde que haja uma ponderação entre princípios e direitos fundamentais, cabendo ao julgador adaptar as decisões jurídicas às circunstâncias de cada caso, significando, portanto, que o princípio da proporcionalidade deverá ser invocado para decidir qual dos valores merece prevalecer, não obstante a apresentação da emenda nº 30 que propõe a supressão do parágrafo único de mencionado artigo suscitando a reprovação do acolhimento de tais provas pelo Supremo Tribunal Federal por diversas vezes, inclusive com o acolhimento por esta Corte da teoria dos frutos da árvore envenenada, anulando decisões fundamentadas em provas obtidas por meios ilícitos ou a partir de outras provas assim formadas.

Por tudo isso, ante a vedação à prova obtida por meio ilícito normatizada na Constituição Federal e o entendimento que o princípio da proporcionalidade se mostra meio adequado a equilibrar a necessidade e a possibilidade do acolhimento de tal prova, no tocante a ponderação de interesses, surge à escolha do tema dada a relevância de que as provas produzidas por meios contrários à determinação legal ou que de qualquer forma fujam dos limites éticos e morais, nem sempre podem ser consideradas inadequadas as necessidades do processo, pois há que serem interpretadas segundo o princípio da proporcionalidade para se atingir a pacificação social exigida como fim do processo.

Consiste a temática proposta neste trabalho em apontar as situações, em que a vedação constitucional será afastada, e mediante a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade serão acolhidas as provas obtidas por meio ilícito, tudo na busca incessante de tornar possível a justiça no caso concreto.

O objetivo geral reside em pesquisar a vedação às provas obtidas por meio ilícito no processo civil e a aplicação do princípio da proporcionalidade, tendo como objetivos específicos analisar a inadmissibilidade constitucional das provas ilícitas e seu tratamento no processo civil, identificando a excepcionalidade da admissão dessas provas e seus critérios específicos; verificando até que ponto a aplicação do princípio da proporcionalidade possibilita afastar a proibição constitucional dentro do processo civil; permitindo discutir o tratamento dado pelo Projeto do novo código civil à vedação as provas em estudo e ao final demonstrar

que é possível admitir provas ilícitas no processo civil, quando há confronto com direitos fundamentais, a partir da ponderação de valores aplicando o princípio da proporcionalidade.

Para fins de levantamento dos conteúdos que fundamentaram o estudo foi empregado o método de abordagem dedutiva, mediante pesquisa desenvolvida com a coleta de dados secundários baseada na documentação indireta, que consiste na leitura e análise de materiais produzidos por terceiros, à qual se refere à pesquisa bibliográfica a partir de material já publicado, em revistas jurídicas, livros, artigos, dissertações, monografias e casos concretos colhidos da jurisprudência dos Tribunais Brasileiros, bem como documental, com abordagem qualitativa, usando técnica analítica com objetivo exploratório, sobre a vedação das provas ilícitas em nosso ordenamento jurídico e em que momentos, quando há confronto com direitos fundamentais, é necessário aplicar o princípio da proporcionalidade a fim de se ter acolhida essa prova, pois o fim precípua do processo é solucionar de forma justa a contenda.

O primeiro capítulo examina a conceituação de provas, provas ilícitas, provas ilícitas por derivação, princípios da proibição da prova obtida ilicitamente e o da proporcionalidade, diferenciando ilicitude material e processual.

Estabelece o segundo capítulo os parâmetros sobre os critérios específicos, dentre os quais a imprescindibilidade e proporcionalidade, para se admitir as provas obtidas por meio ilícito no processo civil, abordando as teorias permissivas, proibitiva e intermediária, tão discutidas em nosso ordenamento, e ainda, em face do reconhecimento dentro do caso concreto, feito pelo julgador ponderando bens jurídicos conflitantes, no intuito de se alcançar a justiça tão buscada no processo, patente está, portanto, certa tendência ao acolhimento da teoria intermediária.

Trata o terceiro capítulo da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade como meio de afastar a proibição constitucional à vedação as provas obtidas por meio ilícito, primando pela dignidade da pessoa humana e valorando os direitos fundamentais que se mostram imprescindíveis para tutelar os bens em conflito no caso concreto, prestigiando o de maior relevância.

O debate no quarto capítulo mostra como admitir a prova obtida por meio ilícito no processo civil, quando a mesma se mostra o único meio capaz de se obter

a tutela jurisdicional, desde que analisadas sob a ótica do princípio da proporcionalidade, cabendo ao julgador ponderar e decidir o que deve prevalecer em determinada situação conflituosa. Propõe ainda breve comentário acerca do tratamento dado pelo Projeto do Novo Código Civil à vedação as provas obtidas por meio ilícito e a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Por fim a conclusão arremata que embora acerca do assunto, giram acirradas discussões, a admissibilidade das provas obtidas ilicitamente analisadas após a ponderação de valores à luz do princípio da proporcionalidade, com observância a certa cautela para que não se pratiquem arbitrariedades contra direitos fundamentais da pessoa, pois o objetivo fim do processo civil é buscar a justiça acima de qualquer norma ou lei, não se esquecendo que na impossibilidade de se garantir a medida mais justa, não garanta a mais injusta.

1. Provas no processo civil

1.1 Conceito e Aspectos gerais

Um litígio intentado no judiciário buscando ser solucionado pelo processo deve trazer fatos que consistirão em provas, através das quais as partes sustentam suas teses, consagrando assim os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Proposta uma ação, o autor traz fatos justificando sua pretensão, enquanto que a parte adversa responderá essa ação também baseado em fatos caracterizando sua resistência, pois cada parte conta a sua versão sobre o que aconteceu, tendo tudo para ser a vencedora aquela que melhor convencer o julgador.

A verdade dos fatos é buscada pelo processo, quando estes se mostram controvertidos de forma relevante, merecendo extinguir a dúvida que ensejou a contenda, não bastando serem alegados, e sim demonstrados mediante a interposição das provas.

A palavra prova tem sua origem do latim *probatio*, emanada do verbo *probare*, significando examinar, persuadir, demonstrar.

Segundo definição de Greco Filho (2009, p.195) “prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém”

O vocábulo prova é utilizado em sentido jurídico a partir de três acepções, conforme lição de Amaral Santos *apud* Didier Junior et. al(2009, p. 42):

- a) às vezes, é utilizado para designar o ato de provar, é dizer, a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem a sua alegação; b) noutras vezes, é utilizado para designar o meio de prova propriamente dito, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra; nesse sentido, fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental etc.; c) por fim, pode ser utilizado para designar o resultado dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na causa de pedir.

Juridicamente sintetizou Cambi *apud* Didier Junior et. al(2009, p. 43) prova como:

o vocábulo 'prova' é plurissignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual o sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento, isto é, à representação que dele deriva(mais especificamente, à convicção do juiz)

Quando se fala no conceito de prova no processo, à que se falar em que sentido deverá ser abordado, se no sentido objetivo ou subjetivo, pois quando se designa a atividade probatória ou os meios com que ela se desenvolve temos o sentido objetivo, enquanto que o subjetivo determinará o resultado que a atividade e os meios probatórios induzem no espírito do julgador.

Assim a prova é certeza negativa ou positiva da existência do fato probando.

O código de processo civil não conceituou prova de forma clara, mencionando apenas e inequivocamente que as provas ilícitas não são admitidas, preferindo o legislador limitar que todos os meios de prova legais e moralmente legítimos são admitidos, conforme normatizou em seu artigo 332.

As provas classificam-se quanto ao objeto, podendo ser diretas ou indiretas, as primeiras destinam-se a demonstrar o fato principal demandado enquanto que as indiretas demonstram os fatos secundários para convencer sobre a existência do fato principal.

Classificam-se também quanto ao sujeito em provas pessoais que consistem em depoimentos de testemunhas e partes e, ainda em reais que são os objetos ou coisas.

Consideram-se como objeto da prova no processo, os fatos pertinentes, relevantes, controvertidos, não notórios e não submetidos à presunção legal.

Quanto aos meios de prova, estes são instrumentos pessoais ou materiais trazidos ao processo para revelar ao juiz a verdade de um fato, encontrando-se disciplinados no código os seguintes meios: depoimento pessoal (arts.342 a 347), confissão(arts. 348 a 354), exibição de documento ou coisa(arts. 355 a 363), prova documental(arts. 364 a 399), prova testemunhal(arts. 400 a 419), prova pericial(arts. 420 a 439) e inspeção judicial(arts. 440 a 443), não se tratando de rol taxativo, posto existirem outros meios para a prova dos fatos.

O objetivo principal do processo é efetivar resultado prático favorável a quem tem razão, mediante decisão judicial baseada nos fatos suscitados no

processo, analisados sob o crivo do contraditório

A prova no processo civil, cuja finalidade prática é convencer o juiz, pauta-se sempre na certeza relativa, dada a impossibilidade de se buscar a certeza absoluta, como expõe Liebman *apud* Greco Filho (2009, p.196):

por maior que possa ser o escrúpulo colocado na procura da verdade e copioso e relevante o material probatório disponível, o resultado ao qual o juiz poderá chegar conservará, sempre, um valor essencialmente relativo: estamos no terreno da convicção subjetiva, da certeza meramente psicológica, não da certeza lógica, daí tratar-se sempre de um juízo de probabilidade, ainda que muito alta, de verossimilhança (como é próprio a todos os juízos históricos) (tradução nossa)

1.1.1 Prova ilícita

O termo prova ilícita é amplo, conceituado por Cambi *apud* Alvim (2010, p.136) como:

prova ilícita é aquela que contraria o ordenamento jurídico, visto pelo prisma dilatado da Constituição, que abrange tanto a ordem constitucional e a infraconstitucional quanto os bons costumes, a moral e os princípios gerais do direito. Essa compreensão ampla parece coadunar-se com as regras contidas no art. 5º, LVI, combinadas com a do art. 5º, § 2º, CF, com a prevista no art. 332 do CPC, que admite todos os meios probatórios, 'moralmente legítimos', que sejam hábeis para demonstrar a veracidade dos fatos alegados em juízo.

