



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

DANYLLO DAVY ANDRADE SANTOS

DAS PROVAS PROIBIDAS NO PROCESSO CIVIL

SOUSA - PB  
2004

DANYLLO DAVY ANDRADE SANTOS

DAS PROVAS PROIBIDAS NO PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Lúcio Mendes Cavalcante.

Coorientadora: Professora Maria da Luz Olegário.

SOUSA - PB  
2004

DANYLLO D. ANDRADE SANTOS

DAS PROVAS PROIBIDAS NO PROCESSO CIVIL

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. LÚCIO MENDES CAVALCANTE

---

Prof<sup>a</sup>. MARIA DA LUZ OLEGÁRIO

---

Prof. RUBASMATE DOS SANTOS DE SOUSA

## Dedicatória

A Elias Barroso dos Santos, meu pai, principal motivo deste bacharelado; e Maria de Fátima Andrade Santos, minha querida mamãe, que já conseguiu livrar-se dos apegos materiais.

A Deny Eyre Andrade Santos, minha única irmã, pelo apoio prestado no fim do curso.

A Maria do Carmo Melo Andrade, minha avó, que dispensou tanto cuidado a minha pessoa.

A Juliana Sales e Mendes, minha namorada, que me ofertou amor e compreensão, quando era disso eu que carecia.

A Maria Augusta Neta, minha madrastra, pelas constantes preocupações durante todo o curso.

## AGRADECIMENTOS

Ao nosso Pai Celestial, que nos guia por entre esses caminhos de trevas.

Aos amigos: Érika Christine, Neumalya Lacerda, William Jack, Diogo Fernando, Laerte Cavalcante e José Leite Primo que viveram este bacharelado comigo; e Genivaldo Bernardino, que tanto auxiliou na impressão deste trabalho.

Aos Profs. Lúcio Mendes Cavalcante, que além de orientador, foi um colaborador bibliográfico; e M. da Luz Olegário, pela indispensável ajuda.

## RESUMO

O julgador, para pôr termo a prestação jurisdicional, materializada em sua decisão em sentido estrito, deverá, como requisito constitucional, fundamentar o seu convencimento. Outrossim, utilizará somente as provas constantes nos autos para tal. Logo, vislumbramos prova como sendo o meio idôneo de demonstrar os fatos que tenham relevância a satisfação do direito alegado pelas partes na lide. Grosso modo, a Constituição de 1988, no que tange a direitos fundamentais, no seu artigo 5º, LVI, proíbe expressamente a utilização de provas ilícitas no processo. A bem da verdade, a expressão “ilícita” prescrita na lei maior faz às vezes de “proibidas”, que seria o gênero, onde suas espécies são: ilícita propriamente dita, aquela que viola norma de direito processual; ilegítima, que fere lei de natureza material; e imoral. Muito embora essas defesas dos direitos do cidadão sejam reflexos temerários aos tempos dos abusos do, outrora, regime totalitário instalado em nosso país, acaba por enfraquecer a natureza democrática de nossa Carta Política. Como paliativo deste mal, surge o Princípio da Proporcionalidade. Este visa garantir a aplicação da justiça e defesa das instituições democráticas. Consiste em balancear direitos fundamentais contrapostos num contencioso, como a liberdade e intimidade. Desta forma, vem sendo admitida sem muita resistência a prova proibida em direito penal, logicamente, em casos excepcionais onde resta verificada a essencialidade da medida. Apesar de bastante mitigada sua atuação no direito civil, alguns doutrinadores contemporâneos e tribunais de vanguarda já admitem esta possibilidade, qual seja, excepcional admissão destas provas em lides privadas. O critério para admissão é que quando da aferição de presteza da prova o julgador ponha nos pratos da balança os direitos contrapostos das partes, onde ele avaliará cada caso como sendo o único, individual sem a utilização de nenhuma fórmula ou casuísmo; e decidirá sobre a admissão frente às máximas de justiça. O que será sopesado não é o direito fundamental de uma parte e o direito de provar da outra, mas sim o direito ao qual só poderá ser demonstrado por um meio ilícito. Para tal, faremos recurso de uma pesquisa bibliográfica, vasculhando legislações, jurisprudências e doutrinas, nacionais e estrangeiras; onde, a partir de um raciocínio lógico dedutivo investigaremos a possível admissibilidade das provas proibidas no processo civil.

**Palavras-chaves:** constituição, processo civil, provas, ilicitude, proporcionalidade, aferição.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
<b>CAPÍTULO 1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....</b>	<b>11</b>
1.1 Conceito.....	11
1.2 Provar e Instruir.....	12
1.3 Princípios.....	13
<b>CAPÍTULO 2 TEORIA GERAL DAS PROVAS.....</b>	<b>15</b>
2.1 Classificação.....	15
2.2 Características.....	16
2.2.1 Direito como objeto de prova.....	18
2.3 Ônus Probatório.....	18
2.4 Momentos da Prova.....	21
<b>CAPÍTULO 3 DAS PROVAS PROIBIDAS.....</b>	<b>26</b>
3.1 Prova ilegítima.....	27
3.2 Prova ilícita.....	28
3.3 Prova ilícita por derivação.....	30
3.4 Princípio da proporcionalidade.....	31
3.5 Sigilo nas comunicações.....	34
3.6 Teoria da descontaminação do julgado.....	35

CAPÍTULO 4 REALIDADE PROBATÓRIA NO PROCESSO CIVIL.....	37
4.1 As vedações constitucional e legal.....	37
4.2 Princípio da verdade real.....	38
4.3 Prova ilícita e administração pública.....	40
4.4 Prova ilícita e processo penal.....	42
4.5 Prova ilícita e processo civil.....	44
4.5.1 Admissão indireta da prova ilícita no processo civil.....	46
4.6 Posicionamento dos Tribunais.....	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	54

## INTRODUÇÃO

Vivemos, no Brasil, em um Estado Democrático de Direito, consignado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Corolário desta ordem é o princípio do devido processo legal, dentre outros que regem o poder de jurisdição estatal; e como sendo a prova um instrumento vital para a realização daquele, investigaremos neste trabalho as relações de toda a instrução processual com os princípios que nos reportam aos direitos fundamentais estabelecidos na Lei Maior, principalmente diante da legalidade dos atos referentes à demonstração dos fatos no processo.

Pela importância que exerce no processo, estudaremos a prova em toda sua teoria geral, abordando conceitos, objeto, destinatário, meios etc. Sendo os olhos do processo, e incumbida de mostrar as veredas por onde seguir o julgador, destacaremos toda os aspectos de valoração desta presente em nosso ordenamento jurídico, bem como traçaremos um paralelo dela nos principais ramos do direito.

Sabemos que os princípios estabelecidos na Carta Magna, e que dão consistência aos direitos e garantias fundamentais, não podem vigorar em absoluto. O desenvolvimento pleno destes princípios acarretaria em verdadeiros choques de valores, o que traria a desestruturação da própria Constituição. Assim, há casos em que esses princípios são analisados separadamente, e realizada uma avaliação racional, é decidido sobre sua aplicação.

Por isso analisaremos as provas proibidas juntamente com os mecanismos utilizados tanto para expurgá-las do processo, como para admiti-las. Prova ilícita, aquela que viola lei processual; e prova ilegítima, a que fere norma de direito material; juntamente com as provas imorais são o que existe de geral sobre as provas proibidas, também chamadas provas defesas ou vedada em lei. Serão elas, então, viga-mestre de nosso estudo, onde investigaremos toda

sua relação com ilícito em sentido amplo. A pesquisa também mostrará a discussão envolvendo o princípio da proporcionalidade, que será o canal para uma aferição, que não obstante, poderá ser baseada em confronto de princípios constitucionais, senão de próprio direito natural.

Desta forma acontece no caso de admissão de provas proibidas no processo. Esta admissão é uma exceção à regra do artigo 5º, LVI, da Lei Maior, que veda o uso de provas obtidas ilicitamente no processo. Contudo, já foi verificada a necessidade de se proceder desta forma em determinados casos. Majoritariamente, esta exceção é defendida no direito, público, principalmente no penal. Daí nosso interesse em realizar este estudo no direito privado, pois, para nós, se mostra um tanto intrigante o uso de um determinado princípio processual em um ramo e em outro não.

O argumento para esta admissão é evocado a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, como dito, que visa sopesar dois valores (bem jurídico) no caso concreto, e diante do binômio necessidade-adequação tornar convalidada a prova de origem viciada.

No entanto, há uma grande celeuma em torno dessa admissão no processo civil. Vários são os argumentos contra. Por isso, faremos uma pesquisa neste assunto acerca da aferição destas provas, e sua possível admissão, comparando os ramos do direito onde as correntes doutrinárias se externam da forma mais diversa.

O estudo tomará por base a teoria geral do processo, bem como um resgate aos princípios da Constituição de 1988, lei fundamental que é. Naquela veremos a tendência de unificar a teoria geral do processo, em razão de tornar comum a todos os ramos do direito processual os seus institutos, respeitando, obviamente, as evidentes peculiaridades que cada um possui. Destarte, será realizada uma visão crítica nesta, onde debulharemos os seus princípios, adequando-os aos casos práticos e fazendo uma ligação com as novas teorias que estudam a limitação do poder de polícia. Será realizada uma pesquisa bibliográfica, com base

nas legislações, jurisprudências e doutrinas pátrias e estrangeiras, onde colheremos os dados necessários, para que a partir do pensamento lógico-dedutivo, possamos compreender toda a extensão da problemática. Ao final, será exposto, também, nosso entendimento acerca do assunto.

## CAPÍTULO 1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

### 1.1 Conceito

O direito de acesso ao Poder Judiciário é assegurado a todos pela Constituição de 1988. E verificamos que desde a petição inicial os interessados já indicam as provas que pretendem produzir em juízo. Para que o desfecho do processo satisfaça seus interesses as partes cuidam do convencimento do juiz provando os fatos alegados. Daí nota-se a importância da prova para o processo. Tomemos então o seu conceito. Etimologicamente falando, tem sua origem no latim, deriva do verbo *probare*, que significa examinar, persuadir, demonstrar. Em sentido amplo, podemos conceituar prova como sendo a forma de certificar sobre determinado fato aquele a quem se tenta convencer.

