

Revista Jurídica On-line

do Curso de Direito do Centro UNISAL de Lorena/SP

ISSN 1984-5405

A prova ilícita no processo civil

Fabiana Lima da Silva Gonçalves

Advogada, Pós-Graduada em Direito Empresarial pelo Centro Universitário Salesiano de Lorena e Pós-Graduada em Gestão Ambiental pelo Centro Universitário Claretiano.

Resumo: O objetivo deste estudo é demonstrar a problemática existente no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, prevendo como inadmissível no processo as provas obtidas por meios ilícitos. Enfatizar sobre a controvérsia existente entre Doutrina e Jurisprudência sobre o texto radical do artigo, verificando qual entendimento tem prevalecido e qual melhor interpretação a ser dada para o artigo. Por derradeiro, demonstrar a importância da utilização de uma prova ilícita da esfera penal para o cível como prova emprestada, nos casos em que não há outro meio de provar o fato, aplicando-se, quando possível, o Princípio da Proporcionalidade para obtenção da Justiça.

Palavras chave: Prova ilícita; Princípios e Garantias constitucionais; Processo Civil; Prova Emprestada; Princípio da Proporcionalidade.

Sumário: Introdução. 1. Noções gerais sobre prova no processo civil. 1.1 Princípios regentes da prova no processo civil. 1.2 Principais meios de provas. 2. A prova ilícita. 2.1 Provas ilegais, provas ilícitas e provas ilegítimas. 3. A Prova ilícita e o instituto da prova emprestada. 3.1 Teoria dos frutos da árvore envenenada. 3.2 Prova ilícita, sua eficácia e valoração na convicção do Juiz. 3.3. A prova ilícita e a aplicação do princípio da proporcionalidade. Conclusão. Referências.

Introdução

A prova é o elemento que contribui para a formação da convicção do Juiz, a respeito da existência ou não de determinado fato alegado. Ela é essencial para o exercício do contraditório e da ampla defesa, princípios estes constitucionais.

Ocorre que a Carta Magna é expressa em seu artigo 5º, inciso LVI, considerando inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos, referindo-se a todos os processos, seja na esfera civil, penal ou em outros ramos do direito, sem fazer nenhuma reserva.

E ainda, o artigo 332 do Código de Processo Civil, é claro ao admitir todos os meios probatórios, desde que sejam legais e moralmente legítimos.

Revista Jurídica On-line

do Curso de Direito do Centro UNISAL de Lorena/SP

ISSN 1984-5405

Doutrina e Jurisprudência se dividem sobre a eficácia de uma prova ilícita e seu acolhimento no processo civil como prova emprestada do direito penal, para ajudar no convencimento do Juiz no julgamento da lide.

Eis que surge o Princípio da Proporcionalidade, que objetiva um equilíbrio entre os direitos e garantias individuais com o interesse social, buscando sempre que possível à verdade no caso concreto.

Contudo, a regra é pela inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos e, somente em casos excepcionais, aplica-se o princípio da proporcionalidade sempre que possível.

O STF tem adotado a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, que segundo esta teoria, seriam ineficazes as provas obtidas, ainda que lícitas, mas que derivaram de uma prova ilícita.

Todavia, os Tribunais têm aplicado, quando possível, o Princípio da Proporcionalidade, tendo a Suprema Corte também já se manifestado nesse sentido.

Com isso, através deste estudo, objetiva-se mostrar a grande controvérsia existente entre os Doutrinadores e a Jurisprudência dos Tribunais sobre a valoração das provas ilícitas no processo civil, enfatizando sua importância e aplicando-se sempre que possível o Princípio da Proporcionalidade.

1. **Noções gerais sobre prova no processo civil**

A prova é o instrumento pelo qual as partes demonstram os fatos por elas alegados. Incumbem às partes trazer ao processo para o conhecimento do juiz as situações de fato com as provas que pretendem demonstrar a verdade, e ao juiz, dar-lhes o direito de acordo com as provas trazidas aos autos.

Dessa forma, é através das provas produzidas que se ajudará na formação da convicção do juiz – o qual é destinatário das provas – sobre a ocorrência ou não dos fatos alegados e controvertidos que possuam relevância no processo.

Contudo, sendo a prova elemento essencial para demonstrar o seu direito ou a ocorrência/inocorrência de algum fato, a regra é a sua admissibilidade.

Revista Jurídica On-line

do Curso de Direito do Centro UNISAL de Lorena/SP

ISSN 1984-5405

Entretanto, existem algumas exceções quanto a isso, como por exemplo, uma prova obtida ilicitamente, violadora de normas constitucionais ou legais como se estudará adiante.

As provas também podem ser classificadas quanto ao objeto, o sujeito e a forma, conforme aduz Marcus Vinícius Rios Gonçalves:

As provas classificam-se de acordo com o objeto, sujeito e a forma pela qual são produzidas.

Quanto ao objeto, podem ser diretas ou indiretas. Serão diretas quando mantiverem com o fato probando uma relação imediata. O recibo de quitação é uma prova direta do pagamento, e o instrumento é a prova direta da celebração de um contrato. Prova indireta é aquela que se refere a fato distinto daquele que se pretende provar, mas que permite, por meio de raciocínio e induções, levar à convicção a respeito do fato probando.[...]

Quanto ao sujeito, a prova pode ser pessoal ou real. Será pessoal quando consiste em declaração ou afirmação prestada por alguém a respeito da veracidade de um fato. São exemplos o depoimento pessoal e a prova testemunhal. A prova real é aquela obtida do exame de uma coisa ou pessoa, como ocorre na perícia.