Define Costa *apud* Dossena Junior (2010) que prova ilícita é “aquela produzida em contrariedade às normas de direito material”.

Exemplificando provas ilícitas Didier Junior et.al (2009, p.33) lista:

a confissão obtida sob tortura, o depoimento de testemunha sob coação moral, a interceptação telefônica clandestina, a obtenção de prova documental mediante furto, a obtenção de prova mediante invasão de domicílio etc. São também exemplos de provas ilícitas aquela colhida sem observância da participação em contraditório, o documento material ou ideologicamente falso, ou qualquer outra prova que se mostre em desconformidade com o ordenamento jurídico, pouco importando a natureza jurídica da norma violada.

Sem definição no texto constitucional, o conceito de prova ilícita, tem se firmado com grande contribuição da jurisprudência (RODRIGUES, 2008).

As provas ilícitas exercem grande influência no processo penal, em face da prova ser coletada pela autoridade policial durante a fase inquisitorial, anterior ao processo, daí surgindo a necessidade de se impedir a obtenção de provas dessa

natureza quando há desrespeito a garantias fundamentais.

O processo penal prima pelo direito de liberdade quando assegura o direito de permanecer calado e a presunção de inocência, enquanto que no processo civil as partes têm o dever de dizerem a verdade exercendo o poder judicial de prestar tutela ao direito com base em verossimilhança.

Duas correntes doutrinárias a respeito da admissibilidade processual das provas ilícitas, vigoravam no direito brasileiro antes da Constituição de 1988, predominando a que defendia a admissibilidade, especialmente no direito da família.

Os defensores da teoria da admissibilidade primavam pela busca da verdade real, sem se importar como essa prova poderia ser obtida, mas que seu conteúdo deveria ser aproveitado pelo Juiz, pois a ponderação militava em favor do princípio da investigação da verdade, ainda que baseada em meios ilícitos.

Em posição minoritária, a corrente contrária que defendia a inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito, antes da Constituição de 1988, fundamentava-se no artigo 332 do Código de Processo Civil que dispõe “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”, entendendo tratar-se de prova não legal nem moralmente legítima.

A ilicitude da prova deve ser analisada em sentido material e processual, uma consistente na formação outra na produção, merecendo transcrever diferenciação feita por Marinoni e Arenhart (2010, p. 242):

não há como esquecer de separar as hipóteses em que a ilicitude está na formação da prova daquelas em que a ilicitude está na sua produção. Exemplos do primeiro caso acontecem quando alguém é coagido a fazer uma declaração por escrito, a posar para uma fotografia ou a prestar um depoimento gravado. Mas quando a testemunha é coagida a depor(no processo), a ilicitude está na produção da prova

1.1.1.1 Ilicitude material

A ilicitude material ocorre se a produção da prova resulta de ato contrário ao direito, inicialmente na obtenção ilegal da prova pré-constituída ou dos conhecimentos necessários para a declaração testemunhal.

Segundo Marinoni e Arenhart(2010, p. 242):

Se uma prova foi lícitamente constituída, mas foi posteriormente obtida de modo ilícito – por exemplo, por meio de invasão de

domicilio – o meio de prova, em si mesmo, é lícito, embora a sua obtenção tenha ocorrido mediante violação material. Situação parecida acontece quando o depoimento testemunhal é prestado a partir de conhecimentos obtidos de modo ilícito – assim, por exemplo, se a testemunha obteve as informações mediante a espionagem das atividades da parte. No caso, não se pode dizer que a prova foi obtida de modo ilícito, mas sim que as informações reveladas através da prova foram obtidas de forma ilícita.

1.1.1.2 Ilícitude processual

A ilicitude processual caracteriza-se a partir da forma ilegítima como a prova é produzida, ou seja, decorre do momento introdutório da mesma, conforme ensinamento de Marinoni e Arenhart (2010, p. 243):

No que diz respeito à testemunha coagida e à testemunha que se vale de conhecimentos obtidos de modo ilícito, a violação ocorre no momento da produção da prova. No primeiro caso a coação é contemporânea à produção da prova e, no segundo, embora a violação da intimidade para a obtenção das informações seja anterior, a ilicitude da prova se dá no exato momento em que a testemunha presta o seu depoimento, isto é, em que a prova testemunhal é produzida. Isso evidencia claramente que a ilicitude na produção da prova pode decorrer de violação do direito material. Porém, a ilicitude da produção (não da formação) da prova deriva, em regra, de violação do direito processual. Assim, por exemplo, quando se violou o contraditório na produção da prova testemunhal ou não se permitiu às partes acompanharem o trabalho do perito, por não terem tido ciência da data e do local em que a prova pericial teve início, conforme exige o art. 431-A do CPC. Nesses casos, não há como negar que a produção da prova foi conduzida de modo ilícito, ou que houve ilicitude na produção da prova. Essa ilicitude, porém, está no plano do direito processual.

Arrematando o tema Mello Filho *apud* Alvim (2010, p. 136) distingue que:

a ilicitude da prova deriva: a) de um ato contrário ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório (invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, quebra de segredo profissional, subtração de documentos, escuta clandestina, constrangimento físico ou moral na obtenção de confissões ou depoimentos testemunhais etc). É a ilicitude material; ou b) decorre de forma ilegítima pela qual ela se produz, muito embora seja lícita a sua origem. É a ilicitude formal. A ilicitude material diz respeito ao momento formativo da prova. A ilicitude formal, ao momento introdutório da mesma.

Em suma, a admissibilidade e a produção da prova relacionam-se com os planos dos direitos materiais e processuais, vez que uma prova pode ser

indevidamente, ilicitamente admitida no processo violando o direito processual, enquanto que no plano do direito material pode ser indevidamente e mais uma vez ilicitamente admitida no processo.

1.1.2 Provas ilícitas por derivação

Doutrinariamente entende-se por provas ilícitas por derivação aquelas obtidas licitamente, mas oriunda de outra prova produzida ilegalmente, por exemplo, um documento encontrado após invasão de domicílio, interceptação telefônica autorizada pelo juiz com base em documento falso, etc, mas problema reside em saber quando uma prova ligada a outra se contamina por sua ilicitude.

A ilicitude da prova não contamina o fato a ser esclarecido, podendo haver no máximo, ligação a outras provas. Todo o material probatório não se contamina por uma prova ilícita, pois nada impede que um fato seja provado por meio de provas lícitas sem que tenham qualquer relação com a prova ilícita.

Surge no direito norte-americano a teoria dos frutos da árvore envenenada(*fruits of the poisonous tree*) advindo daí a ideia de prova ilícita por derivação. Para a teoria o vício da planta se transmite a todos os seus frutos, pois a ilicitude da prova original contamina as demais provas dela decorrentes, mesmo que produzidas de maneira legal, tendo maior acolhimento no âmbito processual penal.

Segundo a doutrina espanhola a contaminação da segunda prova, ou a sua admissão como derivada, requerer a presença de uma conexão natural e jurídica, somente tendo sentido a teoria dos frutos da árvore envenenada quando a eliminação da segunda prova traz efetividade à tutela dos direitos fundamentais (Marinoni e Arenhart, 2010).

Aponta Marinoni e Arenhart *apud* Didier Junior et. al(2009, p. 36-39) que “a teoria da contaminação da prova derivada da ilícita, conhecida como teoria dos frutos da árvore envenenada, somente tem sentido quando a eliminação da segunda prova traz efetividade à tutela dos direitos fundamentais”. E quanto a outras hipóteses de mitigação do rigor da proibição da utilização de provas ilícitas aduz acerca da:

- a) derivação imediata (existência de nexo de causalidade): a

contaminação somente se refere às provas que efetivamente derivarem da prova ilícita. Aquelas outras provas que são independentes da prova ilícita não se tornam ilícitas pela sua simples presença no processo em que está a prova ilícita;

b) prova que seria obtida de toda forma (descoberta inevitável, inevitable discovery exception): segundo Marinoni e Arenhart, como também reconhece a jurisprudência norte-americana, a prova, ainda que derivada de outra ilícita, não se torna imprestável se for ela, inexoravelmente, atingida por meios ilícitos

Indagações acerca dos critérios determinantes da ausência de antijuridicidade entre a prova ilícita e a prova derivada apresentam exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada chamadas de exceções de descobrimento provavelmente independente e de descobrimento inevitável, portanto, nem todos os frutos da árvore venenosa são proibidos, podendo algum ser aproveitado.

Na exceção de descobrimento inevitável a prova derivada da ilícita é aceita, inexistindo razão para reputá-la nula ou ineficaz, posto que a descoberta ocorresse mais cedo ou mais tarde, enquanto que na exceção de descobrimento provavelmente independente a segunda prova não é derivada, pois não tem nexos causal com a prova ilícita, como leciona Marinoni e Arenhart (2010, p. 257):

Na exceção de descobrimento inevitável, a segunda prova é aceita como derivada, mas admite-se que possa produzir efeitos em razão de que a sua descoberta seria naturalmente trazida por outra prova. Quebra-se o nexo de antijuridicidade com base na idéia de que o descobrimento era inevitável. Na exceção de descobrimento provavelmente independente, a segunda prova não é admitida como derivada, mas como uma prova provavelmente independente, e, assim, despida de nexo causal com a prova ilícita. Para melhor explicar: no caso anterior é quebrada a relação de antijuridicidade, admitindo-se que a prova derivada produza efeitos, enquanto, na hipótese de descobrimento provavelmente independente, nega-se a própria relação causal, de modo que, nesta situação, não há propriamente exceção à teoria da árvore venenosa, pois a segunda prova é tida como algo que com ela não se liga. Ou seja: neste último caso a dúvida recai sobre a natureza da segunda prova, se independente ou não, isto é, se despida ou não de relação causal com a prova ilícita, ao passo que no caso da exceção de descobrimento inevitável não se questiona a respeito da relação causal da segunda prova, mas apenas se o conteúdo da prova, apesar de demonstrado por uma prova ligada com a ilícita, seria posto às claras por outra prova.