Contudo, essa idéia pode ser mais específica e termos um conceito próprio no que diz respeito a processo. Para Vicente Greco Filho (2000, p. 180.), “é todo meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato”. Humberto Teodoro (2002, p. 375) em seu conceito, analisa-o sobre dois sentidos: objetivo, “meio ou instrumento hábil para demonstrar a existência de um fato”, e subjetivo, “que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório”. Nesta última definição, entendemos haver uma divisão um tanto quanto desnecessária, visto que podemos conceituar prova de maneira singular e dinâmica sem perder na abrangência.

Notem que ambos os conceitos analisados são de doutrinadores civis-processualistas. Falamos de Teoria Geral da Prova, logo sua definição estende-se a todo e qualquer ramo do direito processual, seja eles civis, penais, trabalhistas ou, mesmo, administrativo. Outrossim, vejamos o que diz o penal-processualista Fernando Capez (2003, p. 251) “é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz, destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da

existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação”. No mesmo sentido o civil-processualista José Frederico Marques (2001, p. 255) assevera: “... constitui o meio e modo de que usam os litigantes para convencer o juiz da verdade da afirmação de fato, bem como o meio e modo que se serve o juiz para formar sua convicção sobre os fatos que constituem a base empírica da lide”. Destarte, estes são os conceitos que melhor definem prova no plano processual. A prova está intrinsecamente ligada a um determinado fato e sua alegação dentro do processo, e o juiz está atado a esses dados, como determina o famoso brocardo jurídico: “o que não está no processo não está no mundo”

## 1.2 Provar e Instruir

A palavra prova, de *per se*, traz a idéia de convencimento, que por sua vez rememora conhecimento. Logo, se por um lado, o processo de execução, com toda sua objetividade, se traduz na satisfação do crédito, por outro temos que o processo de conhecimento está vinculado à prova, caracterizando-o a tez subjetiva, onde, em regra, o autor terá que demonstrar o fato alegado, e o réu, fato que constitua, modifique ou extinga direito.

A fase onde ocorre a persuasão do juiz é chamada de “instrução do processo”. Por isso é importante fazer a distinção entre os verbos *provar* e *instruir*. O primeiro, já analisado sobre o prisma de diversos autores, podemos definir como meio idôneo para o convencimento do juiz diante de fatos alegados no processo; ao passo que instruir não seja apenas o simples ato de provar, é mais que isso é preparar o tão desejado provimento final (DIMACARCO, apud MARINONI, 2003, p. 258). No dizer de Moacyr Amaral Santos (1999, p. 270), “a instrução da causa compreenderia todo o *iudicium*, à sentença de mérito”.

Destarte, temos que a instrução probatória começa quando do despacho saneador, e serve como instrumento procedimental da prova (MARQUES, 2001, p. 256). Não obstante, podemos afirmar que a especulação probatória tem início na fase postulatória, configurando requisito essencial à petição inicial; senão vejamos o exacerba o texto do Código de Processo Civil *in verbis*: Art. 282. A petição indicará: VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados.

### 1.3 Princípios

A fonte maior de nosso direito, como podemos afirmar, é a Constituição Federal de 1988. Dela extraímos alguns princípios que norteiam todo o processo, sobretudo quando se trata de especulação probatória, como os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. O contraditório está presente, por exemplo, na faculdade conferida ao réu em contestar as alegações feitas pelo autor; a ampla defesa garante o uso de qualquer meio de prova admitido em direito; e o devido processo legal quando da limitação às partes às provas consideradas legais.

Não obstante, ao tema por nós ora abordado qual seja, Teoria Geral da Prova, confere alguns princípios que lhes são intrínsecos. Para um entendimento rápido e objetivo, capturamos os seguintes:

- a) Princípio da auto-responsabilidade das partes, os litigantes são responsáveis por sua provável inatividade, erro ou ato intencional.
- b) Princípio da audiência contraditória, o que caracteriza a chamada contraprova, ou seja, opor-se a uma prova; em virtude deste princípio não se admite a produção de prova sem o conhecimento da outra parte.

- c) Princípio da oralidade, mesmo para a produção de prova a regra é a palavra falada, em depoimentos, debates e alegações.
- d) Princípio da concentração, busca concentrar toda a instrução probatória numa só audiência. Digamos que este princípio é um reflexo dos princípios da celeridade e da oralidade.
- e) Princípio da publicidade, como todos os atos processuais são públicos, e a instrução probatória é um ato processual, haverá de ser pública a produção de provas, salvo os casos de segredo de justiça.
- f) Princípio do livre convencimento motivado é de onde o juiz obtém base para sua discricionariedade em relação às provas para sua convicção acerca dos fatos.

## CAPÍTULO 2 TEORIA GERAL DAS PROVAS

### 2.1 Classificação

A doutrina pátria é repleta de grandes mestres processualistas; logo, teremos um inevitável sem-número de classificações (CAPEZ, 2002, p. 262). Para um estudo abrangente, abordaremos classificações de doutrinadores de diversas naturezas processuais.

Quanto ao objeto poderá ser direta ou indireta. Aquela se refere ao fato principal da demanda; demonstra a verdade fática diante do próprio fato controvertido. Esta demonstra fatos secundários ou circunstanciais, e a partir de um pensamento lógico-dedutivo conclui-se a existência do fato principal. É chamada de prova de indícios (GRECO FILHO, 2000, p. 180)

Quanto ao seu valor será plena ou indiciária. Plena é a prova que obrigatoriamente formará um juízo de certeza no julgador; tem forte vínculo com o princípio do *in dubio pro reo*. Indiciária é aquela que necessita apenas de um juízo de mera probabilidade, por isso sua ligação com o princípio do *in dubio pro societate*.

Em razão do sujeito: real ou pessoal. Prova real é aquela que emana de um objeto ou uma coisa, v.g., a prova documental. A pessoal requer a exteriorização do pensamento humano pela própria pessoa em afirmações conscientes. É o caso do interrogatório, dos depoimentos.

Relativamente à forma: testemunhal, produzida a partir de sujeito não-parte no processo, e que tenha ciência do fato controvertido na lide; documental, é a obtida através de documentos; e material preparada por via química, física ou biológica.

Por ultimo, em relação à preparação: casuais ou pré-constituída. Estas são aquelas preparadas previamente para servir como prova em uma possível lide.

## 2.2 Características

É comum a toda prova ter um objeto, uma finalidade e um destinatário (THEODORO JUNIOR, 2002, p. 376). O objeto é o fato perante o juízo; sua finalidade é convencer o juiz: o destinatário não poderia ser outro senão o julgador da causa.

O juiz tem a discricionariedade para decidir quais fatos devem ser provados, bem como deferir a produção de determinadas provas, analisando-as, sobretudo, sob os critérios de relevância e pertinência. Trata a relevância de teor subjetivo, donde ao juiz importará em sua convicção; contudo, é prudente aferir a valia da prova visando uma segunda instância, visto que o julgamento nesta poderá vir a ter entendimento diferente a do julgador singular. A pertinência é um fator objetivo que se encontra preenchido sempre quando retratar um fato constitutivo de direito do autor ou modificativo, impeditivo ou extintivo desse direito.

Em plano abstrato o objeto da prova traduz-se naquilo que a lei toma como o que pode ou deva ser trabalhado na instrução processual. No concreto, é o fato pra ser demonstrado no decorrer de um processo instalado. Ensina com bastante entusiasmo o Prof. José Frederico Marques (2001, p. 256)

No tocante ao objeto abstrato da prova, cabe à lei processual fixar aquilo que deva ou possa ser provado, enquanto no, tocante ao objeto concreto da prova, cabe ao juiz dizer da relevância da prova, quanto ao que as partes queiram demonstrar, afastando o que seja irrelevante para o caso em litígio a ser decidido.

Não obstante, há fatos que, embora pertinentes e relevantes, não carecem de instrução probatória, como “os notórios; os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; os admitidos, no processo, como incontroverso; os em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade” (CPC, art. 334).

Fatos notórios são aqueles do conhecimento do homem médio. Não precisa ser da ciência de todos, mas apenas de determinado grupo de indivíduos de uma região. Sendo um conhecimento geral - mesmo não sendo absoluto - não carece de ser demonstrado; afirmamos que esta é uma atuação do princípio da celeridade.

Fato incontroverso é aquele acordado entre as partes como verdadeiro, não gerando nenhuma dúvida para o julgador, logo não há necessidade de ser demonstrado; não é objeto de prova. É o que ocorre com fatos alegados pelo autor e tidos como verdadeiros em virtude da revelia do réu, ou quando da resposta deste, é silenciado em contestação. Pela mesma razão a lei dispensa o exame de fatos alegados por uma parte e confessados pela outra. Porém, é importante ressaltar, os fatos que dizem respeito a direitos indisponíveis, mesmo pacíficos entre as partes, não ostentam a referida isenção, devendo, pois, serem demonstrados.

Quanto aos fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade, só independem de prova os quais a presunção é absoluta, *júri et de júri*. Nos casos em que a presunção é relativa, *júris tantum* o que acontece é a inversão do ônus probatório; mas isso será estudado mais adiante (GRECO FILHO, 2001, p. 181).

A finalidade da prova é convencer, persuadir o juiz a tal ponto que profira sentença favorável pra quem a produziu. A procurada verdade real dá lugar a chamada verdade processual. O magistrado, obrigatoriamente, terá que fundamentar a sua decisão nas demonstrações incursas no processo sob análise: "*quod non est in actis non est in mundo*".

Como destinatário das provas, cabe ao juiz decidir sobre a admissão, usando suas atribuições de discricionariedade, das provas necessárias para obtenção da verdade real, com o intuito de evitar a dilação probatória, sob pena de inutilizar o processo, tornando a justiça tardia. Logo, poderá ele mesmo requer provas. Já que se trata de seu convencimento, ninguém melhor que o próprio magistrado para apontar as provas chaves na solução do litígio.

### 2.2.1 Direito como objeto de prova

Do juiz, conhecedor do direito que é, espera-se o domínio da legislação. Mas nem sempre o magistrado é obrigado, de plano, a ter conhecimento prévio das leis. O seu dever é conhecer o direito federal, porém, quanto ao direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário cabe a parte que lhe aprouver demonstrar o seu teor e sua vigência. É norma prescrita no art. 337 do CPC.

