



PROVAS ILÍCITAS: O DIREITO COMPARADO E O STF

*Leila Maria Bijos**
*José de Lima Ramos Pereira***

Resumo

O presente estudo possui objetivo examinar a admissibilidade da prova ilícita no Direito Processual Civil em face ao comando constitucional do inciso LVI do artigo 5º, que estabelece o princípio da proibição da admissão das provas obtidas por meio ilícito. Utiliza o método dedutivo ao analisar as posições doutrinárias e jurisprudenciais existentes a partir de premissas gerais no alcance da conclusão. Realiza, inicialmente, uma abordagem do sistema de valoração da prova frente ao novo CPC, com o entendimento de ser adotado, no Brasil, o da persuasão racional ou do convencimento racional motivado. A contribuição do presente artigo é a de demonstrar a posição do Supremo Tribunal Federal (STF), de uma evidenciada visão restritiva e radical quanto à inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, com a demonstração de ser necessário o abrandamento desse entendimento com a equidade, no exercício da importante função de amenizar o rigor do texto, por meio da proporcionalidade, como princípio constitucional implícito. Firma a subsistência da colisão de princípios e de direitos fundamentais, quando manifesta a solução mais viável de prevalência do direito/princípio mais valoroso e de maior peso, com um destaque da hierarquia do interesse público sobre o coletivo e o individual, e daquele sobre este, bem como, do direito à vida e à dignidade da pessoa humana sobre os demais princípios, igualmente previstos na ordem constitucional. E apresenta, por fim, uma análise do direito comparado, com um enfoque das posições existentes sobre o tema na Alemanha, na Espanha, na França, na Itália, em Portugal, na Inglaterra e nos Estados Unidos.

Palavras-chave

Provas ilícitas. Posição do STF. Conflitos de interesses. Juízo de ponderação. Direito comparado.

ILLICIT PROOFS: THE COMPARATIVE LAW AND STF

Abstract

The purpose of this study is to examine the admissibility of unlawful evidence in Civil Procedural Law in the face of the constitutional command of article 5, item LVI, which establishes

* Doctor of Philosophy (PhD) in Sociology and Criminology, pela Saint Mary's University, Canadá. Professorado Mestrado Stricto Sensu em Direito, Universidade Católica de Brasília. E-mail: leilabijos@gmail.com

** Professor de Direito Processual Civil e de Direito do Trabalho. Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB/DF). Especialista em Direito Processual Civil – *Lato Sensu* pela Universidade Federal do RN (UFRN). Procurador Regional do Trabalho da PRT 21ª Região (designado como membro titular da 2ª Subcâmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Trabalho). E-mail: jose.lima@mpt.mp.br.

the principle of prohibiting the admission of evidence obtained through an unlawful means. It uses the deductive method when analyzing existing doctrinal and jurisprudential positions based on general assumptions in reaching the conclusion. Initially, it takes an approach of the system of valuation of the proof against the new CPC, with the understanding of being adopted, in Brazil, the one of the rational persuasion or the rational convinced rational. The contribution of this article is to demonstrate the position of the Federal Court of Justice (STF), an evident restrictive and radical view regarding the inadmissibility of evidence obtained by means of illicit rules, demonstrating that it is necessary to reduce this understanding with equity in the exercise of the important function to soften the rigor of the text, through proportionality, as an implicit constitutional principle. It signs the subsistence of the collision of principles and fundamental rights, when it manifests the most viable solution to the prevalence of the most valuable and weightier law/principle, with a prominence of the hierarchy of public interest over the collective and the individual, and of that over this. As well as the right to life and dignity of the human persons over the other principles, also provided for in the constitutional order. Finally, it presents an analysis of the comparative law, with a focus on existing positions on the subject in Germany, Spain, France, Italy, Portugal, England and the United States.

Keywords

Unlawful evidence. Federal Court of Justice position. Conflicts of interest. Weighing Judgment. Comparative Law.

1. INTRODUÇÃO

O direito se origina dos fatos (*ex facto ius oritur*), e em vista disso, autor e réu, quando na movimentação processual, são compelidos a apresentar ao julgador os fatos justificadores de suas pretensões, para que, de seu exame, possa haver a sua correta adequação ao direito objetivo vigente, com o oferecimento da solução da demanda através da decisão judicial.

Para declarar a procedência e a improcedência do pedido, o juiz examina a questão em dois aspectos: o direito e o fato, em um silogismo perfeito (raciocínio silogístico), em que a premissa maior consiste na norma jurídica; a premissa menor, no fato concreto, para decorrer em uma conclusão, consistente na decisão do juiz, com uma transformação do que era hipotético em real.

No plano prático do processo, revela-se de maior importância às partes apresentarem as provas dos fatos alegados, posto que alegar e não provar é quase não alegar, além do que apenas o que está nos autos pode auxiliar em descortinar a verdade, com a prova sendo de fundamental importância no processo.

Ganha impulso o presente estudo em analisar o instituto jurídico da prova, no processo civil, a partir do sistema de valoração da prova e o novo CPC, a fim de verificar qual possui melhor incidência no ordenamento jurídico pátrio, com realce para o da persuasão racional (livre convencimento motivado ou o atual convencimento racional motivado), com o registro do dispositivo legal que o estabelece. O objetivo central do trabalho é analisado com o enfoque nas provas ilícitas no processo civil, sendo observada a posição do STF

e a aplicação e regramento no direito comparado, com o estudo da admissibilidade da prova ilícita em países como Alemanha, Espanha, França, Itália, Portugal Inglaterra e Estados Unidos.

2. SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA

Como a prova possui a finalidade de formação do convencimento do juiz sobre os fatos controvertidos e relevantes do processo, e tais fatos serão apresentados pelos diversos meios de prova, cabe ao julgador realizar um trabalho de avaliação das mesmas.

O valor a ser atribuído à prova, não pode ficar ao arbítrio do juiz, e por isso, existem métodos ou sistemas valorativos da prova, conforme Humberto Theodoro Júnior, sendo em número de três, os conhecidos na história do direito processual: o critério legal; o da livre convicção; e o da persuasão racional (SANTOS, 1973, p. 370).

Passa-se, a seguir, ao estudo dos métodos citados.

2.1. O critério legal (da prova legal)

Originado do direito romano, em que o juiz é quase um autômato aferindo as provas seguindo uma hierarquia legal com resultado automático. O processo produzia apenas uma verdade formal, sendo prevalente na época das ordálias e dos juramentos, no qual “cada prova tem o seu peso e seu valor, ficando o juiz vinculado dosimetricamente às provas apresentadas, cabendo-lhe, apenas, computar o que foi apresentado” (SANTOS, 1973, p. 370).

Há resquícios deste sistema no direito vigente. Como diz Ovídio Baptista da Silva (1988):

No sistema do nosso Código de Processo Civil há importantes seqüelas do sistema de prova legal. Todas as restrições opostas pelo Código quanto ao depoimento de menores, ou de pessoas que a lei considera suspeitas ou impedidas de depor, têm origem no princípio medieval da prova tarifada (vide art. 405 do CPC). A limitação mais severa, contudo, ao princípio do livre convencimento judicial, em matéria probatória, afigura-se-nos, sem dúvida, a disposição constante no art. 319 do Código, segundo a qual a revelia importa em terem-se por verdadeiros os fatos afirmados pelo autor (MOACYR AMARAL SANTOS, Prova judiciária, vol. I, § 240; PONTES DE MIRANDA, Comentários, 1973, tomo IV/181).

Sobre prova legal, importante lembrar que o artigo 406 do Código de Processo Civil de 2015, expressa que se lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, “nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode

suprir-lhe a falta”, ou seja, o julgador deverá aceitá-la, como por exemplo, o estado civil de casado que somente se prova mediante certidão do cartório do registro civil competente.