Por último, quanto à forma, a prova pode ser oral (depoimentos) ou escrita (laudos periciais e a prova documental). (GONÇALVES, 2007, p. 425/426).

Alguns fatos no processo não necessitam de provas, como os fatos notórios, os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, admitidos no processo como incontroversos e em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade, é o que está previsto no artigo 334 do Código de Processo Civil.

Os fatos notórios são aqueles em que é de conhecimento de todos, restringindo-se ao local onde tramita o processo.

Os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, nada mais são que fatos incontroversos e, como somente os fatos controversos precisam ser provados, a contrário sensu, não há necessidade de prova desses fatos incontroversos, eis que foram confessados pela parte contra quem o fato foi alegado. Tanto a confissão expressa pela parte, como a ficta – aquela confissão presumida, quando não há impugnação de todos os fatos alegados, gerando a revelia (artigo 302 do Código de Processo Civil) – aplica-se no caso.

Os admitidos no processo como incontroversos, são aqueles fatos, por exemplo, não impugnados pelo réu na contestação. Entretanto, mesmo alguns fatos admitidos como

incontroversos no processo necessitam de provas, são os casos previstos nos artigos 302 e 320 do Código de Processo Civil que, mesmo não sendo impugnados pelo réu, necessitam de provas que é o que acontece, v.g. quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis, onde a revelia não produzirá seus efeitos.

Os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade são aqueles em que o próprio legislador estabelece e, em alguns casos, o nosso próprio cotidiano, nos fazem crer que tal fato é verdadeiro.

Mas, existem dois tipos de presunções, as relativas (júris tantum) em que é admissível prova em contrário, e as absolutas (júris et de jure) em que não se admite prova em contrário, o que não se confundem com os indícios.

Prescreve o artigo 333 do Código de Processo Civil, que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu, quanto à existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Dessa forma, a regra é de que quem alega um fato deve provar. Todavia, da leitura do parágrafo único do artigo em comento, extraem-se as hipóteses que o ônus da prova pode ser invertido quando, recai sobre direito indisponível da parte e quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Um exemplo basilar em que ocorrerá a inversão do ônus da prova é o caso do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) onde há a possibilidade da inversão do ônus em favor do consumidor, quando tratar-se de alegação verossímil e este for hipossuficiente (artigo 6º, VIII da Lei 8.078/90).

Outrossim, conclui-se que o objetivo primordial da prova é demonstrar para o magistrado, com clareza e sem sombra de dúvidas a verdade dos fatos, exercendo o direito de ampla defesa e do contraditório, convencendo-o de seu direito para aplicação da Justiça no caso concreto.

1.1. Princípios Regentes da Prova no Processo Civil

Assim como em outros ramos do direito, as provas também são regidas por princípios, que são premissas norteadoras do estudo. São eles:

a) **Princípio Dispositivo**, que, segundo este, o juiz deve julgar a lide de acordo com o alegado pelas partes.

O juiz era visto como mero espectador, ou seja, incumbia às partes tanto a propositura da ação, como a produção das provas, o juiz ficava inerte diante do processo e devendo julgar de acordo com aquilo que lhe era trazido como prova, e, se mesmo assim, as provas produzidas não fossem suficientes para solucionar a controvérsia, o juiz deveria resolver a lide aplicando-se a regra do ônus da prova, ou seja, a quem incumbia o ônus de provar o fato alegado, se não o fizesse, o juiz julgava em seu desfavor.

Nesse sentido:

O princípio dispositivo consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão [...].

No campo do processo civil, embora o juiz hoje não mais se limite a assistir inerte à produção das provas, pois em princípio pode e deve assumir a iniciativa destas (CPC; arts. 130, 342 etc.), na maioria dos casos (direitos disponíveis) pode satisfazer-se com a verdade formal, limitando-se a acolher o que as partes levam ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 23ª ed., p.70/71).

Mas, pela leitura do artigo 130 do Código de Processo Civil, não resta dúvidas que é dado ao juiz a mesma força instrutória que é dado a parte, podendo este determinar as provas que sejam necessárias à instrução do processo, assim como indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

b) **Princípio da Oralidade**. Atualmente tal princípio já está ultrapassado, uma vez que não é mais adotado integralmente.

Entende-se por princípio da oralidade, toda manifestação de forma oral perante o juízo. A contrário sensu está o processo escrito, em que toda manifestação deve ser feita de maneira escrita para que se tenha eficácia.

Segundo Arruda Alvim, “...o mais correto é falar-se em adoção do princípio da oralidade no sentido do seu predomínio sobre o princípio da forma escrita. Razão essa de falar-se, usualmente, em processo misto, com predomínio da oralidade.” (ALVIM, 7ª ed., p.459).

Revista Jurídica On-line

do Curso de Direito do Centro UNISAL de Lorena/SP

ISSN 1984-5405

Dessa forma, não sendo mais previsto na legislação brasileira um sistema puramente oral, uma vez que o depoimento será reduzido a termo, por exemplo, (artigo 417 do Código de Processo Civil), diz-se ser o processo misto.

c) Princípio da Imediatidade, previsto no artigo 336 do Código de Processo Civil. Entende-se por este princípio a necessidade do juiz possuir contato direto com as provas, colhendo-as imediatamente (artigo 446, II, do Código de Processo Civil).

d) Princípio da Concentração, que é aquele previsto no artigo 455 do Código de Processo Civil, em que determina que a audiência seja una, iniciando e terminando a instrução no mesmo dia quando possível.