Escreve sobre o tema com grande brilhantismo o mestre Vicente Greco Filho (2000 p.182):

O juiz é obrigado a conhecer o direito federal em caráter absoluto. Já os demais direitos, porque de aplicação incomum ou limitada, pode o juiz desconhecê-los, carreando à parte o ônus de prová-los. Todavia, em se tratando de direito estadual e municipal do local em que o juiz está exerce suas funções, entende a doutrina que incumbe também ao juiz conhecê-los, não podendo determinar a prova às partes.

O direito municipal ou estadual se prova por certidões do próprio ente elaborador da norma. Quanto a sua vigência, não existindo revogação expressa, milita em seu favor presunção relativa, cabendo, então, a outra parte demonstrar a revogação. O direito estrangeiro é provado através de certidão diplomática, livros de doutrina e até por testemunhas. Já o direito costumeiro, por qualquer meio de prova legalmente admitido.

### 2.3 Ônus Probatório

As partes para obterem as respostas positivas às suas pretensões diante do provimento estatal terão que instruir o processo de modo a convencer o juiz de suas alegações. A propósito, vejamos as palavras do celebre mestre italiano:

A alegação proveniente da parte, isto é, a representação que ela dá aos fatos da causa ao narrá-los e descrevê-los, não tem outro ofício, no processo dispositivo, que o de fixar o *thema probandum*: não é uma prova, senão o delineamento de tema de investigação. Para definir se o fato alegado é verdadeiro – isto é provado – é necessário que o juiz, numa fase posterior à da alegação, indague, é dizer, coloque em comparação a representação dclc, que constitui o tema da indagação, com as representações do mesmo que se recolherão através da experiência dos meios de prova; só se chega a haver coincidência entre aquela e estas, se poderá considera provado, é dizer, verdadeiro, o fato alegado. O juízo definitivo de verdade é, então, o resultado de uma comparação entre a representação de uma parte (tema) e as representações oferecidas pelas provas (demonstração). (CALAMANDREI, 1999, p. 278)

A bem da verdade, não há uma obrigação, um dever às partes em provar o alegado, mas, tão-somente, um ônus, pois, como diz um velho bordão jurídico, “alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente”. Para Kisch, apud José Frederico Marques (2001, p. 267) “ônus da prova é a necessidade de provar pra vencer”. Em regra, este ônus é de quem alega o fato em juízo; contudo, haverá casos onde estará presente a inversão de ônus. Sobre o assunto assevera o renomado autor:

Na realidade, a questão do ônus da prova surge principalmente quando se verifica, afinal, a ausência ou precariedade das provas. Sem embargo disso, os princípios sobre o ônus da prova orientam a atividade processual das partes, visto que lhes mostram a necessidade jurídica de serem diligentes, se pretendem evitar prejuízos e inconvenientes. Daí a grande importância prática do assunto. (MARQUES, 2001, p. 268)

Três princípios norteiam este instituto, quais sejam: indeclinabilidade da jurisdição, o juiz não poderá esquivar-se de proferir decisão de mérito por complexidade da lide; dispositivo, às partes cabe a provocação do juízo, bem como a produção das provas, cabendo ao juiz apenas complementá-las; persuasão racional na apreciação da prova, o juiz deve decidir segundos os fatos alegados e provados, não por convicção íntima.

Os processualistas atuais, diante da evolução trazida pelo direito austríaco, o *onus probandi* é visto sob dois aspectos: subjetivo e objetivo. O primeiro como sendo a necessidade de provar pra vencer ou as conseqüências para quem não provou quando deveria. O segundo está voltado para o juiz, a prova é independente de quem a produziu, servindo ao processo. No entanto, o termo “ônus objetivo”, que é voltado ao juiz, soa forçoso, visto que ao magistrado existe um dever funcional de decidir, não um mero ônus (GRECO FILHO, 2000, p. 188).

Outrora, a doutrina ensinava que não se podia exigir a prova da negação. Hoje, é pacífico quanto à existência desta possibilidade, ainda mais porque é a própria lei que faz esta exigência, como, p. ex., na petição de herança, onde o autor deverá provar não existir ninguém que prevaleça sobre sua sorte (CC, art. 1.824 e 1.829). Em linhas providenciais expõe Chiovenda (apud MARQUES, 2001, p. 271):

Toda afirmação é, ao mesmo tempo, uma negação: quando se atribui a uma coisa um predicado, negam-se todos os predicados contrários ou diversos dessa coisa. Em caso de predicados contrários, isso é evidentíssimo: quem diz *móvel*, diz *não-móvel*; quem diz *escravo*, diz *não-livre*; quem diz *maior*, diz *não-menor*. Em nenhum desses casos haveria como saber quem afirma e quem nega quem deve provar e quem não. (destaque do autor).

Em se tratando de direitos disponíveis, nosso Código de Processo Civil autoriza a convenção entre as partes sobre o ônus de provar, sendo este estabelecido em contrato (art. 333). Contudo, o referido *codex* faz duas ressalvas: o ônus não poderá recair sobre direito indisponível; ou que torne excessivamente difícil a consecução de seu fim pela outra parte. Este dispositivo é inspirado no direito italiano, e é pouco usado no Brasil (GRECO FILHO, 2000, p. 191).

A inversão do ônus da prova, em face da lei, poderá ocorrer de duas maneiras. Inverte-se o *onus probandi* quando milita em favor de certo fato presunção de existência ou

veracidade, como já estudado, no caso de presunção relativa. Grecco Filho (2000, p. 193) diferencia presunção absoluta e relativa simplesmente pelo fato de que a absoluta não admite prova em contrário e a relativa, sim, como de fato o é. Quando a lei processual for omissa em relação a presunção, poderá o juiz manifestar-se a esse respeito, segundo as suas máximas de experiência; é a chamada presunção humana (CPC, art. 335).

O outro caso de inversão está previsto no CDC, art. 6º, VIII, permite a inversão para beneficiar o consumidor, se verificada a sua hipossuficiência e verossimilhança de sua alegação. A hipossuficiência é aferida diante da desproporcionalidade na relação fornecedor-consumidor; ao passo que a verossimilhança é o juízo de probabilidade a alegação ser verdadeira. Este último decorre a presunção humana. Grecco Filho (2000, p. 191) critica essa posição, taxando-a de não adequada para determinar a inversão. Para ele, o juiz deve se orientar na verificação de qual das partes poderá produzir mais facilmente a prova, atentando para que esta inversão não torne a produção impossível. Não adentraremos nesta discussão por não ser este o objetivo almejado, servindo esta apenas de informação suplementar.

#### 2.4 Momentos da Prova

No decorrer do processo, a prova passa por fases que funcionam como um processo dentro do processo. Dividiremos este interím em quatro momentos, definindo cada um. A seção está consignada na seguinte forma: proposição ou requerimento; admissão; produção; e valoração. Apesar da maioria dos doutrinadores a dividirem em três fases, não explicam por que assim o fazem. Achamos por bem incluir nesses momentos a fase de valoração, pois é esta a fase que encerra a instrução, já analisada anteriormente.

Como cada meio de prova tem seus momentos próprios, apenas trataremos das regras gerais que norteiam o tema.

- a) Fase de proposição ou requerimento. Velando pelo princípio dispositivo, a proposição das provas é ato das partes, cabendo ao juiz requerer provas de ofício como complementação, assegurada a sua imparcialidade. Consiste tal proposição em indicar os fatos a serem provados e a meio determinado (MARQUES, 2001, p. 261).

O requerimento é dirigido na oportunidade da petição inicial, quando do autor, onde mostrará os fatos em se funda o seu pedido e o meio probatório com que pretende demonstra-los; ou na contestação, quando do réu, que especificará as provas que demonstrarem as alegações que resistem a pretensão de requerente. Em caso de direito como objeto de prova, o juiz é que determinará se há necessidade ou não de demonstrar a sua vigência, nos casos já estudados.

- b) Fase de admissão ou deferimento do pedido. É quando do saneamento do processo o momento de deferimento ou exame de pertinência, onde ficará decidido sobre a realização do exame pericial e designação da audiência de instrução e julgamento, bem como as provas deferidas para produção (GRECO FILHO, 2000, p. 192). Este ato é exclusivamente do juiz (SANTOS, 1999, p. 274). Destarte, cabe a análise de dois pontos: a admissibilidade e a relevância. Transcrevemos a lição de Calamandrei (1999, p. 279) “admissibilidade é um requisito de mera legalidade, atinente ao respeito das normas que prescrevem a forma que devem ser propostos certos meios de provas...”; relevância, pelo contrário, é um requisito que afeta, preliminarmente, à “prudente apreciação do juiz, chamado a dar uma

avaliação antecipada e hipotética das conseqüências jurídicas que se seguiram os fatos deduzidos em prova, se fossem provados.”

A regra geral é que o juízo de admissão seja conferido no despacho saneador, embora haja outros momentos os quais o juiz deverá se pronunciar, p. ex., na juntada de documentos (art.397 e 398, CPC) e nas provas de processo incidental (art.309 e 313, CPC).

- c) Fase de produção. É nesse momento que visando o convencimento do juiz a prova adentra no processo. As maneiras de se demonstrar os fatos, espécies de provas, são diversas. O art. 332 do CPC é claro, admite-se todo meio probatório não defeso em lei e moralmente legal (estudaremos adiante com mais detalhes). Portanto, na seara civil, os meios especificados no *codex* são meramente exemplificativos. Vejamo-los.

O *depoimento pessoal* é argüido pela parte adversária com o intuito de obter alguma confissão. Processará-se nos moldes da inquirição de testemunhas, mas só o advogado da outra parte poderá fazer perguntas. Não tem cabimento quando a lide versar direitos indisponíveis, quando a lei exige documento público como substancia do ato ou no caso do depoente ser representante de pessoa jurídica de direito publico.

A confissão é definida claramente pelo CPC, “é quando a parte admite a verdade de um fato, contrário a seu interesse e favorável ao adversário”.

Existe nas modalidades judicial e extrajudicial.

A prova documental é entendida como qualquer objeto capaz de demonstrar a verdade de algum fato alegado. Ao passo que instrumento é somente aquele documento constituído para fazer prova no futuro, p. ex., os contrato em geral. O documento público goza de fé pública, ou seja, há presunção

relativa de veracidade. No documento particular não participação de oficial público, sua autenticidade está vinculado à sua natureza e conteúdo.