2.2. O da livre convicção (livre apreciação ou convicção íntima)

Do direito germânico, constituindo no oposto do sistema do critério legal em que prevalece a íntima convicção do juiz, baseada até mesmo em suas impressões pessoais, permitindo, inclusive, o convencimento extra autos e contrário às provas das partes, além de não exigir a fundamentação de seu convencimento, e como ainda analisado por Ovídio Baptista da Silva (1988):

Segundo este princípio, não deverá haver qualquer limitação quanto aos meios de prova de que o juiz se possa valer, nem restrições especiais quanto à origem ou qualidade de certas provas. O que define, contudo, é sua oposição ao sistema da prova legal, na medida em que libera o juiz de qualquer obediência a regras legais prévias atinentes ao valor e à credibilidade dos meios de prova.

Esse sistema apresenta o pior vício: o desprezo ao contraditório, e por isso mesmo, não havendo guarida nos tempos atuais para a sua aplicação. “Decide por convicção íntima ou livre apreciação pura o Tribunal do Júri, no Processo Penal. Os jurados nem fundamentam as razões de seu convencimento, e não importa como formaram sua convicção” (GRECO FILHO, 1987).

Não se vislumbra hipótese de sua incidência no Código de Processo Civil, até porque a própria Constituição Federal exige a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, nos termos do artigo 93, IX (GRECO FILHO, 1987, p. 198).

2.3. O da persuasão racional (livre convencimento motivado) ou do convencimento racional motivado

Originado do direito napoleônico, em que o julgamento deve ser fruto de uma operação lógica com base nos elementos de convicção existentes no processo e devidamente motivado. É um sistema híbrido, intermediário, que mistura elementos dos dois outros apresentados: de um lado, o juiz possui a liberdade do convencimento; pelo outro, restam impostas regras lógicas com a necessidade de valorar as provas, sempre com necessária motivação de sua decisão.

O sistema de persuasão racional possui vantagens frente aos demais: com relação ao do critério legal, exige do juiz uma independência de apreciação e uma capacidade e um tirocínio intelectual e cultural mais apurados;

frente ao do livre convencimento, o fato de necessitar fundamentar a sua valoração, tem-se uma garantia contra o arbítrio.

Propicia-se ao julgador, uma liberdade na apreciação da prova (e não uma arbitrariedade), formando o seu convencimento segundo a sua consciência (CAVALIERI, 2018, p. 3), mas sempre observando os elementos constantes do conjunto fático-probatório dos autos, do qual não poderá perder de vista, sempre motivando toda a sua convicção.

O Código de Processo Civil de 1973 adotava o sistema da persuasão racional por intermédio dos art. 131¹, indo ao encontro do melhor sistema e da corrente moderna.

Com razão Ovídio Baptista da Silva quando diz que:

Como se vê, a inclinação do legislador por um ou outro sistema está mais ou menos ligada à maior ou menor confiança que a sociedade tenha em seus juízes, assim como na credibilidade da instituição do Poder Judiciário; no preparo cultural dos magistrados e no maior ou menor rigor de sua formação profissional. O sistema de persuasão racional, por certo o que mais condiz com os princípios da cultura ocidental moderna, exige magistrados altamente capazes e moralmente qualificados, enquanto o velho princípio da dosimetria legal das provas pode funcionar razoavelmente bem ainda que seus juízes se ressintam de maiores deficiências culturais².

Representa um sistema intermediário entre o do critério legal e o da livre convicção, uma vez que “ao mesmo tempo que mantém a liberdade de apreciação, vincula o convencimento do juiz ao material probatório constante dos autos, obrigando, também, o magistrado a fundamentar sua decisão” (GRECO FILHO, 1987, p. 197).

Fundamentando a sua decisão, o juiz proporciona que as partes possam conferir a construção de seu raciocínio e os motivos de seu convencimento.

O CPC de 2015 trata esse princípio em dois momentos que se complementam: no art. 369, *in fine*, e no artigo 371³. No primeiro artigo, há a indicação de que as partes possuem o direito de empregar todos os meios legais, ainda como os moralmente legítimos, para provar a verdade dos fatos com o objetivo

¹ “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

² Curso de Processo Civil, p. 352.

³ “Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

de influir na convicção do julgador. No segundo artigo, há a previsão de que o julgador ao apreciar as provas dos autos, deverá indicar as razões da formação do seu convencimento, expressamente, na sua decisão.

O juiz não se desvincula da prova (DWORKIN, 2011, p. 232), e deve apreciar o que consta nos autos (art. 371, 1ª parte, CPC 2015), decidindo com base nos elementos do processo, de maneira crítica e racional, não podendo ser arbitrária (CINTRA et. al., 1988, p. 68), “o que não está nos autos não está no mundo” (*quod non est in actis non est in mundo*)⁴, é tanto assim, que mesmo ocorrendo a revelia, que tem por efeito a presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor, o juiz não poderá afastar-se da prova dos autos eis que os efeitos da revelia considerados no art. 344 do CPC 2015 não serão produzidos se estiverem em conflito com a prova dos autos nos termos do art. 345, inciso IV, *in fine*, do CPC 2015⁵.

Pode-se dizer que o CPC de 2015 ao excluir a expressão “livremente” teve a pretensão de vincular o julgador às provas nos autos, de forma mais direta e cogente, mas, na realidade, essa necessidade de atendimento aos limites do que as partes trazem para o processo, já existia, e, na prática, nada muda, mas a melhor denominação para o referido princípio deve ser o de persuasão racional ou de convencimento racional do juiz.

3. PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO CIVIL E A POSIÇÃO DO STF

A tendência moderna do Direito Processual Civil consiste em favorecer o descobrimento da verdade única (SOTO, 2006, p. 9). Nesse diapasão, aportam as denominadas provas ilícitas, que são aquelas obtidas com violação ao direito material, e as provas ilegítimas, que, na sua obtenção, vulnera-se o direito processual, ambas as espécies do gênero provas ilegais.

A Constituição Federal traz restrições para a aceitabilidade de certas provas, no seu artigo 5º, inciso LVI, ao dizer que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Como já dito anteriormente, não há uma posição pacificada quanto à classificação das provas que são adquiridas com ofensa ao direito: melindrando direito material, tem-se como provas

⁴ Como ilustra CIBELE PINHEIRO MARÇAL TUCCI, esse princípio foi “consolidado no início do século XII (1216), pela famosa Decretal do Papa Inocêncio III, que acabou por suprimir alguns resquícios de imediação do juiz com as partes, que haviam persistido durante o processo *justinianeus*”. *Processo Civil*, p. 47.

⁵ “Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor”. “Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: (...) IV – as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos”.

ilícitas, materialmente ilícitas e provas ilegais ou ilícitas extrínsecas; ferindo direito processual, são provas ilegítimas, formalmente ilícitas e provas ilegais ou ilícitas intrínsecas.

Se para o alcance das provas houver violação de direito processual ou material, o ordenamento constitucional vigente não as entende como admissíveis para o processo por serem consideradas ilegais, sejam ilícitas ou ilegítimas.

Essa posição legal deve sofrer a incidência do princípio da equidade a fim de amenizar o rigor excessivo da norma, para que possam ser consideradas válidas as provas, ainda que ilícitas ou ilegítimas, dependendo das questões em debate.

Geralmente, existem, pelo menos, dois direitos a serem tutelados, reclamando a adoção de um verdadeiro *balanceamento de valores*, com um prevalecendo sobre o outro, e nessa operação é que reside, imprescindível, a incidência do princípio da proporcionalidade, conforme prevê Luiz Guilherme Marioni:

Há casos, como o referido, em que estão contrapostos dois direitos dignos de tutela, e é nesse sentido que se fala em balanceamento dos valores em jogo [...]. Para que o juiz possa concluir se é justificável o uso da prova, ele necessariamente deverá estabelecer uma prevalência axiológica de um dos bens em jogo, já que os bens têm pesos que variam de acordo com as diferentes situações concretas. O princípio da proporcionalidade, como já foi dito, exige uma ponderação dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o peso que é conferido ao bem respectivo na respectiva situação⁶.