1.2 Princípio da proibição da prova obtida ilicitamente

Com previsão no artigo 5º, LVI da Constituição Federal que afirma “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, o princípio se

aplica a qualquer tipo de processo.

Percebe-se que a norma constitucional proibiu que se buscasse a verdade mediante violação a direitos, mas não vedou a tutela de direitos em caso de indispensabilidade absoluta de prova ilícita, desde que fosse empregado o método do balanceamento dos direitos e da consideração das circunstâncias do caso concreto (MARINONI, ARENHART 2010)

O jurisdicionado tem o direito fundamental de não ver produzida contra si uma prova ilícita ou obtida ilicitamente, distinguidas mesmo antes da Constituição Federal de 1988 pela doutrina e jurisprudência, sendo a prova ilícita aquela com conteúdo ilícito e a obtida ilicitamente como a prova cuja colheita ou método de inserção no processo é ilícito.

Há os que defendem que a prova obtida por meios ilícitos é inadmitida em qualquer caso, não tendo relevância nenhuma os valores em conflitos, segundo se posiciona Câmara (2010, p.415-416):

O princípio da proibição das provas ilícitas vem suscitando algumas discussões interessantes, e que merecem ser referidas. A primeira delas diz respeito à aplicação, no Brasil, do chamado “princípio da proporcionalidade”, originário do Direito Processual penal alemão, com passagem pelos Estados Unidos da América, e segundo o qual a prova obtida ilicitamente poderia ser utilizada em favor do réu, como aplicação da garantia de defesa (note-se que o princípio é originário do processo penal). Segundo os defensores da aplicação de tal princípio, a parte que praticasse ato ilícito para obter determinada prova poderia utilizá-la no processo de forma válida, devendo por outro lado responder pelo ilícito cometido, desde que o bem sacrificado pelo ilícito fosse menos relevante que o interesse que se quer tutelar com a prova assim obtida. Embora conte com ilustres defensores, tal princípio não pode ser aplicado no direito brasileiro, pois a constituição proibiu de forma peremptória e indiscriminada a utilização de provas obtidas por meio ilícito, não sendo, portanto, possível a utilização de tais meios de prova por nenhuma das partes, em razão da aplicação da conhecida regra de hermenêutica jurídica segundo a qual “onde a lei não distingue não cabe ao interprete distinguir”

Compartilhando desse posicionamento contrário, Humberto Theodoro Junior (2009, p.425) aduz que:

A convicção do juiz deve ser estabelecida segundo meios ou instrumentos reconhecidos pelo direito como idôneo, isto é, conforme as provas juridicamente admissíveis. Mas não é atributo apenas do Código de Processo Civil a discriminação dos meios de prova. De acordo com o art. 332, “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código,

são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Os critérios para não se admitir determinado meio de prova podem recair segundo Gomes Filho *apud* Didier Junior et.al (2009, p.32):

(i) sobre o meio de prova (p.ex., se a alegação de fato que se pretende provar não é controvertida), (ii) sobre os meios pelos quais os dados dela decorrentes são inseridos no processo (p.ex., utilização de testemunhas para a demonstração de alegação de fato que exige conhecimento técnico-especializado), (iii) sobre os procedimentos pertinentes à coleta do material probatório (p.ex., produção de prova pericial sem participação das partes ou dos seus assistentes técnicos), (iv) bem como, em alguns casos, sobre o valor da prova produzida (p.ex., testemunha que não presenciou os fatos sobre o qual é chamada a falar, ou que tem interesse na solução do litígio)

E continua:

Tais limitações do direito à prova podem ter razões extraprocessuais (políticas, morais, éticas, religiosas), ou processuais (epistemológicas), quando se vedam provas irrelevantes e impertinentes - as quais representariam um dispêndio de energia desnecessário para a máquina judiciária e para as partes - ou que sejam capazes de conduzir o magistrado a uma falsa percepção da realidade.

Portanto, a proibição inserida no comando constitucional reside na insuficiência de sancionar a prova ilícita apenas no plano do direito material, consistindo essa vedação em não conferir a este tipo de prova eficácia no processo.

Com isso a norma constitucional apenas afirma que ninguém pode buscar a verdade violando direitos.

1.3 Princípio da Proporcionalidade

De origem alemã, o princípio da proporcionalidade ou da ponderação de interesses ganhou destaque após a segunda guerra mundial, possibilitando a admissibilidade de exceções à proibição das provas ilicitamente obtidas, quando as exigências superiores de caráter público ou privado, merecessem tutela especial, valendo destacar o que afirma Avolio *apud* Cabelreira (2010, p.138-139) acerca da primeira decisão do Tribunal Constitucional Alemão em 16.03.1971, que o princípio foi formulado de forma clara e precisa:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é

exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.

Surge com o propósito de estabelecer equilíbrio entre a necessidade e a possibilidade da prova obtida por meio ilícito, cuja importância reside em viabilizar a acomodação dos vários princípios e normas em um mesmo universo jurídico.

Expuseram com muita maestria Karl Larenz *apud* Didier Junior (2009, p.35-36) as razões que levaram à criação deste princípio:

A amplitude com que a jurisprudência dos tribunais faz uso deste método explica-se, especialmente, pela ausência de uma delimitação rigorosa das hipóteses normativas destes direitos, a não indicação de notas distintivas, em relação, por exemplo, ao que é 'exigível'. Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são 'abertos', 'móveis', e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque a sua amplitude não está de antemão fixada. Em caso de conflito, se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que descer até certo ponto perante o outro ou cada um entre si. A jurisprudência dos tribunais consegue isto mediante uma 'ponderação' dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o 'peso' que ela confere ao bem respectivo na respectiva situação.

O direito brasileiro admite o princípio da proporcionalidade, embora implícito na Constituição Federal, quando fez a ponderação entre a tutela do direito material e o direito à descoberta da verdade.

Para Cambi *apud* Cabeleira (2010, p. 138):

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.

Doutrinariamente o princípio da proporcionalidade divide-se em três sub princípios: a proporcionalidade em sentido estrito ou proibição do excesso; adequação e a necessidade como tão bem concluíram Steinmetz *apud* Cabeleira (2010, p.137):

O primeiro passo para a correta compreensão do princípio da proporcionalidade é a identificação e a análise de seus elementos estruturais, também denominados ou de princípios parciais, ou de

subprincípios. Essa decomposição, realizada pela jurisprudência e doutrina alemãs, tornou operacional a compreensão e a aplicação do princípio, dando densidade concretizadora a um princípio que, à primeira vista, parece impreciso, indeterminado. Firmou-se que o princípio da proporcionalidade é constituído por três subprincípios parciais: princípio da adequação (*Grundsatz der Geeignetheit*); princípio da necessidade, por vezes denominado também de princípio da exigibilidade ou princípio da indispensabilidade (*Grundsatz der Erforderlichkeit*); e princípio da proporcionalidade em sentido estrito (*Grundsatz der Verhältnismässigkeit in engeren Sinne*)

Para o sub princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou proibição do excesso deve o Juiz ponderar os danos que a admissão das provas obtidas ilicitamente pode causar, mas em contrapartida os resultados que se alcançará com essa medida, ou seja, deve haver maiores benefícios do que desvantagens, lecionando a esse respeito Acioli *apud* Dossena Junior (2010):

No que se refere à realização do sopesamento dos bens jurídicos, o Tribunal Constitucional Alemão adotou três critérios a serem seguidos pelo julgador na prolação de uma decisão em conformidade com o princípio da proporcionalidade: 1º) quanto mais sensível a intromissão da norma na posição jurídica do indivíduo, mais relevantes serão os interesses da coletividade com ele colidentes; 2º) o mais peso e preeminência dos interesses gerais justificam uma interferência mais grave; 3º) a diversidade de peso dos direitos fundamentais pode ensejar uma escala de valores em si mesmo, como ocorre na esfera juridico-penal.

Já o da adequação confere correlação entre os meios utilizados e os fins que se deseja alcançar, desde que o ato seja essencial na preservação do bem jurídico de maior relevância.

Por fim, o sub princípio da necessidade afirma que o meio utilizado deve ser o menos gravoso possível para atingir o fim almejado.

Em arremate Cabelreira (2010, p.136-137) explana cada um dos sub princípios da proporcionalidade:

A adequação está relacionada à relação entre fins e meios. O meio é adequado se é apto a alcançar o fim a que se destina. A necessidade pressupõe a escolha do meio menos oneroso para os direitos fundamentais. Já a proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação entre os diversos princípios afetados para que se escolha o meio que mais promova um determinado direito fundamental ao mesmo tempo que restrinja menos o direito, ou os direitos contrapostos.

O Superior Tribunal de Justiça já consolidou a aplicação do princípio da

proporcionalidade, expressamente mencionado no julgado do AgRg no Recurso Especial nº 1.125.398 - SP (2009/0130759-8) em 10 de agosto de 2010 que teve como relator o Ministro Hamilton Carvalhido, conforme transcrito a seguir:

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em que, para que seja cabível a pena de perdimento, em respeito ao princípio da proporcionalidade e não havendo reiteração da conduta ilícita, deve haver correspondência entre o valor do veículo objeto da sanção e o das mercadorias nele transportadas.