A prova testemunhal talvez seja a mais utilizada. Testemunha é uma pessoa alheia ao processo, que vem até ela trazer informações sobre os fatos controvertidos. O CPC elenca os incapazes de depor, bem como os suspeitos e os impedidos; esses últimos sendo aceitos apenas como informantes. Em regra, a oitiva das testemunhas é na audiência de instrução e julgamento.

A prova pericial é aquela que exige um conhecimento técnico não detido pelo juiz. As três modalidades são: avaliação vistoria e exame. Às parte é facultado indicarem assistente técnico; o perito é nomeado pela juiz. Por outro lado, a inspeção judicial é promovida pelo próprio julgador, que mandará lavrar auto circunstanciado do que entender útil, como requisito essencial de validade.

- d) Fase de valoração. É o momento final da prova em um determinado processo. O juiz tem inteira discricionariedade para efetuar uma valoração, contudo, se faz o uso da motivação; é terminantemente proibido o uso da arbitrariedade. Existem três sistemas de apreciação de prova no direito processual, quais sejam:
- 1) Prova legal ou critério legal. A lei atribui algum valor a prova; a verdade real dá lugar a um formalismo extremo. Para Humberto Teodoro (2002, p. 378) este sistema esta totalmente superado. Para nos ele está apenas em desuso, não obstante, o CPC ainda traz consigo alguns resquícios dele, como o impedimento de prova exclusivamente de prova testemunhal nos contratos verbais superiores a dez salários-mínimos.

- 2) Convicção íntima ou livre convicção. É a contraposição ao sistema anterior. O juiz poderá formar seu convencimento de maneira livre, só estando vinculada a sua consciência. Não vige em nosso ordenamento jurídico, salvo uma única exceção, a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri.
- 3) Persuasão racional ou livre convencimento motivado. É o sistema adotado como regra por nosso ordenamento. A Constituição faz a exigência da motivação de todas as decisões proferidas por seus órgãos jurisdicionais. Este sistema configura uma síntese dos dois sistemas já analisados; há o livre convencimento, mas sem arbitrariedade, ao passo que o juiz não pode se escusar das formalidades processuais estabelecidas pela lei no ínterim probatório.

### CAPÍTULO 3 DAS PROVAS PROIBIDAS

Em se tratando de prova ilícita poucos são os pontos pacíficos. As disparidades começam pela nomenclatura, onde divergem doutrinadores entre si e entre legisladores. Não há denominação pacífica por isso nos reportaremos a ela da maneira mais usual.

Começaremos pelo geral. Quando nos referirmos a prova ilícita, entenda-se prova proibida, vedada ou defesa em lei. Essa denominação abrange as provas ilegais (ilegítimas, ilícitas e ilícitas por derivação), e imorais – veremos cada uma adiante. Portanto, o que chamamos de prova ilícita na verdade é prova proibida. Esta questão existe em razão do texto constitucional a denominar assim. Celso Ribeiro (2000, p. 229) esclarece bem o tema:

Segundo alguns doutrinadores, quando a proibição é feita por uma lei processual, a prova seria ilegitimamente produzida e quando a proibição é de natureza material, a prova seria ilicitamente obtida.

Feita esta distinção, a pergunta que se coloca é a de saber qual destas ilicitudes (material ou processual) se refere o Texto Constitucional. Levando em conta as regra de Hermenêutica, segundo a qual a Constituição deve ser interpretada de acordo com o sentido mais comum das palavras, e uma outra, comum a todo direito, que dia que onde a norma não discrimina não cabe ao interprete fazê-lo, é de rigor concluir-se que os meios ilícitos a que alude a Constituição abarcam tanto os que ofendem a lei processual como a material. Na verdade, vê-se que a expressão escolhida pelo constituinte é suficientemente ampla para colher quaisquer forma de ilegalidade.

Para Fernando Capez (2003, p. 254) no entanto, prova proibida seria o mesmo que vedada, que “é aquela produzida em contrariedade a uma norma específica”. E a divide em duas espécies, quais sejam: ilegítima e ilícita. Divergindo de nós, quando entendemos que a prova proibida é toda aquela que não pode ser admitida no processo.

Sob nossa ótica, estabelecemos que as provas que não podem figurar na instrução do processo são chamadas de proibidas, que por sua vez abrange as ilegais e as imorais, e que serão estudadas posteriormente. Dividimos as ilegais, que é gênero em ilícitas e ilegítimas,

espécies, de acordo com a natureza da norma por ela violada. E ainda, a subespécie prova ilícita por derivação.

### 3.1 Prova ilegítima

A prova ilegítima é uma espécie de prova ilícita, uma vez que contraria disposição de lei. Esta lei, infringida, é uma lei processual. Portanto, será ilegítima a prova produzida com violação de alguma regra de natureza processual, como diz Capez (2003, p. 254), “quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova será chamada ilegítima”. É importante ressaltar, a violação se refere a qualquer norma processual, não apenas as descritas nos códigos, mas também as em leis espaciais.

Chegada à fase de alegações finais na primeira parte do procedimento do tribunal do júri, é defeso a juntada de documentos por determinação expressa do art. 406, §2º do Código de Processo penal. Assim, a prova produzida nesta fase será nula, por ser ilegítima.

Também é ilegítima a prova produzida a partir do depoimento de pessoa obriga a guardar sigilo de informação em virtude de dever funcional, pois assim estabelece o art. 207, do CPP; bem como proíbe a exibição de qualquer prova em plenário do júri sem que se tenha dado conhecimento à parte adversária com antecedência mínima de três dias, e tê-la juntado aos autos, segundo art. 475, CPP.

É ilegítima a prova que demonstra o fato por outro meio que não seja o documental ou o pericial, no caso do art. 400, CPC; a prova testemunhal que demonstrar pagamento e remissão, nos termos do art. 403, CPC; e a que comprova contrato verbal com valor superior a dez salários-mínimos, como preceitua o art. 401, CPC.

Mas apontamos como o caso mais interessante o do art. 158 de Código de Processo Penal. Este dispositivo declara a ilegitimidade da prova que substitui a prova pericial nos crimes que deixam vestígios.

Por exemplo, numa ação penal que cumpre analisar um crime de lesão corporal. "A" agrediu "B", o que resultou na fratura do braço deste. Logo, segundo o art. 158, qualquer outra prova, ou provas combinadas, como radiografia do braço lesionado, depoimentos testemunhais, laudo médico atestando que o braço já foi fraturado, ou mesmo a confissão do réu, serão todas consideradas nulas, ou seja, ilegítimas. Desta feita, haverá absolvição do réu por falta de prova que demonstre a materialidade do delito. Ou seja, o juiz não poderá levar em consideração nenhuma outra prova, sob óbice de uma quase certa reforma de sua sentença na instância superior, por fundamentação em prova defesa, ilegítima.

### 3.2 Prova ilícita

Como foi visto anteriormente, a prova ilícita propriamente dita é uma espécie de prova ilegal. Terá a denominação de ilícita a que é viciada pela transgressão de uma norma material, diferentemente da ilegítima, que fere uma norma de natureza processual. O direito material em questão é todo e qualquer desta natureza: civil, comercial, administrativo, penal etc. Em termos penais, tanto caracteriza a prova ilícita as obtidas por meio de prática de crime como de contravenção. Segue esse mesmo padrão as que ofendem princípios constitucionais.

Quanto à questão da nomenclatura adotado no art. 5º, LVI, da Constituição, já explicamos que o termo, naquela ocasião, toma uma forma mais abrangente. Definimos o que é prova ilícita propriamente dita, contudo, em virtude da maneira exposta na Lei Maior, e por motivos didáticos, trataremos as provas proibidas em geral de ilícitas.

Mas voltando a prova ilícita propriamente dita, poderá ocorrer, por exemplo, com apreensão de objetos no domicílio do acusado ou suspeito de um crime sem devido mandado, caracterizando a violação de domicílio (art. 150 do CP); uma confissão obtida por meio de tortura, tipificado pela Lei 9.455/97; através do crime de interpretação de comunicação, prevista na Lei 9.296/96.

Também caracteriza a ilicitude da prova quando na obtenção é violado algum direito fundamental; como a demonstração fática que ofenda a imagem, a intimidade ou vida privada da outra parte. Estão previstos no art.5º, X, CF/88.

Tourinho Filho (1994, p. 211) se mostra um tanto radical quanto a essas provas, vejamos:

Cremos, contudo, deva o juiz, em face de uma prova ilícita ou ilegítima, expungir-la dos autos, em face da regra constante do art. 332 do CPC, aplicável por analogia: Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados deste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa.

Contudo é importante ressaltar que tanto os dispositivos legais como os princípios constitucionais não são absolutos. Reproduziremos um comentário de Capez, sobre o sigilo nas comunicações:

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XII, consagra a garantia da inviolabilidade do sigilo das comunicações: (a) por carta; (b) telegráfica; (c) de transmissão de dados; (d) telefônica. Somente no último caso, ou seja, na hipótese do sigilo das comunicações telefônicas, o Texto Constitucional admitiu a quebra. Nos termos, aparentemente, o sigilo foi estabelecido de modo absoluto. Só aparentemente.

O termo “aparentemente” utilizado por Capez é um dos pilares de nosso estudo, como veremos mais adiante, para aferir a admissibilidade dessas provas no processo. Quanto ao sigilo nas comunicações, será estudado adiante.

### 3.3 Prova ilícita por derivação

A prova poderá ser obtida de forma lícita, e ainda sim ser considerada ilícita. Isso ocorrerá quando ela for captada a partir de um fato ilícito. Serão chamadas, portanto, de provas ilícitas por derivação, e serão, igualmente às provas ilícitas, fulminadas o processo, ou excepcionalmente aceitas, como veremos a seguir.