A aplicação seria da corrente intermediária em que a prova ilícita teria admissão conforme os valores morais e jurídicos em jogo, presente a relevância do direito, envolvendo questões de alta carga valorativa.

O Excelso Pretório, em sede de processo penal, aceita esse critério, admite a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, apenas com a finalidade de defesa de liberdades públicas fundamentais, e afasta a ilicitude da prova diante da presença de causas excludentes de ilicitude, em prol do princípio da inocência, e como relata Alexandre de Moraes, “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 comercial perante o Estado” (MORAES, 2002, p. 381/382), senão veja-se:

⁶ Novas Linhas do Processo Civil, p. 155.

Na jurisprudência pátria, somente se aplica o princípio da proporcionalidade *pro reo*, entendendo-se que a ilicitude é eliminada por causas excludentes de ilicitude (RJTJSP 138/526) ou em prol do princípio da inocência⁷.

É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista⁸.

Alexandre de Moraes expõe que a situação não é de considerar sequer a ilicitude dessas provas, posto que significou uma reação à atitude dos infratores, na tentativa de pura legítima defesa (MORAES, 2002, 382):

Não se trata do acolhimento de provas ilícitas em desfavor dos acusados e, conseqüentemente, em desrespeito ao art. 5º, LVI, da Constituição Federal. O que ocorreu na hipótese é a ausência de ilicitude dessa prova, uma vez que aqueles que a produziram agiram em legítima defesa de seus direitos humanos fundamentais, que estavam sendo ameaçados ou lesionados em face de condutas ilícitas. Assim agindo – em legítima defesa -, a ilicitude na colheita da prova é afastada, não incidindo, portanto, o inciso LVI, do art. 5º, da Carta Magna.

O STF restringe, de forma crescente, o uso da prova ilícita, com interpretação e aplicação literal do referido dispositivo constitucional, a ponto de considerar prova ilícita, fotos que comprovariam a prática do delito do artigo 241 do ECA (“fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente”), eis que furtadas de um consultório odontológico de um cofre pertencente ao réu, conforme se vê:

Prova ilícita. Material fotográfico que comprovaria a prática delituosa (Lei nº 8.069/90, art. 241). Fotos que foram furtadas do consultório profissional do réu e que, entregues à Polícia pelo autor do furto, foram utilizadas contra o acusado, para incriminá-lo. Inadmissibilidade (CF, art. 5º, LVI) (...) Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal[...]º.

⁷ HC nº 74.678/DF, STF – 1ª T., Rel. Min. Moreira Alves, *Informativo STF*, nº 75 (In: MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*, p.382).

⁸ HC nº 75.338/RJ, STF – Pleno., Rel. Min. Nelson Jobim, j. 11. Março.1998. *Informativo STF*, nº 102 (In: MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*, p.383).

⁹ Rextr. Nº 251.445-4/GO, STF, Rel. Min. Celso de Mello, despacho (In: MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*, p.374).

Não se pode vislumbrar acerto nessa decisão, uma vez que o fato criminoso que se pretendia demonstrar (a prática de abuso sexual contra criança ou adolescente), repousa em maior gravidade do que o fato imputado para considerar ilícitas as fotos (o furto do material fotográfico), sendo mais nocivo aquele do que este (RAMIRES, 2002, p. 78).

A discussão reside na seara do que a doutrina denomina de *colisão de princípios*¹⁰ ou de *colisão de direitos*, e como explicita Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, tem-se essa colisão “entre direitos individuais quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares. A colisão pode ocorrer, igualmente, de conflito entre direitos individuais do titular e bens jurídicos da comunidade” (MENDES et. al., 2000, p. 280).

Pelos citados autores, dois tipos existem de colisão de direitos: em sentido estrito, que envolve direitos fundamentais idênticos, como por exemplo, a decisão de atirar no sequestrador para proteger a vida do refém, ou direitos fundamentais diversos, como por exemplo, a colisão entre a liberdade de imprensa com o direito à intimidade; e em sentido amplo, que abrange direitos fundamentais e outros princípios ou valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade., *v.g.*, o conflito entre o direito de propriedade e a defesa de um meio ambiente equilibrado (MENDES et. al., 2000, p. 281-282).

A Constituição Federal não privilegiou, de forma específica, determinado direito ao fixar as cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º), mas “não há dúvida de que, também entre nós, os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo (CF, art. 1º, III). Devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio (inviolabilidade pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade)” (MENDES et. al., 2000, p. 299).

É o que a doutrina chama de “interesse preponderante”, aplicado no direito alemão, em que se aceita o uso de provas obtidas por meios ilegítimos, desde que seja a única opção¹¹, sendo válidas as observações efetuadas por Ovídio Baptista da Silva, de que “a solução contra a ilicitude praticada pela parte não deve ser a proibição de que ela faça uso da prova assim obtida, mas

¹⁰ Consigna PAULO BONAVIDES, a respeito da colisão de princípios, que “com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A colisão ocorre, *p. ex.*, se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar [...] Com isso – afirma Alexy, cujos conceitos estamos literalmente reproduzindo – se quer dizer que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera”. (Op. cit., p. 251).

¹¹ Cf. SILVA, Ovídio Baptista da Silva. Op. cit., p. 358.

sua sujeição ao correspondente processo criminal para punição pela prática do ilícito cometido na obtenção da prova (SILVA, 1997, p. 358).

Ao ocorrer colisão de direitos fundamentais, *deve prevalecer, primeiramente, o direito à vida*, pois sem ela nada existe mais a ser vulnerado, logo após, *o princípio da dignidade da pessoa humana* (artigo 1º, III, da CF)¹², já que não basta viver, mister se faz viver com dignidade, sempre não abrindo distância do razoável, é tanto verdade, “que o Supremo Tribunal Federal está a se utilizar, conscientemente, do princípio da proporcionalidade como ‘lei da ponderação’, rejeitando a intervenção que impõe ao atingido um ônus tolerável e desproporcional” (MENDES et. al., 2000, p. 307).

Outra forma de resolver essa colisão consiste em não perder de vista que *o interesse público deve prevalecer sobre o coletivo e o individual, e aquele sobre este*, não se olvidando que todo o direito, tal como todo o princípio, possui *pesos e valores*, a serem devidamente sopesados.

Na discussão sobre a decisão do STF de considerar ilícito o produto fotográfico furtado do consultório odontológico, ainda que incriminasse o réu no tipo penal do artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, verifica-se a existência de um conflito de direitos: o do réu, de lhe ser assegurado o direito à inviolabilidade de seu domicílio (artigo 5º, XI); e o da criança ou adolescente, que possui o direito à dignidade como pessoa humana (artigo 1º, III), e o direito, com absoluta prioridade, à vida, à saúde, à educação, à dignidade, ao respeito e à liberdade, além de ter que estar a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (artigo 227, *caput*).

Não se pode concordar que o direito do réu pudesse prevalecer, não sendo sequer razoável ou proporcional, até porque no constatado choque axiológico, o maior peso ou valor, não resta dúvida, é o da proteção à criança ou adolescente, não se podendo aceitar que o acusado na sua defesa, alegue a ilicitude da prova pelo furto ocorrido em seu estabelecimento profissional, ainda mais quando se reconhece que tais fotos são incriminadoras.