Deste princípio extraí-se o subprincípio da identidade física do juiz, que determina que o mesmo juiz que colheu as provas seja aquele que julgue o processo (artigo 132 do Código de Processo Civil).

1.2. Principais Meios de Provas

Prescreve o artigo 332 do Código de Processo Civil que : “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”

São meios de provas o depoimento pessoal, a prova documental, a prova pericial, a inspeção judicial e a prova testemunhal.

Entretanto, pela leitura do artigo em comento, extrai-se o entendimento de que existem outros meios de provas, como por exemplo, a prova emprestada que é aquela prova trazida aos autos, originárias de outro processo que sejam partes as mesmas do processo em que estas foram colhidas.

Frise-se que, por muito tempo, a doutrina considerou a confissão como a rainha das provas.

Todavia, esse entendimento já está superado, sendo a confissão considerada apenas como uma declaração desfavorável ao confidente, como ensina Marcus Vinicius:

A confissão, que por muito tempo foi considerada a “rainha das provas”, não é propriamente um meio de prova. Na verdade, ela é uma declaração da parte, que reconhece a veracidade de um fato

que lhe é desfavorável, o que torna desnecessária a produção de provas a seu respeito. (GONÇALVES, 2007, p. 443).

Os meios de provas são as formas que as provas serão produzidas para se desvendar o fato, sendo que cada um desses meios possui o momento oportuno para sua realização.

2. A prova ilícita

Por ser a prova elemento essencial para a convicção do juiz e a efetiva manifestação do princípio do contraditório e da ampla defesa, ela é de caráter essencial para o tramitar do processo.

Não obstante, o Código de Processo Civil, bem como, o Código de Processo Penal, apresentem um rol de meios de provas, estes não são taxativos, haja vista que o referido Código de Processo Civil, em seu art. 332 é expresso ao admitir todos os meios de provas, desde que sejam legais e moralmente legítimos, ou seja, todos os meios de provas previstos no ordenamento jurídico, bem como todos os outros meios, ainda que não previstos em lei, mas considerados moralmente legítimos.

Deduz-se, pela leitura do artigo supra que a regra é a admissibilidade das provas, sendo a exceção a inadmissibilidade como nos casos das provas obtidas ilicitamente em que não serão admitidas no processo.

Entende-se por prova ilícita aquelas obtidas por meios inidôneos, contrariando e ferindo direitos e princípios assegurados pela nossa legislação, violando normas de direito material. São aquelas provas que atentam contra a moral e os bons costumes do indivíduo, ferindo a ordem pública.

Eduardo Luiz Santos Cabette reflete sobre o assunto:

Seria contraditório que o Estado na busca da repressão ao crime, enquanto este tem o significado de atentado a valores socialmente considerados dignos de proteção, agisse do mesmo modo, violando as normas legais para atingir seu desiderato. Uma tal contradição lógica equivaleria à adoção da máxima repudiada pela ética de que “os fins justificam os meios. (CABETTE, 2000, p.74).

Revista Jurídica On-line

do Curso de Direito do Centro UNISAL de Lorena/SP

ISSN 1984-5405

A ilicitude vedada nas provas refere-se ao momento em que ela é obtida e não propriamente ao seu conteúdo, uma vez que este pode ser revelador da verdade, mas violador de princípios basilares e direitos fundamentais das pessoas.

Dessa forma, Marcus Vinicius assim define ser prova ilícita:

A ilicitude da prova pode advir ou do modo como ela foi obtida, ou do meio empregado para a demonstração do fato. A causa mais frequente de ilicitude é a obtenção da prova por meio antijurídico. São exemplos as interceptações de conversas telefônicas, a violação de sigilo bancário sem autorização judicial, a violação de sigilo de correspondência. São meios indevidos de obtenção da prova a coação, o emprego de violência ou grave ameaça, a tortura, entre outros. (GONÇALVES, 2007, p. 459/460)

Todavia, sendo a prova ilícita, ela não pode sequer entrar no processo e muito menos nele permanecer, devendo o juiz indeferi-la. Se porventura esta prova ingressar no processo, ela deve ser desentranhada dos autos não podendo obter nenhum tipo de valoração pelo juiz.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que além da prova ilícita ser desentranhada dos autos, o Juiz que teve contato com aquela prova inadmissível deve ser afastado do processo, “in verbis”:

90. Prova ilícita e suspeição do juiz. A ilicitude da prova acarreta a inadmissibilidade de sua utilização no processo, o que tem como consequência seu desentranhamento dos autos e entrega a quem a produziu. Contudo, faz-se necessário, também, o afastamento do juiz que teve contato com a prova ilícita, vez que não possui mais isenção para o julgamento: “Não é possível que se exija do magistrado o que ele não pode dar, ou seja, isenção. Não se imagina como seja possível ao magistrado retirar de sua mente o conhecimento da prova ilícita para que julgue de maneira isenta o acusado sem levar esta prova em consideração. Assim, até para a proteção do próprio magistrado, entendemos que não pode julgar o feito o magistrado que tomou contato com a prova ilícita, apesar do veto ao parágrafo quarto (CPP 157 §4º [vetado]). [...] (NERY JUNIOR; NERY, 2008).