A doutrina que explica essa modalidade de prova proibida é conhecida como teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), que entende que uma árvore viciada só gerará frutos, também, viciados, imprestáveis. Este entendimento é oriundo do direito norte-americano, onde teve sua exposição mais significativa na Suprema Corte daquele país. O Supremo Tribunal Federal é signatário deste posicionamento (CAPEZ, 2002, p. 260)

Transcrevemos o exemplo citado por Fernando Capez:

Um documento é apreendido em um domicílio, em diligência de busca e apreensão, sem prévia ordem judicial. A prova será considerada ilícita. Entretanto, a partir dessa prova ilícita, não utilizada no processo, chega-se a testemunhas e outros documentos regularmente produzidos (provas lícitas em si mesmas). Estas últimas não poderão ser aceitas, uma vez que contaminadas pelo vício de ilicitude em sua origem, o qual atinge todos os atos subsequentes. Serão ilícitas todas as provas que delas originem.

É importante ressaltarmos que não basta que a prova obtida de maneira ilícita apenas mencione como captar a prova lícita em si, mas que seja o único meio de se chegar a esta,

devendo haver um vínculo existencial. Assim, por exemplo, se a polícia detém outros meios de se chegar a determinada prova, mesmo havendo referência dela em uma prova ilícita, aquela será considerada puramente lícita, e não ilícita por derivação.

Mas, em consonância com a teoria dos frutos da árvore envenenada e do posicionamento do STF, o próprio Código de Processo Civil exclui a possibilidade de admissão da prova ilícita por derivação; segundo reza seu art. 248:

Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subsequentes, que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes.

Logo, declarada nula uma prova, por ter sido captada de forma ilícita, qualquer outra produzida em consequência dela suportará o mesmo vício. Mas se a prova se apresentar independente da anterior maculada, será aceita normalmente no processo.

#### 3.4 Princípio da proporcionalidade

Para solução desta problemática que envolve a admissão das provas proibidas, eis o princípio da *proporcionalidade*. A origem deste princípio está ligada às restrições do poder executivo no que toca as suas arbitrariedades em relação às liberdades individuais. Data do séc. XVIII, sendo introduzido no direito de polícia como princípio geral no séc. XIX. (CANOTILHO, 2001, p. 265). O autor o divide em princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também chamado de princípio da proibição de excesso; e princípio da proporcionalidade em sentido restrito, ou da justa medida.

Esse princípio foi adotado com bastante veemência no direito alemão do pós-guerra, com a máxima de que nenhuma garantia constitucional é absoluta. (CANOTILHO, 2001, p. 269). Condensamos as palavras do referido autor sobre a *proibição de excesso*:

Através de *standarts* jurisprudências como o da proporcionalidade, razoabilidade, proibição de excesso, é possível hoje recolocar a administração (e, de um modo geral, os poderes públicos) num plano menos sobranceiro e incontestado relativamente ao cidadão (...) Trata-se, afinal, de um controlo de natureza *equitativa* que, não pondo em causa os poderes constitucionais competentes para a prática de actos autoritativos e a certeza do direito, contribui para a integração do *momento de justiça* no palco da conflitualidade social.

No entanto, apesar da importância para a compreensão do instituto, ele se mostra muito abstrato nesta ideia. O que interessa para nosso estudo é o que o jurista preleciona como sub-princípio constitutivo do princípio da proporcionalidade, qual seja, a proporcionalidade em sentido restrito. Para o mesmo, o controle é sempre realizado averiguando-se os seguintes binômios: razoabilidade-coerência, razoabilidade-adequação, proporcionalidade-necessidade. Outrossim, seu arremate quanto a este princípio em sentido restrito é esclarecedor, por isso o transcrevemos:

Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trate-se, pois, de uma questão de *medida* ou *desmedida* para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim (CANOTILHO, 2001, p. 269).

Neste ponto, o que mais importa para nosso estudo é quanto à sua aplicação. A maioria dos doutrinadores só admite a interferência deste princípio em direito penal, como veremos adiante; mas Canotilho (2000, p. 262) já antecipa que essa aplicação é genérica; seu

campo de atuação é o da restrição dos direitos, liberdades e garantias por atos do poderes públicos. Assim, independentemente da natureza do litígio, ou seja, a lide poderá versar sobre direito penal, civil, trabalhista etc. Prosseguindo, ele dá como exemplo, a possibilidade de “fazer-se apelo a este princípio no campo da relação entre a *pena* e a *culpa* no direito criminal”, e “também é admissível o recurso ao princípio no âmbito dos *direitos a prestações*” (CANOTILHO, 2001, p. 270).

Mesmo com todos esses esclarecimentos acerca do princípio da proporcionalidade, trazemos o ensinamento de Marinoni à tona. Para este autor, quando há a necessidade de se confrontar o direito de personalidade e a tutela dos direitos que só podem ser demonstrados por provas ilícitas, utilizam-se dois princípios, um determinando a proporcionalidade, e outro, o balanceamento dos interesses em jogo, respectivamente *verhältnismässigkeitsprinzip* e *güterund interessenabwägung*.

A bem da verdade, Canotilho (2001, p. 1.254) apenas condensa a idéia num princípio maior, qual seja, o da proporcionalidade, dividindo-o em o do sentido amplo e do restrito. A nosso ver, falaram a mesma coisa, as denominações foram diversas, as idéias não.

Assim sendo, transcrevemos a fórmula de do citado jurista, que dá uma luz grande acerca da aplicação deste princípio. Além de tudo, faz ele um paralelo com o princípio da *igualdade*, e mostra a resolução do confronto aparente de princípios constitucionais; o que será de vital importância para a apreciação do nosso tema no desfecho deste estudo. Eis:

Nos tempos mais recentes tende-se a reforçar a metódica de controlo do princípio da igualdade através do princípio da proporcionalidade (em sentido amplo). Talvez seja mais correto dizer que se exige aqui um esquema de fundamentos e controlo conducentes; em termos gerais, aos mesmos resultados obtidos pela utilização do princípio da proibição do excesso em sede de restrição de direitos.

O controlo metódico da desigualdade de tratamento terá de testar: (1) a legitimidade do fim do tratamento desigualitário; (2) a adequação e necessidade desse tratamento para prossecução do fim; (3) a

proporcionalidade do tratamento desigual relativamente aos fins obtidos (ou a obter).

### 3.5 Sigilo nas comunicações

Sabemos que o sigilo nas comunicações é corolário do direito de privacidade resguardado na Constituição. Por isso faremos uma rápida análise acerca deste ponto, diante da perspectiva processual civil e da aferição das provas obtidas com a violação desses direitos. A amostragem se dará a partir do cansado bordão: “não há direito fundamental absoluto”.

À correspondência é resguardado o direito de sigilo pela Lei Maior. Assim, na esteira do art. 5º, XII, Constituição Federal, o sigilo da correspondência é inviolável, deixando, dessa maneira, revogada a disposição do art. 240, §1º, *f*, Código Processo Penal, que permitia a apreensão de cartas dirigidas ao acusado de determinado delito. Contudo, a análise deve ser minuciosa, pois há casos em que poderá ocorrer a interceptação dessa comunicação – quando ela for utilizada para práticas ilícitas. (apud CAPEZ, p. 256) Mais adiante veremos que também é possível essa interceptação numa lide privada.

A quebra do sigilo às comunicações telefônicas é regulada pela Lei 9.296/96. Esta lei determina os requisitos da quebra, quais sejam: autorização judicial; tenha como escopo processo criminal; indícios razoáveis de autoria ou participação em crime; crime punido com reclusão; não ser possível produzir a prova por outro meio. Dessa forma, está totalmente fora de cogitação o rompimento do sigilo telefônico em lides privadas. Pelo menos diante da Lei 9.296/96. Por isso, veremos no momento oportuno como se daria a admissão de uma prova obtida pa partir desse meio numa lide cível.

Contudo, é necessário analisarmos alguns conceitos quanto à comunicação telefônica. Usaremos a terminologia de Capez (2003, p. 257) para explicar esse assunto. *Interceptação* se traduz na conduta de um terceiro que absorve uma conversa. Divide-se em: *interceptação em sentido estrito*, quando o terceiro capta a conversa sem o conhecimento de nenhuma das partes; e *escuta telefônica*, caracterizada pela interceptação da conversa com aval de uma das partes.

*Gravação telefônica* é feita por um dos interlocutores, e significa prova legal, uma vez que é modalidade que se encontra fora da esfera de defesa da garantia constitucional do sigilo nas comunicações. Porém, continuará protegido o direito à intimidade. Destarte, poderá ser utilizado no processo civil. Há ainda a modalidade *interceptação ambiental*, onde os conceitos são correlacionados aos da *interceptação telefônica* (escuta telefônica/escuta ambiental, gravação telefônica/gravação ambiental). Neste caso, pois, interlocutores e terceiros se encontram no mesmo local. Neste diapasão, mesmo com toda essa proteção constitucional e legal, uma vez que a lei não faz concessões à lide privada, as provas produzidas neste contexto, apesar de ilícitas, poderão ser convalidadas; e expurgados os seus vícios, serão aceitas no processo.

Este desenvolvimento será apreciado no próximo capítulo. Antes disso, porém, é interessante levantarmos a questão da descontaminação do processo.

### 3.6 Teoria da descontaminação do julgado

Questão interessante para o nosso estudo é a referente à teoria da descontaminação do julgado. Primeiro entendamos o problema. O que seria contaminação do julgado? Imaginemos que em segundo grau de jurisdição seja reconhecida a utilização de uma prova ilícita. Esta

prova é que contamina o julgado da primeira instância. Mas o que gera a dúvida é se depois de reconhecida a ilicitude de uma prova pelo juízo *ad quem*, o processo é julgado por ele ou é remetido ao juízo *a quo* para novo julgamento descartando prova viciada.

Segundo a art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, o juízo de segundo grau poderia julgar de plano a lide, se fosse caso de extinção do processo sem julgamento de mérito, e se se tratasse de questão unicamente de direito. Entendemos não ser o caso.

Pois bem, acreditamos ser a providência correta a ser tomada a baixa dos autos ao órgão prolator da decisão de mérito, para que este seja reavaliado. Evidentemente o juízo seria o mesmo, mas diferente a pessoa física do juiz.

A explicação para este entendimento é que estaria sendo ferido o princípio do *contraditório*, pois a parte que produziu a prova considerada ilícita pelo juízo *ad quem* não teria oportunidade de produzir outra em seu lugar naquele órgão julgador.

Esta, também, é a exegese de Marinoni (2003, p. 324) a qual reproduzo:

... se a prova foi considerada ilícita somente no tribunal, certamente ela não foi obstaculizada em primeiro grau, e assim não se conferiu a parte que a produziu, a possibilidade de outra produzir em seu lugar. De modo que é preciso remeter os auto ao juízo de primeiro grau para que seja ultimada a instrução e realizado o julgamento.