Ora, se o STF convalida prova obtida por meio ilícito em legítima defesa das liberdades públicas fundamentais, igual ou maior motivo teria para aceitar material fotográfico furtado de um consultório médico, que expõe crime de abuso sexual contra menor. No máximo, ainda que não concorde, poder-se-ia apurar o crime de furto do agente, mas jamais, desconsiderar a validade dessa prova.

¹² Expressa ALEXANDRE DE MORAES que “a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar[...]”. (*Constituição do Brasil interpretada*, p. 128-129).

Veja-se a hipótese trazida por Celso Ribeiro Bastos, de furto de correspondência para servir de prova absolutória, ou seja, um caso diametralmente oposto ao apresentado. Segundo o autor, a não-utilização desse produto de furto, “poderia levar alguém a responder por anos e anos de cadeia”. A ideia, com certeza, seria de privilegiar o direito à liberdade, de tamanha importância e relevância, e conclui que:

É por isto que sem embargo de o Texto Constitucional excluir do processo as provas obtidas por meios ilícitos, é nosso convencimento que alguns temperamentos se tornam impositivos em decorrência da própria relativização dos direitos individuais e de sua prevalência segundo a valoração feita pela Constituição. Aliás, interpretação em sentido contrário deixaria de prestigiar o interesse social em que se faça justiça para encarecer tão-somente o direito individual encarnado em uma pessoa (BASTOS. 1989, p. 276).

A questão basilar está em saber se no processo civil pode haver o uso da prova ilícita (como também da ilegítima), e para isso, registre-se a lembrança de Ovídio Baptista da Silva:

Como observa DEVIS ECHANDIA (*Teoria general*, I/539), o processo civil não é um campo de batalha no qual fosse permitido a cada contendor o emprego de todos os meios úteis e capazes de conduzir ao triunfo sobre o “inimigo”; ao contrário, o processo civil é instrumento destinado a tornar efetiva a observância e aplicação da lei, de tal modo que seu emprego deve ser feito segundo padrões juridicamente válidos e legítimos, não sendo admissível que o magistrado – tanto no processo penal quanto no de outra natureza – se valha de expedientes e métodos ilegais, ou moralmente reprováveis, para assegurar o império da lei e do direito, movido pelo falso e universalmente recusado princípio de que “o fim justifica todos os meios”.

Então, não há falar em campo de batalha seja no processo penal seja no processo civil, a ponto de permitir tudo, inclusive provas que estimulem a prática da violência ou da fraude, por exemplo. Mas, por outro lado, deve ser estimulada a busca da verdade real, do que de fato ocorreu, e para tanto, mister se faz considerar a possibilidade de aproveitamento da prova ilícita no processo civil.

É bem certo que na aceitação dessas provas, deve haver a incidência do princípio da proporcionalidade, observando-se o que seja razoável, proporcional, necessário e adequado, ponderando-se com a análise dos choques de direitos e princípios, aquele mais relevante, de maior peso e valor.

A não aceitação das provas ilícitas no Brasil termina sendo mais rigorosa do que, por exemplo, nos Estados Unidos, de onde foi importada a “teoria dos frutos da árvore envenenada”, uma vez que lá essa restrição, normalmente,

tem aplicação contra a autoridade pública, e não quanto a eventuais infratores particulares, e no terreno penal, sendo que “em feitos de outra natureza, a ilicitude da obtenção não impede a utilização da prova, salvo casos excepcionais, como o de processo destinado à imposição de sanção administrativa grave. O legislador constituinte brasileiro timbrou em ser mais realista que o próprio rei” (MOREIRA, 1997, p. 119).

Hipótese a ser estudada diz respeito à interceptação telefônica, como “captação de conversa telefônica feita por um terceiro, sem o conhecimento nem o consentimento dos partícipes da conversa” (NERY JÚNIOR et. al., 2002, p. 1557), em que a Lei nº 9296/96, prevê a sua aceitação como prova “em investigação criminal e em instrução processual penal”, conforme o seu artigo 1º, exigindo-se a autorização judicial.

O STF divide em dois momentos distintos a sua posição quanto à aceitação da interceptação telefônica como prova lícita ou ilícita: “é ilícita a prova produzida mediante escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei nº 9.296, de 24-7-96, que regulamentou o art. 5º, XII, da Constituição Federal [...]”¹³; após a regulamentação do dispositivo constitucional, passou a ser considerada prova lícita, desde que presentes os requisitos constitucionais e legais, inclusive a ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

No campo do Processo Civil, vem sendo entendido que a interceptação telefônica não resta admitida¹⁴, apenas que aquela efetuada, regularmente, no processo penal, pode ser naquele utilizada a título de prova emprestada, como asseveram Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Trata-se de prova obtida lícitamente, razão por que é eficaz no processo civil. O que a CF 5º, LVI veda é a eficácia da prova obtida ilicitamente. Como a prova, no processo penal, terá sido obtida lícitamente, sua transposição para o processo civil, por intermédio do instituto da prova emprestada, não ofende o dispositivo constitucional que proíbe a prova obtida ilicitamente” (NERY JÚNIOR et. al., 2002, p. 1557).

Ainda na esfera processual civil, oportuno registrar que o artigo 422 do CPC de 2015¹⁵, apresenta a figura da “reprodução mecânica”, seja “fotográfica,

¹³ HC nº 74.116/SP, STF – 2ª T., Rel. Min. Néri da Silveira, *Diário da Justiça*, Seção I, 14.mar.1997, p. 6.903 (In: MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*, p.246).

¹⁴ Realçam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que “para fins civis, de produzir prova exclusivamente no processo civil, não se admite a interceptação telefônica”. (Op. cit. p. 1557).

¹⁵ “Art. 422. Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida”.

cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie”, considerando essas manifestações de reprodução, como “prova dos fatos ou das coisas representadas”, desde que a sua conformidade com o documento original não seja “impugnada por aquele contra quem foi produzida”.

O rol é exemplificativo, fotografia, filme cinematográfico e fonografia (reprodução gráfica de sons), e pode abranger outras espécies de reprodução mecânica¹⁶, e estas serão válidas como provas, desde que aquele contra quem se pretenda utilizá-las, admita a sua conformidade, isto é, reconheça a sua autenticidade, aceitando que as reproduções são verdadeiras, valendo dizer que o mesmo assume o ônus de “reconhecer ou impugnar a conformidade das reproduções mecânicas com as coisas ou os fatos reproduzidos” (SANTOS, 1994, p. 197).

Havendo a impugnação pela pessoa contra quem se produziu a prova, nem por isso “fica retirada a eficácia”, de imediato, da reprodução apresentada, passando a incidir o parágrafo único, que transfere a apreciação da validade da prova para o exame pericial, a ser determinado de ofício pelo julgado (MIRANDA, 1996, p. 385).

A respeito dessa previsão legal, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery firmam o entendimento de que “a lei fala que qualquer reprodução mecânica é meio de prova. Não é bem assim. É meio de prova desde que tenha sido obtida por meios lícitos. Do contrário, haveria confronto direto com o que está estatuído na CF 5º LVI” (NERY JÚNIOR et. al., 2002, p. 722).

Exemplo de reprodução mecânica, a gravação clandestina de conversa feita através de fita magnética não se confunde com a interceptação telefônica, posto que aquela é a captação e gravação de conversa pessoal, ambiental ou telefônica, no momento da conversa por um dos interlocutores ou por terceiro com consentimento de um dos interlocutores, enquanto a interceptação, consiste na escuta telefônica sem que qualquer dos interlocutores tenham ciência.

O Excelso Pretório apresenta entendimento, por sua maioria, de que seria “ilícita a gravação de conversa telefônica produzida sem prévia ciência de um dos interlocutores por desrespeito à inviolabilidade da vida privada e intimidade”¹⁷, sendo que, em alguns julgamentos, como observado por Alexandre de Moraes, vem “admitindo a utilização da gravação clandestina de conversa telefônica, realizada somente com conhecimento prévio de um dos interlocutores” (MORAES, 2002, p. 375), sendo válido trazer a seguinte decisão:

¹⁶ O parágrafo primeiro do art. 422 do CPC de 2015, inclusive, estabelece que “As fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem, devendo, se impugnadas, ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, realizada perícia”.