Assinale, ainda, que Cabeleira (2010, p.139) menciona aplicabilidade do princípio da proporcionalidade também pelo Supremo Tribunal Federal, quando transcreveu menção no voto vista pelo então Ministro Gilmar Mendes, em 26 de junho de 2003, no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 82.424-2/RS, abordando a perspectiva teórica de Alexy quanto à proporcionalidade:

A máxima da proporcionalidade, na expressão de Robert Alexy (*Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986), coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo — tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental. A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.

Elenca Didier Junior (2009, p.38) algumas situações em que o princípio da proporcionalidade tem aplicação no processo civil:

- a) fixação do valor das multas processuais;
- b) concessão de provimentos liminares;
- c) utilização do poder geral de cautela (art.798 do CPC);
- d) utilização do poder geral de efetivação (art. 461, § 5º, CPC);
- e) quebra de sigilo bancário;

- f) identificação do meio menos gravoso para o executado (art. 620 do CPC);
- g) identificação do que seja bem impenhorável (arts. 648/649, CPC, e Lei Federal 8.009/90);
- h) inadmissibilidade da denunciação da lide com base no inciso III do art. 70;
- i) utilização de provas obtidas ilicitamente;
- j) decretação de nulidades processuais etc.

Portanto, o princípio da proporcionalidade ao exigir que a lei utilizando os meios adequados e necessários aos fins a que se propõe, mediante a ponderação dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos em jogo, torna possível a realização da justiça no caso concreto, flexibilizando a rigidez das disposições normativas.

2- Critérios específicos de admissibilidade das provas obtidas por meio ilícito no processo civil.

Apesar da vedação constitucional o código de processo civil previu expressamente que se devem considerar como moralmente legítimo todos os meios de prova previstos e regulados por lei.

O ordenamento jurídico brasileiro enfrenta grande problema quando se tem uma prova obtida por meio ilícito como único elemento que enseje uma decisão justa, iniciando-se daí um conflito entre princípios de ordem constitucional, notadamente quando violem a intimidade ou a dignidade da pessoa humana.

As mais variadas posições são adotadas quanto a admissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, pois há quem não admita em hipótese alguma, quem sempre a admita, quem admita somente no processo penal e se forem a favor do acusado e outros que admite desde que seja analisada pela ótica do princípio da proporcionalidade, merecendo mencionar as considerações de Didier Junior et al(2009, p. 34) acerca do assunto:

Os que admitem sempre a prova ilícita, ou não a 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, o que é falso, pois nem todas as penas envolvem privação da 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.

Diante de vários posicionamentos a doutrina apresenta três correntes acerca da admissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, quais sejam a proibitiva, permissiva e a intermediária.

A corrente proibitiva inadmite a prova obtida por meio ilícito, em qualquer caso, não tendo relevância os valores em conflito, posicionando-se nesse sentido Theodoro Junior e Nuvolone *apud* Dossena Junior (2010):

entendem que a inadmissibilidade da prova ilícita fundamenta-se numa visão unitária do ordenamento jurídico e no princípio da moralidade administrativa, pois a ilicitude atinge o direito como um todo e não em partes separadas e o Estado deve ter uma postura ética incompatível com a admissão da prova ilícita. De outra banda, parte da doutrina sustenta que a inadmissibilidade da prova ilícita está arraigada na sua inconstitucionalidade, em face do que dispõe o art. 5º, inc. LVI da CF/88

Nessa esteira de pensamento Wambier et. al *apud* Jansen e Léda (2011) leciona que a corrente proibitiva ou Teoria Obstativa, inadmite de plano essas provas, cujo fundamento reside nos excessos gerados em casos extremos, como por exemplo até que limites pode ter um acusado para provar sua inocência no processo penal, aduzindo que

A prova ilícita é inadmissível em qualquer hipótese, mesmo que o direito em debate tenha relevância. Essa teoria tem derivação do entendimento da “teoria dos frutos da árvore envenenada”. A teoria defende que a prova ilícita deve ser sempre rejeitada, pois afronta não apenas o direito, mas princípios que são garantidos constitucionalmente. Para Francisco das Chagas, a “prova ilícita deve ser banida do processo, por mais alto e relevante que se possam se apresentar os fatos apurados”. A teoria obstativa não protege as partes que almejam provar suas alegações através de provas ilícitas. O objetivo da teoria é limitar que a busca da verdade infrinja direitos fundamentais.

Acolheu também a inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, a decisão proferida nos autos da Apelação Cível nº 70040793655 em 30 de março de 2011 pela Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo como Relator Leonel Pires Ohlweiler, conforme se extrai do resumo

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INFIDELIDADE VIRTUAL. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DO CASAMENTO. PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PREPONDERÂNCIA DO DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. O dever de reparar o dano advindo da prática de ato ilícito, tratando-se de ação baseada na responsabilidade civil subjetiva, regrada pelo art. 927 do Código Civil, exige o exame da questão com base nos pressupostos da matéria, quais sejam, a ação/omissão, a culpa, o nexo causal e o resultado danoso. Para que obtenha êxito na sua ação indenizatória, ao autor impõe-se juntar aos autos elementos que comprovem a presença de tais elementos caracterizadores da responsabilidade civil subjetiva. Ainda que descumprido o dever fidelidade do casamento, a comprovação de tal situação não pode ocorrer a qualquer preço, sobrepondo-se aos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, devendo cada caso submeter-se a um juízo ponderação, sob pena de estar preterindo bem jurídico de maior valia, considerado no contexto maior da sociedade. A prova, a princípio considerada ilícita, poderá ser admitida no processo civil e utilizada, tanto pelo autor, quanto pelo réu, desde que analisada à luz o princípio da proporcionalidade, ponderando-se os interesses em jogo na busca da justiça do caso concreto. E procedendo-se tal exame na hipótese versada nos autos, não há como admitir-se como lícita a prova então coligida, porquanto viola direito fundamental à intimidade e à vida privada dos demandados. Precedentes do STF e do STJ. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70040793655, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 30/03/2011)

Na permissiva a prova obtida ilicitamente no processo deve ser valorada, prevalecendo assim a descoberta da verdade, interesse precípua da Justiça, como aduz Rego *apud* Dossena Junior (2010) que “a solução contra a ilicitude praticada pela parte não deve ser a proibição de que ela faça uso da prova assim obtida, mas sua sujeição ao correspondente processo criminal para punição pela prática do ilícito cometido na obtenção da prova” .

E continua:

Assim, diz este autor, se um marido penetra clandestinamente na residência de alguém para documentar fotograficamente, ou por qualquer outro meio mecânico ou eletromagnético, a prática de adultério de sua mulher, deverá responder pelo crime de invasão de domicílio, porém jamais ser impedido de comprovar em juízo o adultério, através de prova por tal forma obtida. Nem teria sentido, afirma, pretender-se que o juiz, depois de indubitavelmente convencido da existência do adultério, demonstrado por meio dessa prova criminosamente obtida, devesse julgá-lo não provado e improcedente a ação de separação nele fundada.

Ainda quanto a teoria permissiva, explana Wambier e Moreira *apud* Jansen e Léda (2011) que sua admissibilidade está condicionada a imposição de sanções penais, cíveis e administrativas ao infrator, posição não acolhida no nosso ordenamento jurídico

A teoria permissiva aceita a prova ilícita por entender que a prova é lícita. A ilicitude ocorre na sua obtenção, este sim, merece punição. O conteúdo da prova deve ser aproveitado para provar os fatos alegados pelas partes. Nas lições de José Carlos Barbosa, deve prevalecer o interesse da justiça no descobrimento da verdade, sendo que a ilicitude na obtenção não deve ter o condão de retirá-la o valor que possui o elemento útil para formar o convencimento do julgador. Não obstante a validade da eficácia de aludidas provas, o infrator ficará sujeito às sanções previstas pelo ilícito cometido.

Em que pese a corrente intermediária ou interesse preponderante, que vem ganhando terreno na doutrina, esta corrente defende a não vedação total da utilização da prova obtida por meio ilícito, tampouco sua permissão de forma genérica, devendo ser sopesados os direitos conflitantes a serem protegidos, balanceando os valores em jogo sob a ótica da proporcionalidade, merecendo transcrever lição doutrinária de Nery Junior *apud* Dossena Junior (2010) acerca dessa corrente:

A doutrina se manifesta de forma bastante controvertida a respeito da validade e eficácia da prova obtida ilicitamente. A proposição da quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina de modernamente de princípio da proporcionalidade. De fato, não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub receptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva.