Destarte, a parte que teve reconhecida como imprestável prova por si produzida, não sofrerá prejuízos quanto ao direito de provar, pois lhe será dada nova oportunidade para instruir o processo. Contudo, é necessário explicar que o caso em comento é o da prova que passou despercebida na primeira instância, sendo fulminada do processo na segunda; e não a prova onde foi admitida litigiosamente, após despacho saneador determinando a presteza da prova; a não ser que junto com a apelação tenha subido agravo versando justamente da referido decisão.

## CAPÍTULO 4 REALIDADE PROBATÓRIA NO PROCESSO CIVIL

### 4.1 As vedações constitucional e legal.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu texto expressamente a vedação do uso de provas obtidas por meio ilícito no inciso LVI do seu artigo 5º. Mais que isso, traz a mesma vedação implicitamente em outros incisos do mesmo dispositivo, quais sejam, os nº LIV e LV, que se referem ao devido processo legal e a ampla defesa.

O princípio do devido processo legal tem sua origem na *Magna Charta Libertatum* de 1215. A doutrina cita como exemplo de manifestação deste princípio “a impossibilidade de utilizar-se em juízo prova obtida por meio ilícito.” Para Celso Ribeiro (2000, p. 226) o *due process law* se concretiza para a parte a partir do momento em que ela tenha acesso ao Judiciário e possa se defender amplamente.

O princípio da ampla defesa assegura ao réu, condições de trazer ao bojo do processo todos os elementos necessários à demonstração da verdade. Por contraditório entende-se a própria manifestação da ampla defesa; a parte terá direito de opor-se a qualquer ato do adversário.

Assim, o constituinte conseguiu solidificar esta vedação, colocando-a no artigo 5º da lei maior, como cláusula pétrea (modificável apenas por uma nova ordem constitucional).

Depreende-se da Constituição o entendimento que a parte pode defender-se em juízo amplamente, ou seja, com todo e qualquer meio probatório, exceto aqueles definidos como ilegais. Não obstante, estes preceitos, historicamente ligados ao direito penal, hoje abrangem todo processo onde alguém é imputado de algum fato.

O CPC faz esta vedação em seu art. 332. Dizemos que esta vedação é feita a partir de um conceito negativo, ou seja, a lei especifica os meios lícitos, o que não se enquadrar em

seus preceitos será vedado. Vejamos o texto legal: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificado neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos sem que se funda a ação e a defesa.”.

Reproduziremos o comentário de Ada Pellegrine Grinover apud Antonio Cláudio da Costa Machado (2004, p. 462) sobre este dispositivo:

... Meios legais são os disciplinados especificamente pelo CPC. Moralmente legais são, v.g., a prova emprestada, o reconhecimento de pessoas e a reconstituição de fatos sem o rigor técnico da inspeção judicial; moralmente ilegítimos são aqueles cuja obtenção violou a lei material ou a garantia constitucional

Com toda essa proteção ao devido processo legal, a lei deixou muito severas as regras pertinentes a fase probatória do processo. Os aludidos dispositivos da Constituição são de uma austeridade quase inabalável. Em casos de excepcional gravidade, caso seja seguido à risca os preceitos de vedação, poderemos nos deparar com a injustiça escancarada e termos forçosamente que “lavar as mãos”. Foi, então, que surgiu para nos salvar desse mal a doutrina da *teoria da proporcionalidade*, que levando em consideração não ser absoluta nenhuma liberdade pública, pode, em casos delicados, serem utilizadas tais provas com a finalidade da busca da verdade real.

#### 4.2 Princípio da verdade real

Há algum tempo se ensinava em Teoria Geral do Processo, em sede de princípios informativos, que no processo penal vigorava o princípio da *verdade real*, enquanto no processo civil vigorava o da *verdade ficta*. Doutrina já ultrapassada; o moderno entendimento

é que ambos os ramos do direito buscam a *verdade real*. Há diferenças quanto ao modo de aferição, é claro. Ainda mais por no âmbito civil as lides, em regra, versarem sobre direitos disponíveis. Destarte, há apenas uma aplicação diferenciada, não totalmente dispar.

Acontece que o código de processo civil admite a presunção de veracidade em alguns casos (art. 319), onde os fatos não precisam ser objetos de prova, então a sentença poderá ser fundamentada com base na verdade formal. Contudo, a lei dá oportunidade a parte interessada de produzir prova contrária à presunção; dessa maneira evidencia seu comprometimento com a verdade real.

Humberto Teodoro Junior (2002, p. 26) esclarece de forma brilhante esta questão: “somente depois de as partes não usar os meios processuais a seu alcance é que o juiz empregará mecanismos relativos ao ônus da prova e a *ficta confessio*”. É, destarte, a própria parte, e não o juiz, que conduz o processo a um julgamento afastado da verdade real.

Assim, entendemos estar equivocado Fernando Capez (2002, p. 27), que afirma ser o princípio da verdade real próprio do processo penal. Vejamos suas palavras: “este princípio é próprio do processo penal, já que no cível o juiz deve conformar-se com a verdade trazida aos autos pelas partes, embora não seja um mero espectador inerte da produção de provas.”.

Como o próprio doutrinador afirmou o juiz não está inerte em relação à produção de provas, podendo ordená-las de ofício (art. 130). Este dispositivo consolida a busca da verdade real no processo civil. É uma questão de se fazer justiça, como diz Marinoni (2003, p. 60):

No que diz respeito a participação do juiz na busca da *verdade*, é mais do que evidente que um processo que pretenda está de acordo com o princípio da igualdade não pode permitir que a verdade seja constituída indevidamente pela parte mais astuta ou com advogado mais capaz.

E completa:

É óbvio que o princípio da imparcialidade não é obstáculo para que o juiz possa determinar prova de ofício. Ao contrário, será parcial o juiz que.

sabendo da necessidade de uma prova, julga como se o fato que deveria ser por ela demonstrado não tivesse sido provado.

Assim como no processo civil, o penal também traz exceções a busca da verdade real, quando, p. ex., limita o depoimento de pessoas que devam guardar segredos em razão de sua função, ofício ou profissão (art. 207, CPP); ou quando impossibilita a juntada de documentos na fase definida pelo art. 406 do CPP.

Ambos os referidos ramos do direito prezam pelo princípio da verdade real, assim como ambos comportam exceções a este princípio; de formas diferentes, cada um atento a suas peculiaridades. Contudo, veremos que essas pequenas diferenças não são o bastante para se usar critérios opostos quando da aferição de admissão das provas.

#### 4.3 Prova ilícita e administração pública

Sabemos que o porquê da inadmissibilidade da prova ilícita gira em torno do seu confronto com os princípios constitucionais que dão sustentáculo aos direitos fundamentais. Também sabemos que devem co-existir em harmonia esses princípios. Diante desta problemática vejamos o que se passa com as provas ilícitas frente aos princípios da moralidade e da publicidade no Direito Administrativo.

Antes de tudo, deixemos que o saudoso Hely Lopes Meirelles (2000, p. 83 e 87) fale por nós acerca destes princípios:

A moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da administração pública (...) moral administrativa é imposta ao agente público para uma conduta interna, segundo as exigências da instituição, a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.

(...)

publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos (...) como princípio de Administração Pública, abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos, como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes.

Na verdade o administrador público tem que se ater a todos os princípios da administração, principalmente: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Contudo, esses dois princípios por nós explicitados condensam a idéia transmitida pelos demais, gerando a figura do bom administrador.

Da *moralidade* se retira a honestidade, o bom serviço, enquanto da *publicidade* advém a transparência, o conhecimento dos atos à sociedade.

Não é necessário se falar em princípio da proporcionalidade neste assunto. Diferentemente do direito privado, são intrínsecos a Administração Pública o ato ético e transparente, pelo menos em tese. Destarte, há uma proibição implícita ao agente público de tratar de assuntos referentes a sua função utilizando-se do *sigilo* como direito individual. Trataria-se de uma extrema incoerência se no caso estes agentes se beneficiassem de liberdades públicas, como a inviolabilidade de comunicação, para ilícitos na condução dos negócios públicos.

Não configuraria uma prova ilícita a gravação clandestina a conversa de um servidor público que trama com outros elementos ilícitos contra a administração, pois quando ele agir em função do Estado todos os seus atos devem ser públicos. E mesmo que não se tratassem de ilícitos, não configuraria invasão à esfera de privacidade do agente, que em primeiro lugar, deve obedecer aos princípios da publicidade e da moralidade.

É o bastante como conclusão as palavras de Alexandre de Moraes(2004, p. 133)

Portanto, as condutas dos agentes públicos devem pautar-se pela transparência e publicidade, não podendo a invocação de inviolabilidades

constitucionais constituir instrumento de salvaguarda, que permitam a utilização de seus cargos, funções ou empregos públicos como verdadeira cláusula de irresponsabilidade por seus atos ilícitos.

Notemos que a visão de prova ilícita em sede de administração pública, toma uma conotação plenamente diferenciada da que aferimos no processo penal ou civil. Aqui, temos como regra a admissão dessas provas, para que se proteja o Estado, diante dos princípios da publicidade e da moralidade. Ao passo que dos outros dois ramos citados, reclama-se a garantia de direitos individuais, quando não muito, defende-se interesses diretos da coletividade - caso do princípio da proporcionalidade *pro societate* em Direito Processual Penal.

#### 4.4 Prova ilícita e processo penal

O direito processual penal goza de tratamento diferenciado quando o assunto é a prova ilícita. Embora as regras constitucionais sejam superiores a todas as outras leis, entende a jurisprudência e a doutrina dominante que certas regras não valem para o processo penal, sob a tutela de se ferir princípios do Direito Natural, como o direito a liberdade”.

Vejamos o problema. A jurisprudência pátria é terminantemente contra o uso de provas ilícitas nas lides cíveis, ao passo que, excepcionalmente, aceita-as nas penais. O que mais se argüi como justificativa é que o direito penal é ramo do direito público, enquanto que o cível é de direito privado (veremos adiante).