¹⁷ Ação Penal. nº 307-3/DF, STF - Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão – Serviço de Jurisprudência – Ementário STF, nº 1.804-11 (In: MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*, p.374).

Não se cuidando de interceptação de conversa telefônica de outro meio ilegal ou moralmente ilícito, mas simplesmente de reprodução de conversa mantida pelas partes e gravadas por uma delas, há de ser esta gravação admitida como prova em Juízo, a teor do art. 383 do CPC, independentemente a admissibilidade da referida prova do conhecimento de sua formação pela outra parte¹⁸.

Nesse particular, *a conduta mais acertada deveria ser a de utilizar o princípio da proporcionalidade em todas as esferas do campo probatório, quanto à admissibilidade ou não da prova carreada aos autos, em busca da verdade real, do “ser”, do que, efetivamente, ocorreu, ainda que em sede de processo civil, até mesmo como elemento de justiça e de efetividade do direito* (THOMPSEN, 2017, 16).

Aliás, que em relação ao próprio processo penal, pode-se ir mais distante, aceitando-se, inclusive, a interceptação telefônica ainda que sem a autorização judicial, desde que o direito em questão assim exija, pela sua relevância e valor, como por exemplo, em um hipotético caso em que se prova que o homicídio de toda uma família teria ocorrido a mando de um determinado indivíduo, líder de uma quadrilha envolvida com o narcotráfico, através de escuta e gravação de uma ligação telefônica do mesmo com um integrante do bando, sob pena de inocentar um evidenciado culpado, e que poderá multiplicar os seus atos criminosos.

A fórmula adotada pela Constituição Federal, de não se admitir as provas obtidas por meios ilícitos, seguiu uma linha radical de conduta, a ilicitude generalizada, sem levar em consideração os valores postos nos debates, ainda que relevantes, e aproxima muito, do que José Carlos Barbosa Moreira chama de “autêntico fantasma retardatário de um tipo de individualismo exasperadamente anti-social”, o que dificulta a “marcha para a construção de uma sociedade mais civilizada” (MOREIRA, p. 123).

Olvidou-se de evidenciar uma realidade, qual seja, a constante presença de colisões de direitos, reputados como fundamentais, e de princípios, como bases formadoras do ordenamento jurídico (NASCIMENTO, 2017, p. 4), quando, quase sempre, coloca em choque, a liberdade com a intimidade, a inviolabilidade do domicílio com a dignidade da pessoa humana, a liberdade de expressão e o direito à vida privada, dentre outros.

O juízo de ponderação, portanto, é a chave mestra da solução dessas situações, problemáticas por natureza, e deverá ser exercido de forma que o sacrifício de um direito seja imprescindível para a solução da problemática, de forma razoável, proporcional, adequada e necessária (ALVES, 2012, p. 5).

¹⁸ Agr. Nº 209.028-2, 2ª Câm. Do 2º TACivSP, Rel. Juiz Batista Lopes (In: PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil anotado*, p. 1494).

Por fim, a carga valorativa do direito a ser preservado deve ser pesada e levada em consideração frente ao direito preterido através de uma simples equação, em que o ônus do direito sacrificado não pode ser superior ao benefício provocado pela solução encontrada, o que torna, assim, possível de validação, as provas obtidas, ainda que por meios ilícitos.

4. AS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO COMPARADO

4.1. Alemanha

A evolução constitucional alemã conferiu importância às concepções jusnaturalistas e aos valores humanos, com destaque na tutela do indivíduo e ênfase na dignidade do homem e no direito à livre formação da personalidade, o que afeta a predominância absoluta do interesse público sobre a busca da verdade, em prol do respeito aos direitos humanos.

A proibição aos maus tratos ou a sofrimentos físicos ou até mesmo a utilização de substâncias químicas e a violência moral, em geral, passou a ter uma dimensão muito maior para a obtenção de provas de forma a resguardar os direitos dos homens, inicialmente, no âmbito do processo penal, mas depois sendo estendido para o processo civil, e, em ambos, sendo abrangidos pela regra que proíbe a utilização em juízo de provas obtidas de forma proibida¹⁹.

Outra extensão também verificada no direito alemão foi a incidência da regra de proibição também a particulares e não apenas aos órgãos públicos, conforme entende Torquato Avolio ao citar decisão *Bundesgerichtshof* (entenda-se como uma equivalência ao Superior Tribunal de Justiça alemão) do ano de 1954, no sentido de que “O direito do homem à tutela de sua dignidade e ao livre desenvolvimento da própria personalidade deve ser respeitado por qualquer pessoa, mesmo pelos outros membros da sociedade” (AVOLIO, 2015, p. 56), e com essa abrangência definida, tem-se as premissas para valorização das provas ilícitas, seja em processo penal, seja em processo civil:

(...) reafirma-se a vinculação dos *grundrechte* às relações entre particulares e, ainda, reforçando a obrigação do juiz de empenhar-se

¹⁹ No sentir de Luiz Francisco Torquato Avolio: “O legislador, com surpreendente tempestividade, intervém já em 1950 para introduzir o ‘novo’ § 136, a, da *Strafprozessordnung*, [entenda-se como a Ordenança Processual Penal Alemã ou StPO] pela qual se excluem expressamente não só os maus tratos e a aplicação de sofrimentos físicos, como as substâncias aptas a alterar, reduzir ou oprimir a capacidade de entendimento e as faculdades mnemônicas do sujeito, como também toda forma de violência moral ou pressão dolosa realizada com expedientes inadmissíveis ou promessas de vantagens ilícitas. É essa proibição acrescenta-se, explicitamente, a de utilizar em juízo as provas obtidas de forma proibida (§136, a, 3º). O *Bundesgerichtshof* [entenda-se como uma equivalência ao Superior Tribunal de Justiça alemão] reporta-se ao valor supraordenado da dignidade humana para estender o âmbito de aplicação do §136, a, à proibição de utilização do *lie detector*”. (AVOLIO, 2015, p. 55/56).

pela sua imediata atuação, reconhece-se explicitamente a possibilidade de dessumir proibições probatórias diretamente da Constituição, independentemente de uma prévia configuração sob o plano legislativo ordinário. Este o ponto de maior interesse numa perspectiva comparativa (AVOLIO, 2015, p. 56).

Nelson Nery Júnior, ao analisar o direito alemão, entende que devem ser impostas restrições à obtenção da prova no Processo Civil, com vistas ao respeito dos direitos personalíssimos e fundamentais do cidadão, até mesmo porque não mais possui vigência o princípio da busca da verdade real e cita alguns exemplos (NERY JÚNIOR et. al., 2002, p. 302/303):

Exemplo da invalidade da prova é sua obtenção mediante ofensa a um direito fundamental, garantido pela Constituição Federal (*Grundgesetz*), notadamente na GG 1º, 2. Outros exemplos de prova ilícita no direito alemão são dados pela doutrina e pela jurisprudência daquele país: a) a gravação de conversa telefônica sem o consentimento dos partícipes; b) a exibição de fotografia com ofensa a direitos gerais da personalidade; c) a leitura indevida de diário pessoal; d) o depoimento de alguém que observou, ilegalmente, o cônjuge réu em sua própria casa; e) o depoimento de uma testemunha sobre fatos que soube espreitando conversa privada em segredo.

