

UNAERP – Campus Guarujá  
Curso de Direito

**PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO PROCESSUAL E A  
TEORIA DA PROPORCIONALIDADE**

Antonio Maria Claret de Oliveira

Guarujá  
2007

Antonio Maria Claret de Oliveira

**PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO PROCESSUAL E A  
TEORIA DA PROPORCIONALIDADE**

Dissertação apresentação ao curso de Direito da  
Universidade de Ribeirão Preto – Campus Guarujá  
para obtenção do Título de Bacharelado em Direito

Orientador: Dr. Daniel Carnio Costa, Mestre em Direito Processual Civil

Guarujá  
2007

Antonio Maria Claret de Oliveira

Dissertação apresentação ao curso de Direito da  
Universidade de Ribeirão Preto – Campus Guarujá  
para obtenção do Título de Bacharelado em Direito

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

Guarujá  
2007

*A Deus a quem cabe decidir afinal, sobre os atos desse servo.*

*A meus pais, pelo carinho, amor e educação, decisivos na minha formação.*

*Julieta, companheira de todas as horas, razão maior de meus desafios.*

*Damon, Renato, sempre nosso carinho, incentivo e proteção.*

*Meu orientador, Dr Daniel Carnio Costa, protagonista das luzes que resultaram nesse ensaio acadêmico.*

*“As liberdades públicas não podem ser utilizadas como verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito”.*

*Alexandre Moraes*

## Sumário

1 - INTRODUÇÃO.....	06
2 – O QUE É A PROVA?.....	08
3- CONSIDERAÇÕES GERAIS DESDE A ORIGEM DAS PROVAS ATÉ NOSSOS DIAS.....	09
4 - O DIREITO À PROVA.....	20
5 - LIMITAÇÕES AO DIREITO DE PROVAR.....	20
6- PROVA ILÍCITA E PROVA ILEGÍTIMA.....	21
7- PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO.....	23
7.1 A TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS.....	23
8- ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA.....	25
8.1 CORRENTE DOUTRINÁRIA PROIBITIVA.....	26
8.2 CORRENTE DOUTRINÁRIA PERMISSIVA.....	27
8.3 CORRENTE INTERMEDIÁRIA.....	27
8.4 O ATUAL POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	28
9 - DA PROVA EMPRESTADA.....	28
10 - TEORIA DA PROPORCIONALIDADE.....	29
10.1 CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE.....	33
10.2 ÂMBITO DE APLICAÇÃO NO PROCESSO CIVIL.....	34
11 - DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO.....	38
12 - QUESTÕES PONTUAIS: INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E GRAVAÇÕES CLANDESTINAS.....	40
13 - VALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO PROCESSO CIVIL.....	41
14 - VALIDADE DAS GRAVAÇÕES CLANDESTINAS NO PROCESSO CIVIL.....	44
15- DIVERGÊNCIAS DA JURISPRUDÊNCIA E DOUTRINA PÁTRIAS DIANTE DA CF/88.....	48
16- CONCLUSÃO.....	54

## 1- INTRODUÇÃO

As provas no processo desempenham papel importantíssimo, qual seja o de apurar fatos no processo e no universo social, visto que o julgamento fundado em provas não constitui trabalho isolado do juiz, mas, ao contrario, é imerso no ambiente social em que se desenvolve, estando assim, fortemente impregnado por fatores sociais, político, culturais e religiosos. Daí, não é possível desconsiderar nos procedimentos probatórios seu caráter social, vez que sua finalidade não esta limitada à formação do convencimento do juiz, mas visa preponderantemente, a obtenção do consenso do grupo social em nome do qual será pronunciado o **decisum**.

A prova é sem dúvida, um dos temas mais importantes do direito processual, considerando que as lides levadas ao Judiciário demandam, no mais das vezes, a verificação da existência de determinados fatos controvertidos.

O Juiz julgará a lide nos termos do pedido e à luz da prova produzida pelas partes.

O sucesso de uma pretensão ou defesa dependera, em muitas situações, da atividade probatória da parte. Provados os fatos constitutivos do seu direito, o autor verá sua

pretensão acolhida pelo Judiciário. Por outro lado, provados os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos desse direito, o réu verá sua resistência prevalecer em juízo, conforme explica, com muita propriedade, o eminente mestre Daniel Carnio Costa em seu inédito trabalho sobre provas ilícitas no processo civil.

Entendido que a prova é inequivocamente um dos fundamentos que dá vida ao Direito, eis que, em não ocorrendo as demandas sobre a pretensão da posse, sobre a condição social da pessoa para poder contrair matrimônio, sobre a verdade formal ou real envolvendo fatos complexos, enfim sobre inúmeros fatos controvertidos, onde se buscam no ordenamento jurídico soluções definitivas para apaziguar as pessoas, e tudo isso não envolvesse a necessidade de ser provado, qual seria a razão da existência do Direito?