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LVI, é radical em entender inadmissível as provas obtidas por meios ilícitos.

A doutrina entende que essa vedação da Carta Magna não se trata de nulidade do processo em que a prova obtida ilicitamente foi apresentada, mas sim, trata-se de um problema de não aceitação da prova ilícita.

Entretanto, em razão da grande controvérsia existente sobre a admissibilidade ou não no processo, várias são as críticas e interpretações dadas à Constituição Federal e aos Códigos de Processo.

2.1. Provas Ilegais, Provas Ilícitas e Provas Ilegítimas

Salientem-se pela importante distinção entre as provas ilegais, as ilícitas e as ilegítimas que possuem significados distintos.

Enquanto as provas ilegais, na verdade, seria o gênero, as provas ilícitas e as provas ilegítimas são as espécies.

As provas ilícitas, conforme foi conceituado acima são aquelas obtidas com infringência de princípios e garantias individuais assegurados pela legislação brasileira. São aquelas provas que violam as normas de direito material, contrariando a moral e os bons costumes dos indivíduos.

Estas, por sua vez, não se confundem com as provas ilegítimas, que são aquelas provas que violam o ordenamento jurídico como um todo.

Nas palavras de Alexandre de Moraes:

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com a infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico. (MORAES, 2007, p. 110).

No mesmo sentido, Eduardo Cabette assim define: “As provas ilícitas são aquelas produzidas com infração a direito material (constitucional ou penal); já as ilegítimas são aquelas obtidas infringindo direito adjetivo, formal ou processual” (CABETTE, 2009, p.51).

A jurisprudência também tem caminhado nesse sentido de diferenciar as provas ilícitas das provas ilegítimas de acordo com o voto do Desembargador Nereu Jose

Revista Jurídica On-line

do Curso de Direito do Centro UNISAL de Lorena/SP

ISSN 1984-5405

Giacomolli na apelação cível nº 70004590683 da Segunda Câmara Especial Cível de Cachoeira do Sul, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Dessa forma, apesar do código não conceituar o que são provas ilegítimas, é evidente que estas não possuem o mesmo significado, haja vista a abrangência e o alcance de cada uma delas.

3. A Prova Ilícita e o instituto da Prova Emprestada

O Código de Processo Civil em seu Capítulo VI, do título VIII, trata “Das Provas” relativas ao processo civil.

Entretanto, tal capítulo não traz em seu bojo a problemática da admissibilidade de prova ilícita de maneira expressa, resumindo de forma geral os meios de provas admitidos no processo no artigo 332 da seguinte forma: “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”.

Pela leitura do artigo em comento extrai-se o entendimento de que o Código de Processo Civil apenas ratifica o que está previsto no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, não admitindo como meio de prova a ilícita.

Com relação aos meios de provas legais aduzidas no artigo supra, não há qualquer tipo de dificuldade quanto a sua definição, haja vista que entende-se por meios de provas legais aqueles previstos em lei.

O mesmo não se pode dizer quanto aos meios de provas moralmente legítimos previstos no mesmo artigo, uma vez que no ordenamento jurídico brasileiro, não há previsão de definição do que seja moralmente legítimo, podendo o Juiz a seu livre arbítrio, definir, de maneira fundamentada, em suas decisões o que seja, o que poderá acarretar várias divergências entre os Tribunais.

O Juiz, em cada caso irá analisar as provas produzidas e trazidas aos autos, cabendo a ele definir o que é lícito ou ilícito, quando da omissão da lei, e assim, formará seu convencimento sobre o assunto “sub judice” (Princípio do livre convencimento motivado). Frise-se que se uma sentença for fundada inteiramente em uma prova ilícita ela será nula.

Revista Jurídica On-line

do Curso de Direito do Centro UNISAL de Lorena/SP

ISSN 1984-5405

Questão interessante sobre o tema é a possibilidade de utilizar uma prova da seara penal como prova emprestada para o cível.

Primeiramente, cumpre definir o que seja prova emprestada. É aquela prova produzida em um processo e transferida para outro processo em que sejam as mesmas partes, ou seja, a parte contra quem ela foi produzida a priori deve ser a mesma do processo para o qual a prova está sendo emprestada.

Este tipo de prova é perfeitamente aceito pela doutrina, como aduz Nelson Nery Junior:

Interceptação telefônica. Prova emprestada. Admissibilidade. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outro servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova (STF, Pleno, Inq. (QO-QO) 2424-RJ, rel. Min. Cezar Peluso, j. 20.6.2007, m.v., DJU 24.8.2007, p. 55). (NERY JUNIOR; NERY, 2008).

Todavia, apesar da maior parte da doutrina aceitar esse tipo de prova emprestada da seara penal para a cível, a doutrina não é pacífica neste sentido, conforme opinião diversa de Luiz Flávio Gomes:

E poderia a prova obtida dentro de uma investigação criminal ou instrução penal ser utilizada em outro processo (civil, administrativo, constitucional etc.)? Pode haver prova emprestada nessa hipótese? Nelson Nery Junior responde afirmativamente. Nosso pensamento, no entanto, é divergente. O legislador constitucional ao delimitar a finalidade da interceptação telefônica (criminal) já estava ponderando valores, sopesando interesses. Nisso reside também o princípio da proporcionalidade. Segundo a imagem do legislador, justifica-se sacrificar o direito à intimidade para uma investigação ou processo criminal, não civil. Isso tem por base os valores envolvidos num e noutro processo. Não se pode esquecer que a proporcionalidade está presente (deve estar, ao menos) na atividade do legislador (feitura da lei), do Juiz (determinação da medida) e do executor (que não pode abusar). [...] Em conclusão, a prova colhida por interceptação telefônica no âmbito penal não pode ser “emprestada” (ou utilizada) para qualquer outro processo vinculado a outros ramos do direito. [...] (GOMES; CERVINI, p. 118/119).