Possui ênfase, no direito alemão, a aplicação da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) nas provas, na tentativa de abrandamento do princípio da proibição da prova obtida ilicitamente, com uma similitude entre os dois sistemas constitucionais (alemão e brasileiro), sendo essa incidência verificada ao serem “sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa...o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir mais além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito a ser sacrificado” (NERY JÚNIOR et. al., 2002, p. 303).

4.2. Espanha

A doutrina espanhola, em sua maioria, tem posição contrária à admissibilidade das provas obtidas ilegalmente, ao considerar que os meios de prova, quando ilícitos, não devem ser admitidos nos autos, mas se forem admitidos, não devem ser considerados para os fins da decisão judicial.

Segundo Torquato Avolio, citando Jacobo Lopez Barja de Quiroga, a moderna doutrina espanhola pugna pela inadmissibilidade da prova obtida ilegalmente, de forma bem abrangente, ou seja, não importa o momento processual de sua admissão ou incorporação no processo, a prova ilícita não deve ser admitida, bem como, independe do autor da violação, funcionário público ou particular, e também, se for em um processo civil ou em um processo penal (AVOLIO, 2015, p. 60/61).

A Constituição Federal Espanhola de 1978 (art. 24), prevê o direito fundamental à prova, limitando-o à defesa, mas o Supremo Tribunal Constitucional Espanhol em 1984, no RTC 114/1984, decidiu ser possível a utilização de gravação telefônica, realizada por um chefe, de uma conversa em que fora subordinado por um trabalhador subalterno, e isso levou à promulgação da Ley Orgânica Del Poder Judicial, de 1985 (art. 11.1), que estabeleceu “Não surtirão efeito as provas obtidas , direta ou indiretamente, violentando os direitos ou liberdades fundamentais”, e mais à frente, em 2000, à promulgação da Ley de Enjuiciamiento Civil Espanhola (arts. 283.3 e 287), que disciplinaram sobre as provas ilícitas, ao asseverar que “Nunca se admitirá como prova qualquer atividade proibida por lei” (TEIXEIRA, 2014, p. 126/128).

4.3. França

Existe a possibilidade de aplicação da doutrina da inadmissibilidade das provas ilícitas no Diploma Processual sobre as nulidades. O Código de Processo Francês (arts. 172 e 173), prevê a nulidade nos casos de violação aos direitos de defesa e deixa ao julgador, a definição e o alcance da nulidade, isso quanto à fase do processo

Aliás, o ato considerado anulado será excluído dos autos e impede o magistrado de extrair dessa prova nula, elemento de sua convicção, sob pena de prevaricação. Nem mesmo os próprios advogados das partes podem utilizar a prova ilícita, sob pena de sanções disciplinares (AVOLIO, 2015, p. 61).

4.4. Itália

A Constituição Italiana não prevê, de forma expressa, o direito fundamental à prova ou até mesmo a proibição das provas ilícitas. Implicitamente, na dicção do seu art. 24, pode-se extrair esse direito fundamental (TEIXEIRA, 2014, p. 134/135):

Todos podem agir em juízo para tutela de seus próprios direitos e interesses legítimos. A defesa inviolável em cada estado e grau de procedimento. São assegurados aos pobres, com as instituições necessárias, os meios para agirem e defenderem diante de cada jurisdição. A lei determina as condições e modos para reparações do erro judiciário.

O direito fundamental à prova resta encontrado exatamente na expressão “os meios para agirem e defenderem”, definido por Mauro Cappelletti, como a possibilidade de as partes “valer-se dos meios de prova reconhecidos pelo ordenamento e, ao o tempo, impedir o legislador de pôr obstáculos irrazoáveis à prova em juízo” (TEIXEIRA, 2014, p. 135).

Na sentença nº 175 de 02/12/1970, a Corte Constitucional Italiana entendeu que cabe ao juiz verificar se prova apresentada é proibida por lei, segundo a sua experiência. Já na sentença nº 34, de 06/04/1973, a Corte Constitucional Italiana julgou e deliberou que o juiz não pode utilizar prova contrária à Constituição Federal. Na Corte de Cassação, em Seção Conjunta (decisão nº 26795 de 28/03/2006), foi decidido não reconhecer de gravação de vídeo no interior do domicílio de alguém, sendo prova ilícita (TEIXEIRA, 2014, p. 135).

O Código de Processo Penal Italiano (art. 191) estabelece a proibição da prova ilícita, bem como, o Decreto Legislativo 196 de 2003 (arts. 160, inciso 6 e 11, inciso 2), que trata da proteção de dados pessoais, reza que os dados pessoais que forem obtidos com violação a normas ali estabelecidas, não podem ser utilizados (TEIXEIRA, 2014, p. 136).

Lemos Teixeira expõe que existem 3 correntes sobre a aceitação das provas ilícitas na doutrina e na jurisprudência italiana: a) as provas ilícitas são admitidas; b) as provas ilícitas não são admitidas; c) as provas ilícitas podem ser admitidas. Como se vê, são correntes distintas, uma prevendo a admissibilidade absoluta da prova ilícita, outra, a inadmissibilidade absoluta da prova ilícita, e uma terceira, que entende pela admissibilidade relativa da prova ilícita (TEIXEIRA, 2014, p. 136).

4.5. Portugal

Tal qual na Alemanha, a Constituição da República Portuguesa (arts. 1º, 25, e 32:8), fundamenta-se na dignidade da pessoa humana, considerando inviolável a integridade moral e física das pessoas, sendo nulas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações (AVOLIO, 2015, p. 61/62)

O Código de Processo Penal Português (art. 126) disciplina os métodos proibidos de prova, no mesmo sentido do que se encontra previsto na Constituição, tendo Torquato Avolio, inclusive, assegurado que a legislação de Portugal seria a que possui maior afinidade com a doutrina e a jurisprudência alemã, construindo um processo penal baseado na inadmissibilidade das provas ilícitas (AVOLIO, 2015, p. 61/62).

4.6. Inglaterra

Na Inglaterra existe um confronto entre a busca da verdade e o modelo adversarial, sendo este, no caso das provas, baseado na superação do conceito de verdade objetiva, substituindo-o, pelo conceito de prova dialética, ou prova como argumento, ou seja, a verdade formal.

As regras da exclusão das provas pertencem ao regime adversarial, com a garantia da concentração e da eficácia da audiência de julgamento, em que as fontes das provas diretas e pessoais podem ser questionadas e avaliadas em público (DEU, 2014, p. 29/30).

Segundo Armenta Deu, na Inglaterra existem 3 tipos de provas que podem ser excluídas do processo: a) *hearsay* (testemunho referido – a presença de testemunhas na audiência pública para a confrontação e o interrogatório); b) *bad character* (prova sobre o mau caráter – impede que se foque nos antecedentes do acusado para utilizar delitos similares como elemento incriminatório); e c) a prova ilegal (DEU, 2014, p. 30).

A doutrina inglesa tem uma postura mais de saneamento das provas, enquanto a jurisprudência da Inglaterra prioriza a confiabilidade da prova, inclusive, com a convalidação de algumas provas obtidas irregularmente, como, por exemplo, a confissão do réu depois que a polícia afirmou, falsamente, dispor de impressões digitais comprometedoras (R.vs. Mason, 1987, 3AllE.R., 481), bem como, a comprovação alcoométrica de ar inspirado, obtida mediante intimação (R. vs Delaney, 1988, e R. vs. Trump, 1979). Nesses casos, os agentes públicos podem até mesmo responder na corregedoria (nos casos citados, eram policiais), mas essa conduta irregular da polícia não autorizaria, por si só, a exclusão da prova (DEU, 2014, p. 31/32).

Em suma, a exclusão de provas obtidas irregularmente, não é regra na Inglaterra, e como sintetiza Teresa Armenta Deu (DEU, 2014, p. 32/33):

(...) poderia afirmar-se que a Inglaterra, como o resto dos países continentais europeus, moveu-se entre os extremos representados por defender a busca da verdade (Bentham e seus seguidores) em um extremo e, no outro, aqueles que excluem um amplo número de casos de tal busca, por afastar-se ou contrariar o modelo adversarial.