Alexandre de Moraes (2004, p. 128) afirma que nossa jurisprudência admite o princípio da proporcionalidade somente em favor do réu, na defesa do, também constitucional, princípio do *estado de inocência*, confirmamos: “Na jurisprudência pátria,

somente se aplica o princípio da proporcionalidade *pro reo*, entendendo-se que a ilicitude é eliminada por causas excludentes de ilicitude, em prol do princípio da inocência.

A bem da verdade, este é o posicionamento dos nossos tribunais, que não deve ser encarado como verdade absoluta. Como vimos no capítulo anterior, o princípio da proporcionalidade, em síntese, consiste em sopesar direitos contrapostos, analisando a forma mais justa para se dar o fim da prestação jurisdicional; não há qualquer referência à ramos do Direito. No entanto, o doutrinador corrobora o pensamento dos pretórios, lê-se:

Desta forma, repita-se que a regra deve ser a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que só excepcionalmente deverão ser admitidas em juízo, em respeito às liberdades públicas e ao princípio da dignidade humana na colheita de provas e na própria persecução penal do Estado (MORAIS, 2004, p. 128).

Duas são as modalidades conhecidas do princípio da proporcionalidade em processo penal: *pro reo* e *pro societate*.

Como vimos, a modalidade *pro reo* é praticamente unânime, tanto na doutrina como na jurisprudência. Nesta, se analisa a admissão da prova ilícita quando o réu a possui como único meio de demonstrar sua inocência. Sopesa-se um direito individual com o de liberdade, que depois da vida, é o bem maior. É claro que a balança penderá para o lado do segundo bem jurídico acima referido. Não há como se conceber um inocente condenado quando de alguma forma poderia provar o contrário. Mas não sejamos levianos em combater o absolutismo de uma norma impondo uma idéia absoluta. A prova ilícita, antes de tudo, deverá ser analisada como coisa-em-si, não como fenômeno. Estamos querendo dizer que, além da contraposição de direitos, a prova depende de si para ser admitida; pois não há bem jurídico que tenha valor maior que as condições mínimas de dignidade humana, a não ser a própria vida. Assim, entendemos que há que ser expurgado de qualquer pretensão de admissão a prova obtida, por

exemplo, sob tortura; visto que fere algo superior a Constituição, o direito natural. (CAPEZ, 2003, p.. 262).

Na modalidade *pro societate* há certa mitigação. O posicionamento de Alexandre de Moraes, por exemplo, é o de não aceitar esta modalidade; em sentido contrário entende Fernando Capez. Na verdade, trata-se de algo mais profundo que a modalidade anterior. Aqui estão em jogo interesses da coletividade contrapostos à interesses individuais, ambos protegidos constitucionalmente. O referido autor consegue condensar o pensamento de forma clara, o qual transcrevemos:

Quando o conflito se estabelecer entre a garantia, com sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens protegidos por nossa Constituição, o juiz, utilizando o alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos. (CAPEZ, 2003, p. 263).

Concordamos por ser de justiça. Seria o caso dos criminosos que planejam seus ilícitos e os remete por correspondência, seguros que não serão interceptadas, por ser um direito seu a inviolabilidade da epistolar; ou mesmo que interceptada, será considerada imprestável e não aceita na instrução processual. Desta forma, usaria um bem jurídico menor para lesar outros bens maiores. Não seria justo que a sociedade sucumbisse diante de um indivíduo. Outrossim, a norma jamais teria como um dos seus escopos acobertar atividades criminosas.

#### 4.5 Prova ilícita e processo civil

Diferentemente do direito penal, onde estão em jogo interesses coletivos, o direito civil representa uma exceção da intervenção Estatal para composição de uma lide, que só

ocorre quando as partes não conseguirem solucionar seus conflitos sozinhos. A grande celeuma em torno desse assunto é o uso da teoria da proporcionalidade no direito privado. A moderna doutrina processual aponta para uma unificação da Teoria Geral do Processo; daí o interesse em estudar comparativamente a aplicações dos institutos utilizados nos diferentes ramos do direito processual.

Presenciamos nos dias atuais uma publicização do direito privado, ou seja, uma presença mais efetiva do Estado nas relações entre particulares. A grande amostra desta tendência é o CDC, onde o Estado determina regras que possam as eventuais lides mais equilibrada, intervindo diretamente no conflito de interesses.

Some-se a isso o fato da doutrina já ter superado o princípio da verdade *ficta*, antes corolário do direito processual civil, que hoje dá a vez ao princípio da verdade real. É claro que as discussões filosóficas em torno da busca da verdade são incessantes, chegando a conclusão de ela ser inalcançável. Contudo, valeriam esses preceitos a todos os ramos do direito processual, não somente ao processo civil. Aliás, uma das razões da teoria da proporcionalidade no direito processual penal é o fato desse ramo valer-se do princípio da verdade *real*. Ora, esse é a busca de todo e qualquer ramo do direito processual.

No processo penal a *proporcionalidade* é aferida entre a sociedade e o indivíduo, sopesando-se interesses de ambos. A balança imaginária quase sempre penderá para a sociedade, o que na maioria dos casos seria o mais justo; mas isso não é regra, visto que em direito nada é absoluto. Essa é a deixa para o dilema do processo civil. Se em direito nada é absoluto, não seria impraticável o uso das provas ilícitas neste ramo do direito processual. Os processos penal e civil não mais guardam grandes distorções, como vimos. No primeiro já está pacificado o uso da teoria da *proporcionalidade*, ao passo que o segundo ainda caminha para isso.

Há diferenças inegáveis entre esses dois ramos, mas os princípios formadores revelam uma teoria geral comum. Nesse sentido, entendemos a possibilidade da admissão de uma prova ilícita no processo civil. No caso de direitos contrapostos, o balanceamento deve realizar-se entre o direito que se faria valer através da prova ilícita e o direito de personalidade por ela sobrepujada, não com o direito de provar em si. O fato definidor deste problema seria a não possibilidade de demonstrar os fatos por outro meio senão por uma prova ilícita.

Assim também é o entendimento de Marinoni (2003, p. 321), vejamos:

A prova ilícita somente pode ser admitida quando é a única capaz de evidenciar fato absolutamente necessário para a tutela de um direito que, no caso concreto, merece ser realizado ainda que diante do direito de personalidade atingido.

O magistrado ao utilizar-se desse pensamento, aceitando como justo este tipo de prova, não formaria um conceito abstrato acerca dos bens jurídicos em conflitos, mas toa-somente aferiria cada caso isoladamente, visto a diversidade das manifestações humanas. Ainda mais porque o princípio da *proporcionalidade* velar pela ponderação dos direitos contrapostos, a partir do quê eles representa para a situação em questão.

#### 4.5.1 Admissão indireta da prova ilícita no processo civil

Podemos concluir que a maioria dos doutrinadores que, em via de exceção, são favoráveis à prova ilícita, o é em sede de processo penal. No processo civil, por se tratar de composição de litígios provados, o vício da prova ilícita será sempre superior ao interesse que ela pretende tutelar, tornando-se inconvulvável (BARROSO, 2000, p. 156) - desta forma se posiciona a maioria dos doutrinadores do grupo referido.

Pois bem, partiremos da admissão da prova ilícita em processo penal para, então, consubstanciar sua admissão indireta no processo civil. Mas como? Com os efeitos da coisa julgada na lide persecutória.

Vejamos: em determinado processo é admitida prova ilícita frente ao princípio da proporcionalidade, na modalidade *pro reo*, onde a defesa alega excludente de ilicitude. A sentença que absorve o réu é fundamentada nesta prova. Passado os prazos recursais *in albis*, teremos a coisa julgada material.

O código de processo penal estabelece em seu artigo 65 que: “faz coisa julgada no cível a sentença que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito”.

Portanto, não há mais que se discutir no juízo cível se restou configurado ou não a excludente de ilicitude. A sentença penal é idônea para atestar o fato acontecido e suas circunstâncias.

Supomos, então, que o réu foi absolvido por legítima defesa. Somemos a conduto do agente um caso de *aberratio ictus*, *v.g.*, “A” defendendo-se de um ataque de “B”, acaba por atingir “C”. No juízo cível, a vítima poderia reclamar indenização em razão da conduta do agente, o que não carece de instrução cognitiva (artigo 934, CC). Contudo, está resguardado o direito de ação regressiva do agente em face de quem deu causa ao evento danoso (artigo 930, CC).

Desta forma, a prova ilícita foi admitida em função do bem jurídico *liberdade*, onde restou sentença absolutória do réu fundada nela, assim, também serviu de forma indireta no processo civil; teve interferência direta no direito privado. Haja vista o juízo cível aplicar aquilo que foi questionado e decidido no juízo penal com supedâneo numa prova proibida. Destarte, é a própria lei que reconhece a excepcionalidade do uso dessas provas em lides particulares.

#### 4.6 Posicionamento dos Tribunais

A teoria, apesar de sua vital importância para o conhecimento, não é o bastante para uma noção completa do problema suscitado, qual seja a admissão de prova proibida no processo civil. Procuramos, então, conhecer a prática estabelecida nos nossos tribunais superiores. Consultados os bancos de dados de jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, nenhum acórdão acerca de provas ilícitas nas lides privadas.

Em virtude da carência de nossos tribunais superiores, analisaremos, *a priori*, uma decisão do STF alemão, que é de uma importância grandiosa para o estudo em questão. Vejamos a explanação de Marinoni (2000, p. 262) sobre esta decisão:

Em 1970, por exemplo, o *Bundesgerichtshof*, apreciando uma ação de divórcio, afirmou que o interesse em provar determinados fatos em juízo não pode justificar a indevida invasão da esfera pessoal do indivíduo. Esse julgamento, entretanto, não contou com a adesão de boa parte da doutrina, e alguns chegaram a registrar que o Superior Tribunal Federal alemão incorreu em erro na individuação dos valores balanceados. No caso específico, não se tratava, de fato, de contrapor o direito de personalidade de uma das partes ao interesse objetivo à descoberta da verdade, ou ao interesse subjetivo à obtenção de um meio de prova, mas sim de balancear o direito de um dos cônjuges com o direito do outro, pois se o primeiro pretendia justamente ser tutelado contra invasão indevida na sua esfera de intimidade, o segundo tinha um direito igualmente respeitável à dissolução do vínculo matrimonial.