Revista Jurídica On-line

do Curso de Direito do Centro UNISAL de Lorena/SP

ISSN 1984-5405

Em que pese a admissibilidade de uma prova emprestada do âmbito penal para o cível, importante opinião de José Carlos Barbosa Moreira manifestada em seu artigo “A Constituição e as Provas Ilicitamente Obtidas” a respeito do assunto não poderia deixar de ser transcrita:

[...] A doutrina e a jurisprudência pátrias reconhecem eficácia, sob determinadas circunstâncias, à prova “emprestada” – isto é, transferida de um para outro processo -, contanto que a pessoa a quem se pretende opor a prova haja participado do feito em que ela se produzira. Pois bem: suponhamos que se cuide de fita magnética, gravada mediante interceptação telefônica para a qual se dispunha de autorização judicial. A fita era admissível como prova no âmbito penal; não no civil, já que para este não teria sido possível autorizar a interceptação. Quid iuris se o interessado quer utiliza-la à guisa de “prova emprestada” perante o juízo civil?

No campo doutrinário tem-se admitido possibilidade de semelhante utilização. A favor dela pode argumentar-se que, uma vez rompido o sigilo, e por conseguinte sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade, não fará sentido que continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar-se um cofre já aberto. Mas por outro lado talvez se objete que assim se acaba por condescender com autêntica fraude à Constituição. A prova ilícita, expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela[...] José Carlos Barbosa Moreira, A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. Disponível em: <http://www.dantaspimentel.adv.br/site/Content.aspx?sCod_IssueToLoad=%20178. Acesso em: 27 mar. 2013.

De maneira geral, o processo civil bem como o processo penal buscam a verdade dos fatos, mas nem sempre é questão fácil de ser resolvida, haja vista que a Constituição Federal assegura princípios a pessoa humana que devem ser respeitados, o que por vezes dificultada a realização de determinadas provas para demonstração do fato.

Por todo o exposto, nota-se que a preocupação do legislador quanto à preservação dos direitos e garantias atinentes às pessoas é grande, razão pela qual os artigos de lei não podem ser interpretados friamente e isoladamente, devendo ser conjugados e interpretados com outros artigos, sopesando os valores e bens jurídicos tutelados pela Constituição Federal, só assim que a norma realmente alcançará sua verdadeira finalidade.

3.1. Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada

Revista Jurídica On-line

do Curso de Direito do Centro UNISAL de Lorena/SP

ISSN 1984-5405

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada ou da Prova Ilícita por Derivação consiste em serem inadmissíveis no processo as provas lícitas, mas que foram obtidas por meio de provas ilícitas, ou seja, são aquelas provas que mesmo sendo lícitas, são contaminadas pela ilicitude por derivarem de uma prova ilícita, sendo consideradas igualmente inadmissíveis no processo.

Esta teoria foi importada da doutrina norte-americana, criada pela Suprema Corte, em que há o entendimento de que não se podem aproveitar os “frutos da árvore venenosa”.

Exemplo clássico desta teoria é uma confissão obtida mediante tortura do acusado, em que este indica o local onde se encontra o produto do crime.

Nelson Nery Junior assim define essa teoria:

83. Prova derivada da ilícita. Fruto da árvore envenenada (fruit of the poisonous tree). Caso a prova seja derivada, direta ou indiretamente, de prova obtida ilicitamente, terá sido contaminada e, portanto, igualmente ilícita, não podendo produzir efeitos no processo (STF, Pleno, HC 69912-RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.12.1993, m.v., DJU 25.3.1994, p. 6012; RTJ 155/508). A fruit of the poisonous tree doctrine consiste em que se deve considerar ineficazes no processo e, portanto, não utilizáveis, não apenas as provas obtidas ilicitamente, mas também aquelas outras provas que, se em si mesmas, poderiam ser consideradas lícitas, mas que se baseiam, derivam ou tiveram sua origem em informações ou dados conseguidos pela prova ilícita. (NERY JUNIOR; NERY, 2008).

Note-se que com a importação desta teoria para o direito brasileiro, firma-se cada vez mais o entendimento sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas, sejam elas de ilicitude originária ou derivada, sendo uma outra maneira de expressar o que está previsto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

De maneira geral, esta teoria repudia as provas obtidas ilicitamente, tanto as originárias quanto as derivadas destas.

Na verdade, o que se pretende é impossibilitar que a parte seja beneficiada com desrespeitos as normas e garantias individuais à pessoa humana, como uma forma de ludibriar a lei, uma vez que só se chegou ao conhecimento daquela prova, ainda que lícita, com anteriores transgressões praticadas a outros direitos, e isso, de maneira expressa (artigo 5º, LVI, Constituição Federal), é inadmissível no direito brasileiro não comportando qualquer tipo de exceção, banindo de todas as formas as provas ilícitas.