4.7. Estados Unidos

A matéria sobre provas ilícitas nos Estados Unidos, passa pela tutela dos direitos contidos em diversas Emendas: a IV, que trata sobre o direito a não sofrer buscas e apreensões indevidas; a V, que estabelece que a pessoa possui o direito a não declarar contra si mesmo; a VI, que exige o direito ser assistido por um advogado; e a XIV, que estabelece o direito ao devido processo legal. Na realidade, a proteção desses direitos termina em restringir a autoridade de agentes públicos sobre as pessoas (DEU, 2014, p. 33).

Funciona nos Estados Unidos, a chamada regra de exclusão (*exclusionary rule*), que, na verdade, não é considerada como uma regra legal, mas sim, uma norma jurisprudencial (*court-made rule*), aplicável ao processo penal, com

uma forte influência do princípio da razoabilidade. Segundo essa regra, os materiais de prova obtidos pela polícia e que violem os direitos processuais constitucionais previstos nas Emendas citadas, não poderão ser aportadas e valoradas pelo Juiz, seja em processos federais seja em processuais estaduais. A culpa ou a inocência do réu não pode depender da análise dessas provas (DEU, 2014, p. 35).

Em consequência dessa regra de exclusão, surgiu a proibição da admissão de provas derivadas de provas ilícitas, a conhecida teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), sendo que a primeira ocorrência foi no caso da empresa madeireira *Silverthorne Lumber Co. vs. United States* (251 EUA 385), em que Frederick W. Silverthorne foi preso por suspeita de crimes federais, quando agentes federais realizaram, sem mandado, buscas nos escritórios da empresa, após a sua prisão, encontrando provas contra o réu. O governo norte-americano reconheceu a ilegalidade da busca e entendeu que deveria devolver os documentos, mas que extrairia cópias para utilizá-los em futuras ações judiciais. A Suprema Corte decidiu que a prova encontrada, por ser ilícita, devia ser excluída do processo, e não mais utilizada no futuro (TEIXEIRA, 2014, p. 132/133).

A regra de exclusão influenciou também a legislação no processo civil norte-americano e de outros países. Em 1973, surgiu a *Federal Rules of Evidence* (lei federal das evidências), que dispôs em seu art. 402.que “toda prova relevante é admissível, salvo disposição em contrário da Constituição dos Estados Unidos, de lei federal, por estas regras ou por outras regras prescritas pela Suprema Corte. A prova irrelevante não é admissível”. Vale observar que os Estados possuem, de igual forma, as suas regras de Evidência.

No âmbito do processo civil, o instituto da proibição do uso de prova ilícita é denominado de *inadmissible evidence* (evidência inadmissível), e cumpre observar que a prova ilícita no processo civil norte-americano, segundo José Carlos Barbosa Moreira, citado por Wendel de Brito Lemos Teixeira, “quase sempre é admitida, salvo em casos excepcionais” (TEIXEIRA, 2014, p. 133/134).

O excesso de utilização da regra de exceção levou a Suprema Corte norte-americana a restringir a sua utilização, e a partir da década de 80, com o caso *United States vs. Leon* (468 EUA 897 – 1984), o referido colegiado entendeu que a boa-fé excluía a possibilidade de se utilizar a regra de exclusão, com a manutenção da prova nos autos. Observe-se que os policiais federais realizaram busca com mandado na casa de Alberto A. Leon, sendo encontrada grande quantidade de drogas. Com a invalidade futura do mandado, o Tribunal da Califórnia utilizou-se da regra de exclusão e anulou as provas. Após a Suprema Corte, em grau de recurso, afastou a aplicação da regra de exclusão por entender que os policiais agiram de boa-fé (TEIXEIRA, 2014, p. 131-132).

Verifica-se que existe uma tendência de restrição do uso da regra de exclusão, principalmente nos Estados Unidos, e com isso, contempla-se uma perspectiva de atenuação, e mantém a sua aplicação para casos extraordinários nos quais os agentes públicos possam ter atuado de forma dolosa ou intencional, como bem conclui Armenta Deu:

(...) a tendência do país que opera como paradigma mundial em matéria de prova ilícita, caminha na direção da eliminação da prática da regra de exclusão, ou ao menos relega sua aplicação a circunstâncias cada vez mais excepcionais, substituindo seu marco de proteção pela adoção de remédios de natureza civil (DEU, 2014, p. 175).

Conclui-se que há uma tendência no Direito Comparado em se aproximar os sistemas jurídicos da *civil law* e da *commom law*, com alguns pontos convergentes, como define Lemos Teixeira:

Tendência a não disciplinar a proibição, ou não, de prova ilícita no âmbito constitucional, deixando a matéria para o âmbito infraconstitucional, ou para análise do magistrado no caso concreto. Dos países estudados (Alemanha, Estados Unidos, Itália e Brasil), somente o Brasil prevê a proibição ilícita no âmbito constitucional, tendo os demais países versados sobre a matéria apenas em âmbito infraconstitucional (Espanha), ou no caso concreto (Alemanha, Estados Unidos e Itália);

a) Tendência a não utilizar regras estanques de proibição, ou não, de prova ilícita (...);

b) Tendência a prever a admissibilidade, ou não, da prova ilícita apenas no caso concreto;

c) Tendência à utilização da proporcionalidade (nos países da *civil law*) e razoabilidade (nos países da *commom law*) como mecanismo para a aferição da admissibilidade, ou não, da prova ilícita no caso concreto (TEIXEIRA, 2014, p. 136/137).

Essas tendências possuem relevância como comparativo com o que propõe o comando constitucional brasileiro em face da proibição do uso das provas ilícitas e torna-se fácil verificar que o Brasil adotou uma política muito restritiva, em que se fragiliza a prova considerada ilícita, independente do direito a que se refere, o que mereceu uma amenidade por parte da jurisprudência e da doutrina, ao aplicar o princípio da proporcionalidade e o juízo de ponderação, nas hipóteses de conflito de princípios e de direitos.

E isso pode ser verificado, quando em alguns lugares a prova ilícita resta admitida, total ou parcialmente, ou encontra-se com um potencial de aproveitamento, conforme o caso concreto, além da possibilidade de incidência dos princípios da proporcionalidade e/ou da razoabilidade.

5. CONCLUSÃO

O direito é originado dos fatos e esses devem ser demonstrados no processo para o fim de formar o convencimento do julgador na distribuição da justiça, e solucionar os conflitos de interesses, ao emergir com a importância das provas como instrumentos de efetividade do direito e de realização da justiça e identificar o sistema de valoração das provas adotado no novo CPC.

Assume papel de relevo, o artigo 5º, inciso LVI, da Carta Magna, quando proíbe a utilização das provas obtidas por meios ilícitos, tendo o STF posição contrária à admissibilidade da prova ilícita no ordenamento jurídico pátrio, por entendê-la despida de qualquer idoneidade jurídica, sem poder influenciar na convicção do julgador, ainda que em detrimento da verdade, mas em prol de um processo justo, com o respeito aos direitos e às garantias fundamentais da pessoa humana, ao adotar a teoria dos frutos da árvore envenenada em nosso sistema jurídico, ainda que, por maioria.

O princípio da proporcionalidade, nascido com a ideia limitadora do poder, no século XVIII, constitui em uma garantia da liberdade individual das ingerências administrativas, com reflexos nas áreas administrativa e penal, com foro constitucional, sendo decomposto em três elementos ou subprincípios: no princípio da conformidade ou adequação de meios (se a medida é apropriada e apta para atingimento dos fins a que se destina); no princípio da exigibilidade ou da necessidade (imprescindibilidade da medida para a conservação do direito); e no princípio da proporcionalidade em sentido restrito (se o meio adotado guarda razoável proporção com a finalidade perseguida).