Pertinente a análise de Marinoni e Arenhart *apud* Jansen e Léda (2011) sobre a Teoria Intermediária, a qual defende a chamada inadmissibilidade mitigada, argumentando que a vedação da prova obtida por meio ilícito no processo só é excepcionada nos casos que envolvem direitos fundamentais em conflito real, os quais devem ser sopesados através do princípio da proporcionalidade, merecendo transcrever seus ensinamentos

A teoria intermediária admite a utilização da prova ilícita dependendo dos valores jurídicos e morais que estão em jogo. Essa teoria fica

entre a teoria obstativa e a teoria permissiva. O principal expoente dessa teoria é o princípio da proporcionalidade, que nos últimos anos tem sido exaltada nos Tribunais. O princípio tem como exigência, a ponderação dos direitos ou bens jurídicos que estão sendo defendidos conforme o peso que é conferido ao bem respectivo em determinado caso concreto. A teoria intermediária é a que melhor coaduna para o caráter público do processo, reconhecendo a multiplicidade de valores fundamentais vigente no sistema constitucional. Quando uma prova ilícita é obtida deve ser acatada com reservas, mas se o direito for relevante, é possível a admissibilidade da prova ilícita. Como por exemplo, no direito de família, no qual uma conversa telefônica clandestina não serve de prova para separação judicial, mas para a disputa sobre a guarda dos filhos

E ainda sobre o assunto Moreira *apud* Jansen e Léda (2011) como adepto da teoria intermediária conclui que

deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade sobre a admissibilidade da prova ilícita no caso concreto. Assim assegura que o direito à preservação da intimidade pode ser sacrificado na medida em que seja incompatível com a realização de objetivos primariamente visados, sendo necessário, desse modo, “observar um critério de proporcionalidade com o auxílio do qual se possa estabelecer adequado ‘sistema de limites’ à atuação das normas suscetíveis de pôr em xeque a integridade da esfera íntima de alguém, participante ou não do processo”

Ressalte-se ainda, que a jurisprudência dos tribunais brasileiros, em acolhimento a tese intermediária vem admitindo as provas obtidas por meio ilícito, merecendo transcrever ementa do arresto proferido no julgamento do Agravo de Instrumento nº 70005967740, sob relatoria do eminente Desembargador Jose Carlos Teixeira Giorgis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, decidindo admitir a gravação de conversa entre marido e mulher, juntada por ela sem conhecimento dele, com o intuito de provar a defraudação do patrimônio comum *apud* Dossena Junior (2010)

Separação Judicial. Prova. Gravação de conversa entre marido e mulher. Juntada. Prova de defraudação do patrimônio comum. Decisão que determina o desentranhamento da degravação. Descabimento. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Ponderação do direito à prova. Limitação que cede à prova relevante. Interesses da busca da verdade e da segurança jurídica que sacrificam, no caso concreto, a tutela da intimidade. Restrição constitucional superada pela originalidade da prova para a descoberta da verdade.

Segundo Didier Junior et al(2009, p. 34) para que a prova obtida por meio

ilícito seja admitida no processo civil é necessário que sejam atendidos alguns critérios:

(i) imprescindibilidade: somente pode ser aceita quando se verificar, no caso concreto, que não havia outro modo de se demonstrar a alegação de fato objeto da prova ilícita, ou ainda quando o outro modo existente se mostrar extremamente gravoso/custoso para a parte, a ponto de inviabilizar, na prática, o seu direito à prova; (ii) proporcionalidade: o bem da vida objeto de tutela pela prova ilícita deve mostrar-se, no caso concreto, mais digno de proteção que o bem da vida violado pela ilicitude; (iii) punibilidade: se a conduta da parte que se vale da prova ilícita é antijurídica/ilícita, o juiz deve tomar as providências necessárias para que seja ela punida nos termos da lei de regência (penal, administrativa, civil, etc); (iv) utilização pro reo: no processo penal, e apenas nele, tem-se entendido que a prova ilícita somente pode ser aceita se for para beneficiar o réu/acusado, jamais para prejudicá-lo.

Além de posicionamentos favoráveis, a admissão das provas obtidas por meio ilícito também se atrela ao dever das partes de dizer a verdade no processo civil, demonstrando todas as características que permitem verificar a falsidade de uma alegação, bem como o interesse na descoberta da verdade e a celeridade processual, admitindo todos os meios capazes de conferir maior certeza e celeridade ao julgamento.

Como visto, em face de uma proibição constitucional, tribunais e doutrina vem reconhecendo que a depender do caso concreto, se faz necessário que o julgador pondere bens jurídicos conflitantes, de modo que uma decisão alcance a justiça tão buscada no processo, demonstrando, portanto, tendência ao acolhimento da teoria intermediária.

3- Aplicabilidade do princípio da proporcionalidade para afastar a proibição da norma constitucional.

A utilização do princípio da proporcionalidade para afastar o rigor da norma constitucional que veda as provas obtidas ilicitamente, tem acirrado debates e sofrido críticas por parte de dois grupos.

As críticas do primeiro grupo, embora não se referiram especificamente as provas ilícitas, relacionam-se ao esvaziamento do conteúdo garantista dos direitos fundamentais, posicionando-se que a proporcionalidade não deveria ser admitida para relativizar nenhuma garantia fundamental, segundo Sarmiento *apud* Cabeleira

(2010, p.154) “se uma norma constitucional institui uma garantia, sem prever qualquer exceção, não poderia o Judiciário criar hipóteses de flexibilização, por mais relevantes que fossem os seus motivos”.

Na mesma esteira de pensamento Barroso e Barcellos *apud* Cabeleira (2010, p. 154), levando em consideração as características da cultura jurídica no nosso país, aduzem que:

embora a idéia da proporcionalidade possa parecer atraente, deve-se ter em linha de conta os antecedentes de país, onde as exceções viram regra desde sua criação (vejam-se, por exemplo, as medidas provisórias). À vista da trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um *sentimento constitucional* consolidado, não é nem conveniente nem oportuno, sequer *de lege ferenda*, enveredar por flexibilizações arriscadas.

Perfilhando o segundo grupo, estão os que admitem a aplicação da proporcionalidade para aproveitar as provas obtidas por meio ilícito, fazendo observações de que o princípio não vem sendo aplicado corretamente, pois há ausência de método e fundamentação, conforme observações feitas por Silva *apud* Cabeleira (2010, p.156):

A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula à '*luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade* o ato deve ser considerado inconstitucional'.

Defendendo a utilização da proporcionalidade e contrário as críticas de que ela emana subjetivismo e arbítrio judicial, Barbosa Moreira *apud* Cabeleira (2010, p.155):

observa que em numerosos casos a lei confia na valoração feita pelo juiz para possibilitar a aplicação de normas que contenham conceitos jurídicos indeterminados como 'bons costumes' e 'interesse público'. A subjetividade do juiz seria impossível de ser eliminada, atuando de modo constante e inevitável no modo de dirigir o processo e decidir

Na mesma linha, afirma Alexy *apud* Cabeleira (2010, p.155) que

a possibilidade de não se ter uma unanimidade quanto à solução adotada não é uma crítica à racionalidade do método de ponderação, mas uma qualidade geral dos problemas práticos ou normativos. A universalização dessas decisões concretas sobre as relações de precedência condicionada devem ser realizadas pela jurisprudência e pela doutrina, com o transcurso do tempo, gerando uma rede de

regras concretas adstritas às distintas disposições de direito fundamental, e representam o objeto central do estudo da dogmática.

E ainda sobre o assunto observa Hamilton *apud* Cabelreira (2010, p.156) que

a objeção que se costuma fazer ao princípio da proporcionalidade reside no subjetivismo que gera, pondo nas mãos do juiz um poder absoluto de apreciação sobre qual valor deve preponderar, fazendo surgir um 'concretismo' perigoso, com graves riscos para a segurança individual. Em seguida aponta alguns critérios balizadores para a aplicação do Princípio da Proporcionalidade que a) deve ser reservado para casos excepcionais e de extrema gravidade; b) a decisão exige cuidadosa fundamentação; c) possibilidade de enfrentamento mediante recurso, criando-se a partir daí uma jurisprudência que sirva como critério indicador para casos futuros.

Há que se mencionar temor de Gomes Filho *apud* Cabelreira (2010, p.152) quanto a utilização sem fundamentação adequada do princípio da proporcionalidade para aproveitar provas obtidas por meio ilícito, como sendo fato que gera repulsa ao princípio, pois “a generalizada aceitação de tal critério levaria a uma indesejável banalização dos direitos fundamentais tutelados pela proibição das provas ilícitas, além de dar margem a interpretações perigosamente amplas e marcadas pelo subjetivismo”

Não se pode olvidar que as críticas, apesar de servirem como alerta, não é prerrogativa da aplicação do princípio da proporcionalidade, mas são essenciais ao exercício de qualquer atividade jurídica, em especial, da atividade jurisdicional.

O princípio da proporcionalidade no processo civil deve ter aplicação quando os princípios constitucionais nos mais diversos níveis entram em conflito, no tocante a proteção do direito material violado pela obtenção da prova ilícita e a descoberta da verdade, podendo o juiz após uma análise de ponderação, e fazendo uso da regra da proporcionalidade, imprimir eficácia a prova obtida por meio ilícito.

Uma prova produzida por meios contrários à determinação legal ou que de qualquer forma desobedeça aos limites éticos e morais, nem sempre pode ser considerada como inadequada às necessidades do processo.

Percebe-se que o princípio da proporcionalidade, por estar intimamente ligado aos direitos fundamentais do ser humano, deve funcionar como instrumento de equilíbrio, regulando situações em que a impossibilidade da prova ilícita com seu caráter constitucional, não se sobreponha a outros princípios também

constitucionais.

Quando em determinado caso concreto tem-se de um lado a norma constitucional vedando a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos e do outro a busca da verdade, ao lado dos outros princípios privilegiados pela admissão ou manutenção da prova, a aplicação do princípio da proporcionalidade não deve se ater a unicamente resolver o conflito entre os princípios processuais, quais sejam, o direito à prova em face da vedação às provas ilícitas, mas deve resolver os conflitos mais profundos existentes no caso, trazendo Cabeleira(2010, p.149) o seguinte exemplo:

Podemos exemplificar com a hipótese de uma pessoa que realiza constantemente filmagens do apartamento de seu vizinho do prédio em frente (violando sua privacidade) e que acaba descobrindo que tal pessoa costuma praticar sevícias em sua filha, menor impúbere. Em tal situação, o 'curioso' não age acobertado por nenhuma excludente de ilicitude. A prova apta a demonstrar a culpa (adequação) será a única possível (necessidade). Com relação ao exame de proporcionalidade em sentido estrito, de um lado está o direito à inviolabilidade do domicílio e a proteção da intimidade, aliados à vedação das provas ilícitas. Do outro, o princípio da proteção à criança e a dignidade da pessoa humana, juntamente com o direito à prova e a busca da verdade processual. Caracterizado um conflito de direitos fundamentais, a restrição ao direito à prova não é adequada, pois o valor da proteção à criança é mais relevante na hipótese. Permitir que o pai continue praticando as agressões contra a filha violaria frontalmente o sistema de valores fundamentais consagrado na Constituição.