Revista Jurídica On-line

do Curso de Direito do Centro UNISAL de Lorena/SP

ISSN 1984-5405

A Jurisprudência tem se manifestado pela adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada no julgado Apelação Criminal nº 1998.38.00.009329-0/MG do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, inclusive o Supremo Tribunal Federal também tem adotado essa teoria na maioria de seus julgados (HC nº 73.351-SP; HC nº 72.588-PB).

Todavia, a Suprema Corte, já se manifestou de forma diversa, afastando a aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, julgamento este de grande repercussão, realizado em 7.12.1994, ação penal nº307, em que um dos réus era o ex-Presidente Fernando Collor de Melo e Paulo César Farias.

Contudo, podemos afirmar que o Supremo Tribunal Federal tem adotado a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, assim como a doutrina também tem acolhido esse entendimento.

Eduardo Luiz Santos Cabette defende que:

Certo é que a posição mais garantista é aquela que estende a inadmissibilidade às provas derivadas por aplicação da “teoria dos frutos da árvore envenenada” (fruits of the poisonous tree”). Seria uma maneira de agir coerente com o desejo de banir do processo moderno todo e qualquer reflexo de provas ilícitamente conseguidas, extirpando qualquer espécie de incentivo à sua produção. Os responsáveis pela apresentação das provas teriam sempre em mente que não só responderiam administrativa, civil e criminalmente por seus atos, como também a prova ilícita e todos os seus produtos ulteriores seriam rechaçados do processo, tornando inócuo todo o trabalho despendido até então com violação da legalidade. (CABETTE, 2000, p.74).

Outra questão relevante sobre a teoria em comento, é a aplicação de uma outra conhecida teoria, que também tem sido acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, a da fonte independente da prova.

Para esta teoria, é necessário que se prove cabalmente que aquela determinada prova surgiu de outra fonte autônoma da fonte ilícita.

Dessa forma, uma decisão do Juiz pode condenar o réu, desde que esta prova seja de fonte autônoma e seja o suficiente para provar o alegado, ainda que existam no processo provas ilícitas, sendo que estas não poderão, de forma alguma, serem apreciadas e valoradas pelo Magistrado.

Assim, com a adoção da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, a doutrina e jurisprudência caminham a favor da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, tentando, de maneira geral, abolir esses tipos de provas, que violam princípios e garantias fundamentais, dando a Constituição Federal uma interpretação literal em seu artigo 5^a, inciso LVI, todavia, comportando-se algumas exceções sobre sua inadmissibilidade como se estudará mais adiante.

3.2. Prova ilícita, sua eficácia e valoração na convicção do Juiz

Conforme vem sendo estudado no decorrer do trabalho, as provas ilícitas uma vez ingressadas no processo devem ser desentranhadas imediatamente.

Dessa forma, elas não podem receber nenhum tipo de valor probatório pelo Juiz, uma vez que se o Magistrado fundamentar sua decisão em uma prova ilícita, esta será nula.

Todavia, se sua decisão for fundamentada em uma prova lícita, de fonte autônoma da ilícita, esta será perfeitamente aceita, desde que comprovada a fonte independente daquela prova (Teoria da Fonte Independente).

Contudo, a Constituição Federal não prevê a consequência jurídica se, porventura, uma prova ilícita vier ser aceita no processo, mas que por expressa previsão de ser ela inadmissível, conclui-se que ela é ineficaz.

É como nos ensina Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

[...] as provas ilícitas, sendo consideradas pela Constituição inadmissíveis, não são por esta tidas como provas. Trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria da inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas: não têm aptidão para surgirem como provas [...]. Daí sua total ineficácia. Por isso, em grau de recurso, o tribunal deverá desconsiderar as provas ilícitas que tiverem sido irregularmente admitidas e levadas em consideração pela sentença. Como já determinou o STF, devem elas ser mesmo desentranhadas do processo [...]. E o tribunal julgará a causa como se elas não existissem. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 23^a ed., p.116).

No mesmo sentido, Flávio Martins Alves Nunes Júnior aborda sobre a consequência jurídica da admissão de uma prova ilícita no processo:

Tal assertiva dá lugar a uma outra consequência: como vimos, a mácula ao artigo 5º, LVI da Constituição Federal acarreta a ineficácia das provas ilícitas e, eventualmente, a nulidade da sentença nelas fundada. Todavia, esta última só ocorre quando a sentença se basear unicamente naquelas provas. Se o juiz, ao motivar sua decisão, o faz com base em provas diversas (ou seja, se o conteúdo da sentença permanecer idêntico ainda com a abstração da prova impugnada) não há porque invalidar o julgamento. (NUNES JUNIOR, 2003, p.71/72)

Dessa forma, a doutrina é uníssona no sentido de que o juiz não poderá motivar sua decisão e muito menos formar sua convicção em uma prova ilícita ou derivada desta, conforme exposto.

Por derradeiro, cumpre reforçar que o objetivo precípuo da Carta Magna é preservar e proteger os princípios e garantias individuais, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana, tentando, sobremaneira, erradicar de todas as formas as provas ilícitas e delas derivadas, sendo estas aceitas em casos excepcionalíssimos, como se observará adiante.

3.3. A Prova Ilícita e a aplicação do Princípio da Proporcionalidade

Já vimos o quanto o legislador constitucional foi cauteloso em zelar pelas garantias individuais da pessoa.

Todavia, ao estabelecer em seu artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal como inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos, sem qualquer margem a exceção, o legislador acabou sendo radical praticando algumas impropriedades, ao esquecer que, desta forma, estaria impedindo de ser alcançada, em alguns casos, a justiça no caso concreto.