A relação entre o princípio da proporcionalidade e a prova, reside no fato de que aquele tempera o princípio da proibição da prova ilícita, sendo que o STF limita a sua aplicação no campo do processo penal, e mesmo assim, se houver benefício para o réu, em legítima defesa das liberdades públicas fundamentais.

Cada prova possui o seu valor específico e deverá sofrer a análise do julgador, com atribuição respectiva de valor. Existem sistemas processuais de valoração: o critério legal (o juiz é quase um autômato aferindo as provas seguindo uma hierarquia legal com resultado automático); o da livre convicção (prevalece a íntima convicção do juiz, baseada até mesmo em suas impressões pessoais, permitindo, inclusive, o convencimento extra autos e contrário às provas das partes, além de não exigir a fundamentação de seu convencimento); e o da persuasão racional.

O sistema praticado no Brasil é o da persuasão racional ou do convencimento racional motivado, em que o julgamento deve ser fruto de uma operação lógica com base nos elementos de convicção existentes no processo e devidamente motivado, mas sempre tendo o juiz um limite nas provas constantes dos autos e nos pedidos apresentados por autor e réu.

Com a Constituição Federal, passou-se a adotar, no Brasil, uma visão restritiva no tocante à admissibilidade de provas ilícitas (devendo ser entendido também quanto às provas ilegítimas), não as considerando como suficientes para demonstrar fatos ocorridos, ainda que criminosos, conforme leitura do artigo 5º, inciso LVI, pensamento este, que deve sofrer mitigação através da equidade, para amenizar o rigorismo excessivo da lei e considerar a validade dessas provas, conforme as questões em debate.

A hipótese, portanto, atrai a existência de colisão de princípios e de direitos fundamentais, o que reclama o balanceamento de valores e de pesos, a fim de descobrir qual o que deve prevalecer, por uma operação com base no princípio da proporcionalidade, com a aplicação da corrente intermediária em que a prova ilícita teria admissão conforme os valores morais e jurídicos em jogo, presente a relevância do direito, com questões de alta carga valorativa.

Nesse contexto, o STF vem admitindo a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, apenas com a finalidade de defesa de liberdades públicas fundamentais, com o afastamento da ilicitude da prova diante da presença de causas excludentes de ilicitude, em prol do princípio da inocência, como é o caso do seu uso em legítima defesa.

No processo civil deve ser possível a utilização da prova ilícita ou ilegítima, desde que não se estimule a prática da violência ou da fraude, mas com o favorecimento da busca da verdade real, e incide o princípio da proporcionalidade, com a observação do que seja razoável, proporcional, necessário e adequado, e a ponderação da análise dos choques de direitos e princípios, com a escolha daquele mais relevante, de maior peso e valor.

Ainda no processo civil, o artigo 422 do CPC de 2015, permite a prova feita por reprodução mecânica, fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, desde que aquele contra quem foi produzida a prova, admita a sua conformidade, não apresentando impugnação. Com essa previsão, a jurisprudência traz decisões conflitantes: umas, com a admissão da gravação, desde que mera reprodução de conversa mantida, gravada por um dos interlocutores, sem atrair a interceptação telefônica ou outro meio considerado ilegal; outras, como a do STF, que apresenta entendimento de ilicitude da gravação sem o consentimento do outro participante da conversa por desrespeito da inviolabilidade da vida privada e da intimidade.

Deve ser inserida como melhor proposta de solução para essas colisões, a aplicação do princípio da proporcionalidade seja no campo processual civil seja no processual penal, sempre em busca da verdade real, como elemento de justiça e de efetividade do direito. Registre-se que, em relação ao próprio processo penal, pode-se ir mais distante, com a aceitação, inclusive, da interceptação telefônica, ainda que sem autorização judicial, desde que o direito em questão assim o exija, pela sua relevância e valor.

O juízo de ponderação, portanto, consiste na fórmula mais acertada para fazer encerrar as questões dessa estirpe, fazendo-se gravitar na órbita da proporcionalidade, a equação do problema, e utiliza a razoabilidade, a adequação, e a necessidade, para o fito de oferecer o peso e o valor imprescindíveis dos direitos em debate, com a prevalência do mais valoroso e relevante, como pura expressão social, na busca da certeza, da sensatez, da coerência, da justiça, em suma, da real verdade.

As provas ilícitas possuem diferente enfoque no direito comparado, guardando algumas similitudes.

O excesso de utilização da regra de exceção levou a Suprema Corte norte-americana a restringir a sua utilização, a partir da década de 80, existindo uma tendência de restrição do uso da regra de exclusão, principalmente nos Estados Unidos, e com isso, contempla-se uma perspectiva de atenuação, deixando a sua aplicação para casos extraordinários nos quais os agentes públicos possam ter atuado de forma dolosa ou intencional.

Há uma tendência no Direito Comparado em se aproximar os sistemas jurídicos da *civil law* e da *commom law*, com alguns pontos convergentes, Essa tendência possui relevância como comparativo com o que propõe o comando constitucional brasileiro em face da proibição do uso das provas ilícitas e torna-se fácil verificar que o Brasil adotou uma política muito restritiva, em que se fragiliza a prova considerada ilícita, independe do direito a que se refere, o que mereceu uma amenidade por parte da jurisprudência e da doutrina, ao aplicar o princípio da proporcionalidade e o juízo de ponderação, nas hipóteses de conflito de princípios e de direitos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cristiane Paglione. Das provas obtidas por meios ilícitos em sede de processo civil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 106, nov 2012. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/>>. Acesso em 17 de março de 2018.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas** – interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. v.2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**, Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAMBI, Eduardo. Verdade processual objetivável e limites da razão jurídica iluminista. In: **GENESIS: Revista de Direito Processual Civil**. ano 4. n.12. abr./jun. Curitiba: 1959. p.226-243

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da Prova no Novo CPC. Do Estático ao Dinâmico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CAVALIERI, Davi Valdetaro Gomes. *A Admissibilidade das Provas Ilícitas no Processo Penal*. Rio Grande: Âmbito Jurídico, 17 março 2018. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/>.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v.3. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

A CONSTITUIÇÃO na visão dos tribunais: interpretação e julgados artigo por artigo. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Gabinete da Revista. São Paulo: Saraiva, 1997.

DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita – um estudo comparado**. Tradução: Nereu José Giacomolli. Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços** (trad. Pedro Elói Duarte). Coimbra: Edições Almedina, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: atos processuais a recursos e processos nos tribunais**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Pontes. **Comentários ao código de processo civil**: tomo 4 (arts. 282-443) 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. Coleção Temas Jurídicos, v.3. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** (sexta série). São Paulo: Saraiva, 1997.

NASCIMENTO, Cynthia Karla Araujo do. A evolução da prova ilícita no direito processual penal brasileiro e a sua possível admissibilidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 162, jul 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19223>. Acesso em 17 de março de 2018.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**: atualizado até 15.03.2002. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAULA, Alexandre de. **Código de processo civil anotado**. 6º ed., vol.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. **As provas como instrumentos de efetividade no processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao código de processo civil**: lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Ovídio A Baptista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 4.ed., vol. 1. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998.

SILVA, OVÍDIO A Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SOTO, Leila Mirian Pinheiro. **A Prova Ilícita no Processo Civil**: possibilidades de admissão. Salvador: Universidade Salvador, UNIFACS, 2006.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos Teixeira, **A prova ilícita no processo civil**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 37.ed., vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Processo civil: evolução 20 anos de vigência**. São Paulo: Saraiva, 1995.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Submetido em: 20 jun. 2017. Aceito em: 21 mar. 2018.