Para maiores esclarecimentos acerca de quando se deve aplicar o princípio da proporcionalidade de acordo com o caso concreto sob exame, propõem Marinoni e Arenhart *apud* Cabeleira (2010, p.158) que:

Em primeiro lugar há que se considerar o valor do bem jurídico que se busca proteger por meio da prova ilícita. Depois, deve-se verificar se havia outro elemento de prova, além do obtido de forma ilícita, capaz de demonstrar as alegações em juízo. Por fim, analisa-se de que modo a obtenção da prova ilícita determinou a violação do direito e de que tipo de direito se trata. Se for um daqueles que admitem limitação obedecidos certos requisitos legais, a violação é menos grave do que a de um que não admita restrição.

Em defesa de que para haver decisões justas, o princípio da proporcionalidade não pode ter conteúdo normativo indefinido, Reichelt *apud* Cabeleira (2010, p.159) especifica em detalhe que:

Sob o manto do postulado da proporcionalidade, o afastamento da norma que veicula a proibição e produção de provas ilícitas

pressupõe uma análise situada em três planos. Primeiramente, impõe-se examinar a adequação entre o meio empregado (prova) e o fim almejado (busca da verdade, tutela do bem jurídico pelo direito material). Em segundo lugar, cumpre verificar a existência ou não de outros meios alternativos ao emprego da prova considerada ilícita, capazes de garantir o respeito ao fim anteriormente referido, de maneira que, ao existirem outras possibilidades, além de tal expediente probatório, que seja empregado o meio que importe em menor restrição aos direitos fundamentais – como, por exemplo, o emprego de meios de prova lícitos que levem a resultados similares. Por último, o exame final subsume-se ao da proporcionalidade em sentido estrito, no qual se verifica se as vantagens obtidas mediante o emprego da prova ilícita se sobrepõem às desvantagens verificadas.

Cabe observar que as três etapas acima mencionadas pelos autores correspondem à análise dos sub princípios da proporcionalidade, a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, concluindo Cabeleira(2010, p.167) que:

O conhecimento e a aplicação do princípio da proporcionalidade por meio dos seus sub princípios — adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito— são indispensáveis para debelar as críticas feitas a sua utilização no tema das provas ilícitas, e permitir que o jurista tenha em mãos o instrumental para garantir maior eficácia aos direitos fundamentais, quer rechaçando as provas decorrentes da sua violação quer protegendo-os por meio exatamente de provas obtidas a partir da violação de outros direitos fundamentais.

Tem-se na aplicação do princípio da proporcionalidade uma determinação correta dos valores em jogo, da ordem de prioridade dos valores e do preceito da proporcionalidade entre os meios empregados e o fim a ser obtido, segundo menciona Rios Gonçalves (2010, p.403):

Parece-nos, também que a vedação constitucional a utilização da prova ilícita não se pode ser estendida a tal ponto que impeça provas lícitas só porque a sua produção advém de um desdobramento da produção da prova proibida.

Nem nos parece, ainda que a vedação constitucional seja absoluta. Melhor que se aplicasse a teoria da Proporcionalidade, que concede eficácia jurídica a prova, se sua ilicitude causar uma ofensa menor ao ordenamento jurídico que a que poderia advir de sua não produção. Essa teoria originária do direito alemão, permite ao juiz ponderar entre as consequências negativas que resultarão do uso da prova ilícita e as que advirão de sua proibição, cabendo-lhe avaliar qual o maior prejuízo.

Aduz ainda, que o acolhimento da prova ilícita permitiria usar, por exemplo:

uma interceptação telefônica, que é vedada por lei, para, em ação de modificação de guarda, fazer prova de que uma criança vem sendo freqüentemente espancada e torturada. É verdade que a interceptação viola o princípio constitucional da intimidade, mas o valor jurídico que, nesse exemplo, a ele se contrapõe, qual seja, a proteção a vida e a integridade física da criança, deve prevalecer, sendo proporcionalmente relevante.

Para Roberto Barroso *apud* Marinoni e Arenhart(2010, p.250):

a constituição brasileira, por disposição expressa, retirou a matéria da discricionariedade do julgador e vedou a possibilidade de ponderação de bens e valores em jogo. Elegeu-a próprio o valor mais elevado: a segurança das relações sociais pela proscrição da prova ilícita

Apesar da vedação do texto constitucional, importa dizer que no processo civil, é incontestável a possibilidade de o Juiz analisar as provas ainda que obtidas ilicitamente, desde que haja uma ponderação entre os valores conflitantes, para inspirar o seu convencimento, dando qualidade às decisões, pois o texto não retirou do julgador a liberdade de decisão que lhe é inerente.

Ainda nesse sentido, Marinoni e Arenhart (2010, p. 250) aduzem:

Como se vê, é necessária a percepção de que a eleição de um valor, pela norma, não exclui a possibilidade da realização de outra ponderação, a ser feita pelo juiz diante do caso concreto. A resposta a essa argumentação seria no sentido de que a norma constitucional, ao proibir a prova ilícita, não fez restrição a qualquer espécie de processo e, assim, também considerou o processo civil.

Dessa forma, em relação à prova obtida por meio ilícito no processo civil, cujo conflito pode se dar entre o direito que se deseja ver tutelado por meio do processo e o direito violado pela prova ilícita, não deve-se esquecer da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que sem a admissão deste tipo de prova em um determinado caso concreto, não poderiam ser tutelados, nascendo a partir daí justamente a lógica da proporcionalidade para afastar a proibição constitucional.

4. Admissibilidade da prova obtida por meio ilícito no processo civil à luz do

princípio da proporcionalidade.

Diversos são os litígios que o processo civil se propõe a resolver, e conseqüentemente nestes confrontos há conflitos entre os bens jurídicos tutelados, exigindo do julgador uma análise pormenorizada quanto à definição que cada um irá representar a depender do caso concreto.

Não obstante a norma constitucional extraída do inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal vede a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, se há no caso concreto outros princípios jurídicos que sejam privilegiados pela exclusão da prova, deve prevalecer a busca da verdade, ao lado dos outros princípios privilegiados pela admissão ou manutenção da prova.

A vedação as provas obtidas por meio ilícito não é absoluta, pois diante do caso concreto e quando confrontado com direitos fundamentais, esta prova ilícita poderá ser acolhida, desde que a análise se dê fundamentado no princípio da proporcionalidade, a partir de uma ponderação de interesses, apresentado uma solução que atenda a todos os interesses envolvidos, conforme Bonavides e Zavascki *apud* Didier Junior (2009, p. 35):

O magistrado, para resolver o conflito, haverá de avaliar qual das normas constitucionais, no caso concreto, deve prevalecer - como não se pode resolver a tensão pelo princípio da hierarquia das normas, pois advindas da mesma fonte, o juiz pondera os interesses em jogo, limitando a aplicação de um dos conflitantes em detrimento da do outro, de modo a delimitar o seu alcance. Serve, esse método de desenvolvimento do direito, “para delimitar, umas em relação às outras, as esferas de aplicação das normas que se entrecruzam e, com isso, concretizar os direitos cujo âmbito ficou em aberto.” “Com efeito, o critério da proporcionalidade é tópico, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com a equidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras (*Abwägung*), a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso (*Übermassverbot*), concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção.”

Compartilha desse entendimento Silva (2006) aduzindo que

Desse modo, atualmente, a doutrina e a jurisprudência dominante no Brasil posicionam-se de forma contrária à admissibilidade das provas ilícitas, mas temperam tal entendimento pela teoria da proporcionalidade. Com efeito, o princípio da proibição da prova ilícita não é absoluto – até porque, reitera-se, não existe nenhum direito fundamental absoluto – podendo ceder, quando em colisão com outro

direito fundamental de maior peso, no caso concreto.

Diferentemente do processo penal, no processo civil não se pode generalizar os valores jurídicos em confronto, como por exemplo, a oposição segurança pública versus liberdade individual, pois difícil se torna imaginar que os direitos defendidos pelo autor possam se sobrepor sobre os direitos dos réus em razão da ampla gama de conflitos jurídicos deduzidos e da variação quanto aos bens jurídicos que podem ser defendidos ora ativamente, ora passivamente(CABELEIRA, 2010).

Dessa forma, o tratamento completo do tema envolve a identificação dos direitos materiais defendidos por cada uma das partes no processo. A aplicação do princípio da proporcionalidade não se dá unicamente para resolver o conflito entre os princípios processuais: direito à prova em face da vedação às provas obtidas por meio ilícito, mas deve resolver os conflitos mais profundos existentes no caso, trazendo Didier Junior et. al *apud* Cabeleira (2010, p.149) a título de exemplo a hipótese de

uma pessoa que realiza constantemente filmagens do apartamento de seu vizinho do prédio em frente (violando sua privacidade) e que acaba descobrindo que tal pessoa costuma praticar sevícias em sua filha, menor impúbere. Em tal situação, o curioso não age acobertado por nenhuma excludente de ilicitude. A prova apta a demonstrar a culpa (adequação) será a única possível (necessidade). Com relação ao exame de proporcionalidade em sentido estrito, de um lado está o direito à inviolabilidade do domicílio e a proteção da intimidade, aliados à vedação das provas ilícitas. Do outro, o princípio da proteção à criança e a dignidade da pessoa humana, juntamente com o direito à prova e a busca da verdade processual. Caracterizado um conflito de direitos fundamentais, a restrição ao direito à prova não é adequada, pois o valor da proteção à criança é mais relevante na hipótese. Permitir que o pai continue praticando as agressões contra a filha violaria frontalmente o sistema de valores fundamentais consagrado na Constituição

Há situações em que se recomenda o uso de provas obtidas por meio ilícito no processo, merecendo transcrever as citações de Farias *apud* Cabeleira (2010, p.146):

Assim, em casos excepcionais – como nas hipóteses de destituição de poder familiar, de investigação de paternidade ou de ações coletivas – há de ser admitida a prova ilícita, pois o bem jurídico a ser protegido é mais relevante do que o bem jurídico que se admite sacrificar, justificando a sua utilização. Em outras palavras, é a ponderação dos interesses no caso concreto que deverá nortear a decisão judicial (...) prestigiando-se o valor jurídico mais relevante.