Notamos que a aplicação do princípio da *proporcionalidade* se faz diretamente sopesando o direito das partes no caso *sub judice*, e não contrapondo o bem jurídico de uma das partes com o direito de produção de provas da outra.

Mas nossa jurisprudência não é de toda vazia a esse respeito – os principais tribunais de justiça do país se comportam de maneira semelhante aos tribunais superiores. Mantendo

sua característica vanguardista, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul há algum tempo já vem se pronunciando acerca das provas ilícitas no processo civil, de forma coerente e segundo o pensamento moderno da doutrina alemã da teoria da *proporcionalidade*. Confirmamos seguintes nas colações:

SEPARAÇÃO JUDICIAL. PROVA. GRAVAÇÃO DE CONVERSA ENTRE MARIDO E MULHER. JUNTADA. PROVA DE DEFRAUDAÇÃO DO PATRIMÔNIO COMUM. DECISÃO QUE DETERMINA O DESENTRANHAMENTO DA DEGRAVAÇÃO. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PONDERAÇÃO DO DIREITO À PROVA. LIMITAÇÃO QUE CEDE À PROVA RELEVANTE. INTERESSES DA BUSCA DA VERDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA QUE SACRIFICAM, NO CASO CONCRETO, A TUTELA DA INTIMIDADE. RESTRIÇÃO CONSTITUCIONAL SUPERADA PELA ORIGINALIDADE DA PROVA PARA A DESCOBERTA DA VERDADE. É razoável a utilização de gravação de conversa entre marido e mulher, mesmo que um dos interlocutores desconheça a impressão sônica feita pelo outro, quando esta for pertinente à demanda e não restar comprovada a ilegalidade. A preservação da garantia constitucional da privacidade, por não ser absoluta, não pode servir para cometimento de injustiça, nem obstáculo invencível que venha a favorecer quem violou o direito material que alicerça a pretensão contraposta, cabendo ao juiz "dar" valor ao conteúdo da prova, independente do meio com que foi obtida, ainda que com superação de certos direitos consignados na Lei Magna ou na legislação ordinária. No âmbito do Direito de Família a prova tem singularidades que impõem um tratamento específico diversamente dos outros campos jurídicos, e que decorrem da natureza da relação conjugal, onde as violações do dever são clandestinas, embaraçando a sua visibilidade e constatação. O direito à intimidade, como qualquer outro, não pode sobrepor-se de maneira absoluta a outros dignos da tutela judiciária, podendo submeter-se ao direito à prova, também constitucionalmente assegurado, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, aqui se ponderando favoravelmente os interesses ligados à reta administração da justiça e sacrificando-se a privacidade. O direito à prova é o direito da parte em utilizar todas as provas de que dispõe para demonstrar a veracidade dos fatos em que se funda a pretensão e que seria inútil se não se vinculasse ao direito de aquisição da prova, desde que admissíveis e relevantes. Assim, o objeto do direito à prova é o direito da parte à prova relevante, que cede aos direitos fundamentais, desde que ela não detenha outra forma de comprovação. Desta forma, prevalecem os interesses da verdade e da segurança jurídica, restando à coletividade assegurar-se contra a obtenção ilícita com o manejo da responsabilidade civil ou penal para o autor que malferiu a moral. É razoável a produção de prova oriunda de gravação de conversa entre marido e mulher, em que se utilizaram meios comuns, mesmo que um deles desconheça a existência da impressão sônica, uma vez que não há quebra da privacidade. Agravo provido, para autorizar a produção do clichê sônico. (SEGREDO DE JUSTICA) (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70005967740, SÉTIMA

CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, JULGADO EM 28/05/2003).

Nesse julgado, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se posicionou de maneira parecida ao STF alemão no citado julgamento de 1970. Empregando a mesma idéia, o acórdão conseguiu dá uma nova guinada no direito brasileiro, mostrando uma nova tendência da jurisprudência pátria. Vejamos outra decisão, estas em sede de interceptação telefônica:

PROVA ILÍCITA. INTERCEPTAÇÃO, ESCUTA E GRAVAÇÃO, TELEFÔNICAS E AMBIENTAIS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ENCOBRIMENTO DA PRÓPRIA TORPEZA. COMPRA E VENDA COM DAÇÃO EM PAGAMENTO. VERDADE PROCESSUALIZADA. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. 1 - Prova ilícita é a que viola normas de direito material ou os direitos fundamentais, verificável no momento de sua obtenção. Prova ilegítima é a que viola as normas instrumentais, verificável no momento de sua processualização. Enquanto a ilegalidade advinda da ilegitimidade produz a nulidade do ato e a ineficácia da decisão, a ilicitude comporta um importante dissídio acerca de sua admissibilidade ou não, o que vai desde a sua inadmissibilidade, passando da admissibilidade à utilização do princípio da proporcionalidade. 2 - O princípio da proporcionalidade, que se extrai dos artigos 1º e 5º da Constituição Federal, se aplica quando duas garantias se contrapõem. A Lei 9.296/96 veda, sem autorização judicial, a interceptação e a escuta telefônica, mas não a gravação, ou seja, quando um dos interlocutores grava a própria conversa. A aplicação há de ser uniforme ao processo civil, em face da comunicação entre os dois ramos processuais, mormente dos efeitos de uma sentença penal condenatória no juízo cível e da prova emprestada. 3 - A garantia da intimidade, de forte conteúdo ético, não se destina à proteção da torpeza, da ilicitude, mesmo que se trate de um ilícito civil. Na medida em que o requerido, deliberadamente, confessa ao autor o negócio realizado, mas diz que este não conseguiria prová-lo, pretende acobertar-se sob o manto da torpeza, com a inadmissibilidade da gravação. A conduta do autor manteve-se dentro dos estritos limites da justa causa, da necessidade de reaver seu crédito, sem interferência ou divulgação para terceiros. 4 - A prova testemunhal, ainda que indiciária, robor a existência do negócio jurídico havido entre as partes. 5 - APELO DESPROVIDO. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70004590683, SEGUNDA CÂMARA ESPECIAL CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: NEREU JOSÉ GIACOMOLLI, JULGADO EM 09/12/2002).

A partir desses julgamentos podemos ter uma noção do novo pensamento sobre a admissão das provas ilícitas no Brasil, como adequar o princípio da *proporcionalidade* às lides cíveis, e analisar o caso concreto, sob pena de estar cometendo injustiças por extrema ignorância, senão puro capricho.

Nos dias atuais não é mais concebível que nada façam os órgãos jurisdicionais diante dessas iniquidades, com o subterfúgio de garantir a ordem pública resguardando os direitos constitucionais do cidadão. Jamais se poderia admitir que democrática Constituição de 1988 desse qualquer brecha para injustiça. As garantias constitucionais são meias de defesa do cidadão contra os outrora praticados atos ditatoriais, de forma alguma será um incentivo para a ruína da justiça.

Nesse entendimento, a proibição do uso de provas ilícitas contidas no artigo 5º da Constituição de 1988 é para ser respeitada, isso não contrariamos, contudo seja ele usado para seus devidos fins, promover a justiça, fazer da composição do litígio uma maneira justa para a consecução da paz social, e, sobretudo, exaltar a dignidade humana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de uma pesquisa bibliográfica, consultando legislações, jurisprudências e doutrinas, abordamos o problema da prova proibida quanto a sua possível admissão no processo devidamente constituído. Vimos que às vezes as provas ilícitas, ilegítimas e imorais, as chamadas provas vedadas em lei, em alguns casos podem figurar no processo como se idôneas fossem, aliás, essas provas quando chegam a figurar no processo, é porque foram convalidadas, portanto são idôneas, ou melhor, idôneas se tornaram.

Somente analisando o caso concreto é que se pode realmente aferir, porventura, a admissão de uma prova desse calibre. Vemos que às vezes é essencial para a prática da Justiça esta admissão, que é realizada através do princípio da proporcionalidade; este, por sua vez, consiste em balancear dois bens jurídicos, para então decidir sobre a referida admissão.

Vimos que o que se põe na balança não é o direito de prova em si de uma das partes contra o direito da outra, mas tão-somente o direito a que se pretende satisfazer e que só pode ser provado por um meio ilícito. Muito mitigado é o uso deste princípio na esfera civil. Na doutrina nacional encontramos o mestre Marinoni como defensor desta utilização. Para este autor, é perfeitamente cabível a prática do princípio da proporcionalidade no direito privado.

A jurisprudência pátria se mostra ainda imatura a este respeito. Nossos Tribunais Superiores sequer já se pronunciaram a este respeito. A maioria dos nossos Tribunais de Justiça são contra esta utilização, admitindo-a somente em sede de direito penal. Contudo, o nosso glorioso tribunal de vanguarda, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, vem proferindo decisões neste sentido (possibilidade de admissão), fazendo valer a Justiça, da mesma forma que em seu manifesto (admissão das provas ilícitas em lides privadas) no STF alemão.

Então, notamos que o binômio necessidade-adequação, sob égide do princípio da proporcionalidade, é capaz de sustentar a convalidação de uma prova proibida para que ela seja devidamente utilizada no processo. Levando, ainda, em consideração mais um requisito: que o direito a que se pretende satisfazer não possa ser demonstrado por outro meio, senão por uma prova defesa em lei, a prova proibida tem a possibilidade de ser admitida no direito civil. Utilizando-se desse entendimento, e analisando o caso concreto sob o método racional, caberá ao juiz proclamar a Justiça.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BARROSO, Carlos E. F. de Mattos. *Processo civil: teoria geral do processo de conhecimento*. – São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. – São Paulo: Saraiva, 2000.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. - Campinas: Bookseller, 1999.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. - São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. - São Paulo: Saraiva, 2000.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Barueri: Manole, 2004.

<http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp> Acesso dia 23/11/04.

<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp> Acesso dia 23/11/04.

[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud/rpesq.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/rpesq.php) Acesso dia 23/11/04

<http://www.tj.ce.gov.br/sproc/paginas/Acordao.htm> Acesso dia 23/11/04

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de direito processual civil*. – São Paulo: Malheiros, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. - Campinas: Millennium, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. – São Paulo: Malheiros, 2001.

MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. - São Paulo: Atlas, 2004.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. *Processo penal: parte geral*. - São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. - São Paulo: Saraiva, 1999.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. – Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. – São Paulo: Saraiva, 1994.