Diante dessa injustiça, a Doutrina e Jurisprudência têm admitido provas ilícitas, de maneira excepcional, aplicando-se o Princípio da Proporcionalidade.

De acordo com este princípio, havendo confronto entre dois ou mais valores constitucionais importantes, deve-se sopesar qual deles é o de maior valor para o caso concreto.

Nesse sentido, de maneira brilhante, Eduardo Luís Cabette prescreve sobre o princípio da proporcionalidade:

Revista Jurídica On-line

do Curso de Direito do Centro UNISAL de Lorena/SP

ISSN 1984-5405

[...] pode-se admitir em casos extremos as provas ilícitas no processo, de acordo com o embate de bens jurídicos individuais e interesses gerais altamente relevantes. Trata-se de um princípio que procura solucionar casos em que a adoção extrema e absoluta de uma posição garantista poderá ser contraproducente à realização da justiça. Efetivamente, considerando que nenhum direito individual pode ser concebido de forma absoluta, é bastante coerente a existência de um critério capaz de excepcionar casos particulares em que o conflito entre os interesses individuais e sociais não justifique uma rigidez muito grande na apreciação das provas ilícitas, de maneira a possibilitar decisões mais justas. [...] (CABETTE, p.37).

Este princípio é uma das formas da manifestação da justiça, uma vez que através dele pode-se chegar a provas que talvez fossem quase impossíveis de serem obtidas, principalmente no que tange a esfera civil, como v.g., no caso em que se discuta a guarda dos filhos, provando que a criança é vítima de maus tratos através de câmera escondida ou de gravadores de voz.

A conhecida metáfora de Jellinek traduz o princípio da proporcionalidade afirmando que “não se deve usar canhões para matar pardais”.

É evidente que sua aplicação pelo Juiz deve ser feita de maneira razoável e excepcional, principalmente no que pertine sobre a aplicação deste quando da violação de direitos e garantias individuais constitucionais.

Somente em casos extremos e de valores significantes este princípio deve ser aplicado, pois a regra é pela inadmissibilidade da prova ilícita, devendo-se sopesar, com cautela, os valores de maior importância para que a justiça seja alcançada no caso concreto.

Barbosa Moreira reflete de maneira coerente sobre o assunto:

[...] como se procederá, se um acusado consegue demonstrar de maneira cabal sua inocência, com apoio em prova que se descobre ter sido ilicitamente adquirida? Algum juiz se animará a perpetrar injustiça consciente, condenando o réu por mero temor de contrair à proibição de fundar a sentença na prova ilícita? José Carlos Barbosa Moreira, A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. Disponível em: <
http://www.dantaspimentel.adv.br/site/Content.aspx?sCod_IssueToLoad=%20178. Acesso em: 27 mar. 2013.

Revista Jurídica On-line

do Curso de Direito do Centro UNISAL de Lorena/SP

ISSN 1984-5405

A Jurisprudência também é remansosa no sentido de aceitar uma prova ilícita no processo pela aplicação do princípio da proporcionalidade, haja vista que o bem jurídico tutelado a ser desmascarado com a prova, é mais importante do que aquele bem jurídico violado quando da obtenção da prova (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Agravo nº 1.0342.05.063891-1/001 11ª Câmara Cível).

Alexandre de Moraes atenta para o fato ao qual aquele que violou direito individual, não pode invocar a seu favor inadmissibilidade da prova, por esta ser ilícita, “in verbis”:

[...] aqueles que ao praticarem atos ilícitos inobservarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado.[...] Poderíamos, também, apontar a hipótese de utilização de uma gravação de vídeo realizada pelo filho, de forma clandestina e sem conhecimento de seu pai, agressor, para comprovação de maus-tratos e sevícias. Não se poderia argumentar que houve desrespeito a inviolabilidade, à intimidade e à imagem do pai-agressor, pois sua conduta inicial desrespeitou a incolumidade física e a dignidade de seu filho que, em legítima defesa, acabou por produzir a referida prova. (MORAES, 2002, p.130).

Desta forma, o princípio da proporcionalidade visa buscar, sempre que invocado, um equilíbrio entre as garantias fundamentais da pessoa e o interesse público, protegendo os cidadãos de incursões arbitrárias do Estado ou de particular sobre o bem jurídico que lhe é mais relevante, depois da própria vida, qual seja, sua liberdade.

Dessa forma, prescreve Eduardo Cabette:

O Princípio da Proporcionalidade deve ter sua oportunidade de excepcionar determinados casos concretos. A rigidez da lei, a imobilidade e a frieza das palavras inscritas no papel, por vezes não são suficientes à consecução esperada do Direito. Somente compreendendo que Direito e Justiça nem sempre são as mesmas coisas é que se poderá dinamizar o aparato legal, optando-se pela segunda quando em conflito com o primeiro. (CABETTE, 2000, p.77).

Por todo o exposto, conclui-se que, buscando o processo a verdade real dos fatos, o artigo 5º, inciso LVI da Carta Magna, não pode ser interpretado de maneira absoluta,

Revista Jurídica On-line

do Curso de Direito do Centro UNISAL de Lorena/SP

ISSN 1984-5405

devendo, em casos excepcionais, admitir as provas ilícitas com a aplicação do princípio da proporcionalidade para que a justiça seja feita no caso concreto.

Conclusão

A Constituição Federal traz em seu bojo, uma série de direitos e garantias individuais atinentes à pessoa humana.