Nessa esteira de pensamento Sarmiento *apud* Cabeleira (2010, p.146) também propõe o exemplo

de uma ação de destituição de pátrio poder em que existam provas ilícitas evidenciando a prática de abuso sexual dos genitores contra o menor. Nesse caso, entende que o direito à dignidade e ao respeito do ser humano em formação, assegurado, com absoluta prioridade, pelo texto constitucional no artigo 227, assume peso superior ao do direito de privacidade dos pais da criança, de modo que estaria justificada a admissibilidade do uso da prova ilícita

Discussões surgem no campo da admissão das provas obtidas por meio ilícito apontando que muitas vezes dependendo do caso, essa utilização traria resultados menos grave de que a sua inadmissibilidade, como salientou Pinheiro *apud* Cabeleira (2010, p. 147) quando concluiu que

o perigo da subjetividade no caso da aplicação do princípio da proporcionalidade existe e que as maiores incertezas decorrem, efetivamente, da errônea individualização dos valores em jogo. Considera, no entanto, que não há como ignorar a utilização da proporcionalidade desde que aplicada a situações limites, em que a admissibilidade das provas obtidas ilicitamente acarretaria resultados menos gravosos que a sua simples inadmissibilidade.

Não se pode olvidar que além de entendimento doutrinário, também a jurisprudência vem admitindo as provas obtidas por meio ilícito, merecendo colacionar decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande Norte, negando provimento a recurso retido que argüiu em preliminar exclusão das gravações de conversas telefônicas entre o autor/apelado e representantes da ré, bem como suas degravações juntados aos autos, prova considerada ilícita pelo apelante, haja vista terem sido obtidas sem o conhecimento de funcionários da demandada, aduzindo em síntese que as denominadas genericamente escutas telefônicas quando se especificam como simples gravações de conversações entre as pessoas nelas envolvidas, como é o caso dos autos, não são, de regra, obtidas por meios ilícitos e vêm sendo admitidas pela jurisprudência, afirmando-se até que não age ilicitamente, encontrando-se acobertado por excludente da antijuridicidade, quem, para provar a própria inocência, grava conversação com terceiro, conforme

EMENTA : CIVIL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO REDIBITÓRIA E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORIAS. PROCEDÊNCIA EM PARTE. APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. I - AGRAVO RETIDO. DECADÊNCIA. NÃO CARACTERIZADA. EXISTÊNCIA DE VÍCIO OCULTO. AÇÃO INTENTADA DENTRO DO

PRAZO. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO.

II - CONVERSA TELEFÔNICA. GRAVAÇÃO POR UM DOS INTERLOCUTORES (AUTOR). PROCEDIMENTO QUE NÃO É ILÍCITO. AGRAVO DESPROVIDO.

III -PRELIMINAR. VÍCIO DE REPRESENTAÇÃO. TRANSFERÊNCIA PARA O MÉRITO.

IV- VÍCIO DE REPRESENTAÇÃO. PRECLUSÃO. ATO CONSOLIDADO.COMPRAS E VENDAS DE AUTOMÓVEL USADO. VÍCIO REDIBITÓRIO. CONSTATAÇÃO. DISSOLUÇÃO DO CONTRATO. DEVOLUÇÃO DO VALOR PAGO PELO AUTOR E RETORNO DO BEM AO PATRIMÔNIO DA EMPRESA RÉ. RESTITUIÇÃO AO *STATUS QUO ANTE* . DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO(Apelação Cível nº, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RN, Relator: Desembargador Osvaldo Cruz, Julgado em 22/02/2011)

Quanto ao direito constitucional à prova e de descoberta da verdade, aproveita a prova ilícita os princípios de direito material, enquanto que diante da vedação constitucional às provas obtidas por meio ilícito estão os direitos violados na obtenção ou produção das mesmas.

É inafastável a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade para que no processo civil se admita as provas obtidas por meio ilícito, apesar das dificuldades enfrentadas quando se faz necessário determinar o princípio, dado o confronto gerado, pois não é possível isolar apenas um princípio de cada lado, em razão desses conflitos nascerem entre constelações de princípios, podendo ser favorecidos ou desprestigiados dependendo do teor da decisão.

Há que se mencionar a observação de Roque (2010, p. 21):

Em casos excepcionais, por mais paradoxal que possa parecer, a ponderação de interesses é precisamente o que garante a proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição. No entanto, para evitar abusos e subjetivismos judiciais, é preciso de alguma forma promover esta ponderação utilizando critérios minimamente racionais. É indispensável ir além da assertiva, que já se tornou verdadeiro lugar-comum no Direito, segundo a qual não existem valores absolutos na Constituição

Dessa forma, o direito à prova apesar da limitação dos meios legítimos empregados quando de sua obtenção, faz-se mister, a ponderação entre os direitos que podem ser violados pela prova ilícita com aqueles que não podem ser demonstrados por outro meio de prova, a não ser obtido de modo ilícito, e é justamente quando surge esse impasse que deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade, objetivando balancear os interesses e valores em jogo, pois um

direito fundamental só se restringe em função de outro de maior valor no caso concreto.

Há na Constituição outros bens jurídicos tão relevantes quanto os direitos fundamentais preservados pela vedação às provas obtidas por meio ilícito, merecendo proteção quando questionados no caso concreto, pois esta vedação não pode se sobrepor a qualquer outro valor constitucional, em face de que em termos puramente normativos não há hierarquia entre duas normas constitucionais.

Portanto, quando no processo surgir um conflito sobre o aproveitamento de provas ilícitas, cabe ao julgador decidir qual princípio deve prevalecer, pois cada caso deve ser julgado como único e incomparável, apreciando as peculiaridades que a situação conflituosa apresentar.

4.1 Breve reflexão acerca do tratamento dado pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil à vedação as provas obtidas por meio ilícito e a aplicação do princípio da proporcionalidade

Inova o Projeto do Novo Código de Processo Civil, mediante Lei nº 166/2010 em seu artigo 257, parágrafo único, trazendo previsão a respeito de se admitir as provas obtidas por meio ilícito, desde que sejam ponderados os princípios e direitos fundamentais envolvidos no caso concreto, quando dispõe

Art. 257. As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar fatos em que se funda a ação ou a defesa e influir eficazmente na livre convicção do juiz.

Parágrafo único. A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos.

Posiciona-se Marcato (2011) acerca do dispositivo em análise

Como se vê, recepcionou-se no caput desse artigo o teor do art. 332 do Código em vigor, mas se acrescentou parágrafo prevendo a permissão, ainda que de forma oblíqua, de valoração de prova obtida por meio ilícito, em suposta homenagem a princípios e direitos fundamentais. Olvidou-se, no entanto, que a atribuição de valor à prova ilicitamente obtida significa, em última análise, a admissão da pertinência da prova dela decorrente, aceitando o juiz, como se saudável fosse, o fruto contaminado pelo veneno da árvore do qual proveio.

Do dispositivo se extrai que o legislador reforça a possibilidade de se

admitir as provas obtidas por meio ilícito no processo civil, desde que o magistrado avalie a natureza dos direitos envolvidos sob a ótica de proporcionalidade ou razoabilidade, ponderando os princípios e os direitos fundamentais em discussão.

As discussões giram em torno da possível inconstitucionalidade do art. 257, parágrafo único do Projeto de Lei nº 166/2010, sustentando que quando da aplicação da norma há o risco da ocorrência de abusos, em dissonância com a proibição constitucional contra a admissão das provas obtidas por meio ilícito, compartilhando desse entendimento Marcato (2011) quando afirma

Destarte, de modo algum é aceitável – como querem alguns – a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, sob o argumento de que elas podem eventualmente representar, em termos práticos, a obtenção de benefício de relevante valor social.

E ainda nessa discussão continua Sarmiento *apud* Roque (2010, p.19)

Uma outra crítica, esta provida de maior substância, afirma que a aplicação do princípio da proporcionalidade poderia ensejar abusos e traria um risco de esvaziamento dos direitos fundamentais protegidos pela Carta Magna, ao torná-los sujeitos a restrição de acordo com o caso concreto. Desta forma, se uma norma constitucional institui uma garantia, sem prever exceções, não poderia o legislador permitir que o juiz flexibilizasse tal proibição, por mais relevantes que fossem os seus motivos.

Outros autores entendem necessária a explicitação de critérios para a admissão desse tipo de prova, desde que os valores em jogo sejam identificados e expressos, inexistindo outro meio para se provar as alegações em questão.

Quanto ao assunto explana Oliveira *apud* Roque (2010, p. 19)

Em síntese, a constitucionalidade do do art. 257, paragrafo único do Projeto de Lei nº 166/2010 depende da verificação de ser possível ou não, à luz da Constituição brasileira, adotar a solução da inadmissibilidade mitigada” para as provas ilícitas no processo civil pátrio. Uma das críticas possíveis contra o dispositivo em questão é que o principio da proporcionalidade não está previsto em nosso ordenamento jurídico e que, portanto, a proibição constitucional às provas ilícitas não admitiria flexibilizações. No entanto, sem embargo de entendimentos contrários, esta crítica não pode prosperar, na medida em que existem na Constituição princípios implícitos, sendo o princípio da proporcionalidade inferido a partir do devido processo legal substantivo(*substantive due process of law*) e , ainda, do Estado Democrático de Direito

Elenca Roque (2010, p.25) as condições mínimas e indispensáveis para a configuração do estado de necessidade processual, que permitirá a admissão, em

caráter excepcional, das provas obtidas por meio ilícito no processo civil, nos termos do art. 257, parágrafo único do Projeto de Lei nº 166/2010, quais sejam:

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

Não obstante essa inovação, a senadora Níura Demarchir (2011) apresentou a emenda nº 30, propondo

a supressão do parágrafo único do art. 257, sob o fundamento de que o fato de o artigo admitir provas 'moralmente legítimas' não pode implicar no acolhimento de provas ilegais. Dessa forma, a redação do parágrafo único prevendo que a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz, pode induzir à conclusão de que tais provas poderão ser acolhidas, contrariando dessa forma jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que as considera nulas, por inconstitucionalidade, inclusive com adoção da chamada 'teoria dos frutos da árvore envenenada'

Quanto a supressão do parágrafo único do artigo 257 do Projeto do Novo Código de Processo Civil Marcato (2011) considera que em sendo acolhida “está restabelecida o respeito à vedação constitucional”.

Em que pese ainda não existirem significativa quantidade de posicionamentos acerca do dispositivo em questão, o que propiciaria análise mais detalhada, percebe-se que a norma contida no parágrafo único do art. 257 do Projeto de Lei nº 166/2010 abre espaço para análise mediante ponderação de interesses, aplicando o princípio da proporcionalidade quando direitos fundamentais entrarem em colisão, acarretando dar justas soluções a de decisões judiciais, pois o objetivo do projeto dentre outros, é o de restabelecer verdadeira sintonia do processo civil com a Constituição Federal.

CONCLUSÃO

De relevância inquestionável, a prova no processo é considerada elemento integrador do convencimento do juiz efetivando determinado resultado prático favorável a quem tem razão, culminando com decisão motivada pela análise do conjunto probatório.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVI determina expressamente que as provas obtidas por meios ilícitos não poderão ser admitidas, inferindo-se então que a vedação limita-se a eficácia destas provas no processo e não a violação ao direito material, já proibida por outras normas.

A princípio essa conotação rígida e absoluta da norma constitucional, é explicada pelo momento de sua criação, que se deu após o término do regime autoritário brasileiro, época em que as liberdades e garantias individuais eram

flagrantemente desrespeitadas.

Vertiginosamente a sociedade evolui, surgindo com essa evolução conflitos acirrados entre os diversos níveis sociais, e a mudança na forma de interpretar as regras estabelecidas pelos legisladores, pois sendo responsáveis diretos pela distribuição da justiça, serão também pelo equilíbrio necessário para o alcance da pacificação social exigida como fim do processo.

Mister se faz ressaltar que o princípio da vedação da prova obtida por meios ilícitos não tem caráter absoluto, bem como nenhum outro princípio constitucional, cabendo essa prova ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, que ligado intrinsecamente aos direitos fundamentais do ser humano, é considerado como meio adequado para se estabelecer um equilíbrio entre a necessidade e a possibilidade da prova ilícita, permitindo no caso concreto que um determinado princípio, prevaleça após a ponderação de interesses, afastando a proibição da prova obtida por meio ilícito com sua conseqüentemente utilização no processo.

A princípio a prova obtida por meio ilícito, nem sempre pode ser tida como inadequada às necessidades do processo, pois se analisadas sob a ótica do princípio da proporcionalidade, depois de ponderados os interesses em jogo, possibilita ser admitidas e utilizadas tanto pelo autor, quanto pelo réu, no intuito de se buscar a justa solução para a contenda intentada no judiciário.

A pesquisa realizada para elaboração deste trabalho monográfico buscou descobrir em que situações essa vedação pode ser afastada, de forma a assegurar a admissão das provas relevantes à tutela do bem perseguido, ainda que limitadas por colisão com outros valores e princípios constitucionais, mas que analisadas sob o princípio da proporcionalidade, tornam-se instrumento eficaz de apoio as decisões judiciais justas, vez que a aplicação automática e indiscriminada da lei geraria injustiça.

Oportuno se fez tecer comentários acerca do tratamento dado as provas obtidas por meio ilícito no Projeto do Novo Código de Processo Civil, o qual inseriu no artigo 257 em seu parágrafo único a previsão da admissibilidade das provas obtidas ilicitamente, desde que pelo julgador sejam apreciados à luz da ponderação, os princípios e direitos fundamentais envolvidos, contudo foi apresentada proposta de supressão de referido dispositivo, sob argumentos frágeis de

inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, em face de ter essa corte adotado a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Todavia espera-se a rejeição de tal proposta, posto o projeto encontrar-se sintonizado rigorosamente com as necessidades contemporâneas, corroborada pela colaboração da sociedade que foi ouvida, ocorrência de audiências públicas antes da entrega ao Presidente do Senado, bem como outras audiências públicas amplamente divulgadas e realizadas.

Destarte, tratando-se de questão ainda muito discutida, acredita-se que o acolhimento da prova obtida ilicitamente deve ter seu valor no processo, com certa cautela para que não se pratiquem arbitrariedades contra direitos fundamentais da pessoa, primando por garantir uma medida, se não a mais justa, ao menos que não seja injusta.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual civil**. 3 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BIANCHI, Anna Cecília de Moraes; ALVARENGA, Marina; BIANCHI, Roberto. **Manual de orientação de estagio supervisionado**. 4 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/Ccivil-03/LEIS/L5869.htm>> Acesso em: 18 ago 2011.

BRASIL. **Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/> Acesso em: 26 ago 2011

CABELEIRA, Carlos Vinícius Soares. **Prova ilícita no processo**. Disponível em: <http://www.ccje.ufes.br/direito/posstrictosensumestrado/Links/dissertacaocarlosabelei>

ra.PDF> Acesso em 06 fev 2012

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 20 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

FILHO, Vicente Greco. **Direito processual civil brasileiro: atos processuais a recursos e processos nos tribunais**. 20 ed. ver. e atual. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2009

GONÇALVES, Elisa Pereira. **Conversa sobre iniciação à pesquisa científica**. 3 ed. São Paulo: Alinea, 2003;

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento(1ª parte)**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010;

JANSEN, Thaisa Pamara Sousa, LÉDA, Ana Letícia Nepomuceno. **Da (in)admissibilidade da prova ilícita no processo civil**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3700>> Acesso em 10 fev 2012

JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11 ed. vol 1. Salvador: Juspodivm, 2009

JUNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 4 ed. vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2009

JUNIOR, Humberto Teodoro. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 50 ed. vol 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009

JUNIOR, Juliano Dossena. **A (in)admissibilidade das provas ilícitas no processo civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2695, 17 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17848>> Acesso em: 29 jul 2011

JURISPRUDÊNCIAS DOS TRIBUNAIS. Disponível em <<http://br.vlex.com/tags/provas-ilicitas-processo-civil-1432658> – Acesso em 07 mar 2012

LEITE, Francisco Tarcisio. **Metodologia científica: métodos e técnicas de pesquisa (monografias, dissertação, teses e livros)** Aparecida: Idéias e letras, 2008

MARCATO, Antonio Carlos. **O projeto do novo Código de Processo Civil e a doutrina dos frutos da árvore envenenada** (“Fruits of the poisonous tree”). Disponível em : < <http://www.fatonotorio.com.br/artigos/ver/98/o-projeto-do-novo-codigo-de-processo-civil-e-a-doutrina-dos-frutos-da-arvore-envenenada-“fruits-of-the-poisonous-tree”>. > Acesso em 25 jan. 2012

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do Trabalho Científico**: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. 7 ed.-5 reimpr.São Paulo: Atlas, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**. 1 ed. 2 tiragem. São Pau tiraglo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil** - Teoria geral:premissas e institutos fundamentais, relação jurídica; procedimentos em 1º e 2º graus; recursos;execução;tutela de urgência. 4 ed.reform., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

ROQUE, André Vasconcelos. **As provas ilícitas no projeto do novo código de processo civil brasileiro**: primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual -REDP.Volume VI.Periódico da pós-graduação stricto sensu em Direito Processual da UERJ.ISSN 1982-7636. Ano 4, Julho a Dezembro 2010. Disponível em: <www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf >Acesso em 01 set. 2011

SILVA, Adriana Martins. **Reflexão sobre a utilização da prova ilícita no processo à luz do princípio da proporcionalidade e seus limites no âmbito empresarial**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 77, 01/06/2010 [Internet].Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7692. Acesso em 02 fev. 2012.

SILVA, Luciana Vieira. **Prova ilícita no processo civil à luz do princípio da proporcionalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1188, 2 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8997>> Acesso em: 10 nov. 2011

SOUZA, Elisângela Hoss de. **Da utilização das provas ilícitas no processo civil brasileiro e a ponderação de interesses**. Disponível em : <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Da%20utiliza%C3%87%C3%83%O%20das%20provas%20ilicitas%C3%8%20no%20processo%20civil%20brasileiro%20e%20a%20pondera%C3%87%3%83%20de%20interesses.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Da%20utiliza%C3%87%C3%83%C3%84%C3%82%C3%81%C3%80%C3%7F%C3%85%C3%86%C3%87%C3%88%C3%89%C3%8A%C3%8B%C3%8C%C3%8D%C3%8E%C3%8F%C3%90%C3%91%C3%92%C3%93%C3%94%C3%95%C3%96%C3%97%C3%98%C3%99%C3%A0%C3%A1%C3%A2%C3%A3%C3%A4%C3%A5%C3%A6%C3%A7%C3%A8%C3%A9%B0%B1%B2%B3%B4%B5%B6%B7%B8%B9%20e%20a%20pondera%C3%A7%C3%A3o%20de%20interesses.pdf)>Acesso em 10 jan. 2012