Conforme foi abordado no estudo, o legislador constitucional preocupou-se em garantir a inviolabilidade desses direitos assegurados pela Carta Magna.

Todavia, ao estabelecer no artigo 5º, inciso LVI da Carta Magna, como sendo inadmissível no processo as provas obtidas ilicitamente, sem nenhuma margem a exceção, visando à proteção de tais direitos e garantias, o mesmo cometeu algumas impropriedades.

Como bem salientado, nenhum direito é absoluto, ainda que assegurado pela lei, podendo, em certos casos, ocorrer a sua violação.

Através do Princípio da Proporcionalidade, a Doutrina e a Jurisprudência vêm tentando de maneira eficaz, a correção destas impropriedades e, em alguns casos, injustiças previstas na Constituição.

Tal princípio visa buscar um equilíbrio entre os direitos e garantias fundamentais, com o interesse público.

Frise-se que a regra é a inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, sendo sua exceção a admissibilidade, o que variará em cada caso.

Dessa forma, o Juiz analisará os fatos do caso e havendo conflito entre os direitos a serem tutelados, ele valorará os interesses, prevalecendo o de maior valor, devendo sopesar os benefícios adquiridos com a aceitação de uma prova ilícita com os possíveis prejuízos com a sua não aceitação no processo.

Esta regra também se aplica para a esfera civil, permitindo-se utilizar uma prova obtida na esfera penal como prova emprestada para o civil, quando esta for indispensável para o processo e reveladora da verdade, ainda que esta prova emprestada seja ilícita.

O que deve prevalecer é o bem jurídico mais importante a ser tutelado pelo direito, mesmo que para isso seja necessário abrir mão de outro direito individual.

Revista Jurídica On-line

do Curso de Direito do Centro UNISAL de Lorena/SP

ISSN 1984-5405

Todavia é necessário sempre estar ciente que somente em casos extremos e de suma importância que essas provas deverão ser aceitas no processo, para que não haja insegurança jurídica.

O Princípio da Proporcionalidade é o que mais coaduna com o direito, uma vez que este não se satisfaz com a verdade formal, buscando a verdade real do caso concreto.

Assim, apesar da Constituição expressamente proibir as provas ilícitas, deve ser dada uma interpretação razoável ao artigo e não interpreta-lo de forma radical, aplicando sempre que possível o princípio da proporcionalidade para que só assim, seja almejada a Justiça.

Referências

ALVIM. Arruda; Manual de Direito Processual Civil; processo de conhecimento. 7ª edição revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais; v.2.

CABETTE. Eduardo Luiz Santos. Interceptações telefônicas. Editora Stiliano. 1ª edição – Lorena 2000.

_____. Eduardo Luiz Santos; Revista do Centro de Apoio Operacional Criminal. Ministério Público do Estado do Pará; Belém: M.M.M. Santos, n.17, fev.2009.

_____. Eduardo Luís dos Santos; O Processo Penal e a Defesa dos Direitos e Garantias Individuais. Peritas Editora e Distribuidora Ltda.

CINTRA. Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER. Ada Pellegrini; DINAMARCO. Cândido Rangel; Teoria Geral do Processo. 23ª Edição – Malheiros Editores.

GOMES. Luiz Flávio; CERVINI. Raúl; Interceptação Telefônica Lei 9.296, de 24.07.96. Editora Revista dos Tribunais – São Paulo.

GONÇALVES. Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil. v.1. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER. Ada Pellegrini; FERNANDES. Antonio Scarance; GOMES FILHO. Antonio Magalhães. As Nulidades no Processo Penal. Editora Malheiros.

_____. Ada Pellegrini; Das Liberdades Públicas e Processo Penal - As Interceptações Telefônicas, 2ª ed.

Revista Jurídica On-line

do Curso de Direito do Centro UNISAL de Lorena/SP

ISSN 1984-5405

MIRABETE. Julio Fabbrini; Código de Processo Penal Interpretado, 9ª edição. Atualizada até dezembro de 2001. São Paulo, ed. Atlas 2002.

MORAES. Alexandre de; Direito Constitucional. 24º ed. São Paulo: Atlas, 2009. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 7º edição. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES. Alexandre de; Direito Constitucional, Décima Segunda Edição. São Paulo. Ed. Atlas S.A. -2002.

MOREIRA. José Carlos Barbosa; A constituição e as provas ilicitamente obtidas. Disponível em:

<http://www.dantaspimentel.adv.br/site/Content.aspx?sCod_IssueToLoad=%20178>

Acesso em: 27 mar. 2013.

NERY JUNIOR. Nelson; NERY. Rosa Maria de Andrade; Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante; 7ª edição, editora RT, atualização até 07.07.2003.

NERY JUNIOR. Nelson; NERY. Rosa Maria de Andrade; Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional. Revista, atualizada e ampliada até 15.01.2008. Editora RT.

NOGUEIRA. Paulo Lúcio; Curso Completo de Processo Penal. 5ª edição (revista, ampliada e atualizada de acordo com a Constituição de 5-10-1988). Editora Saraiva.

NUNES JUNIOR. Flávio Martins Alves; Princípios do Processo e outros Temas Processuais Volume I. Cabral Editora e Livraria Universitária; 2003.

SANTOS. Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. v. 2. 24 ed. 2008; Ed. Saraiva.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. v. 1. 8ª ed; Editora Revista dos Tribunais.