Pacificado que está a necessidade preponderante da prova no conceito de Direito, vamos buscar entender o sentido da prova, as várias modalidades, as suas origens, pois sem conhecer o que ocorreu no passado, sem verificar os estágios evolutivos da matéria em questão, não há como analisar criticamente a situação atual e daí então, procuraremos derivar para o fundamento das provas ilícitas no Direito brasileiro, sua aplicabilidade e demonstrar também as divergências surgidas na CF/88 frente à doutrina e

jurisprudência relativas a aceitação ou não dessas provas no processo. Vamos pesquisar sobre o que dizem luminares mestres dessa ciência, diante da batalha desencadeada entre o radicalismo e a coerência e entender melhor o remédio jurídico chamado princípio da proporcionalidade, o qual tem oferecido a melhor e mais adequada opção ao magistrado quando da resolução de conflitos.

Esperamos ao desenvolver este trabalho, poder, ainda que de forma acadêmica e carente de luzes, produzir nosso pensamento, se é que isto seja possível, em torno de tão vasto, necessário, discutível e inesgotável assunto.

## 2 - O QUE É A PROVA?

O vocábulo prova derivado do latim probatio, tem o significado de verificação, exame, inspeção.<sup>1</sup> Está ligado ao sentido de demonstração. Intuitivamente, quando se fala em prova, chegamos à noção de demonstração da existência ou da veracidade de determinado fato. O certo é que as provas servem à formação do convencimento do juiz e, ao mesmo tempo, cumprem também o

---

<sup>1</sup> LOPES, João Batista, A prova no processo civil, RT, 3 ed.pág.25, 2007.

papel de abonar perante a sociedade a decisão abraçada pelo magistrado.

A prova, entretanto, para servir de sustentáculo a uma decisão judicial, há de ser obtida por meios lícitos que não contrariem a moral e os bons costumes, que estejam dentro dos limites éticos do homem.

A atual Carta Magna, promulgada em 1988, inovou em vários aspectos garantistas. Não existem, contudo, direitos absolutos e a dicotomia entre a necessidade premente de se entregar a prestação jurisdicional *a um* e o respeito aos direitos *do outro*, é um dos pilares do estudo em tela.

A atividade probatória e seus resultados desempenham nítida função de persuasão sobre a sociedade indicando que as decisões judiciais, fundadas que são em provas, são verdadeiras, e por isso, justas. Em outras palavras, constituem-se em mecanismo de legitimação, por meio do qual a decisão deixa de parecer arbitrária para se tornar aceitável.

### 3- CONSIDERAÇÕES GERAIS DESDE A ORIGEM DAS PROVAS ATÉ NOSSOS DIAS

Até onde pudemos aprofundar a pesquisa sobre origem das provas e não seria possível, como já dissemos anteriormente, analisar tema tão importante sem nos remeter ao passado à busca de relatos históricos do possível início e da evolução, até nossos dias, verificamos que, a apreciação das provas por meio da história, passou por diferentes fases, amoldando-se às convicções, às conveniências, aos costumes e ao regime de cada povo. Primitivamente, aplicava-se o sistema **étnico ou pagão**, em que a apreciação de provas era deixada ao sabor das impressões do Juiz, que as aferia de acordo com sua própria experiência, num sistema empírico.

Depois veio o **sistema religioso**, em que se invoca o julgamento divino, através das *ordálias, dos duelos judiciais, e dos juízos de Deus*.<sup>2</sup> Muito embora os ordálios tenham tão somente um interesse histórico, não deixaram de ser um sistema de apreciação das provas em que o Juiz assumia, a grosso modo, o papel de fiscal dos resultados delas.

Tal sistema unia a incerteza da loteria à crueldade de várias de suas provas e à irracionalidade de todas elas.

3

---

<sup>2</sup> MIRABETE, Julio Fabrini, *Processo Penal*, 4 Ed.p. 263 SP, Atlas, 1965.

<sup>3</sup> Zamora apud Tourinho, 1999, p. 240.

Os ordálios eram denominados Juízos de Deus, sob a falsa crença de que a divindade intervinha nos julgamentos e, num passe de mágica deixava demonstrado se o réu era ou não, culpado.

Esse sistema aprimorou-se na Idade Média, entre os europeus e submetia o pretense culpado a uma prova para se aferir a sua responsabilidade.<sup>4</sup>

As principais provas eram: *a prova da água fria*: jogando o indiciado na água, caso submergisse era inocente, caso viesse à tona, era culpado. *A prova do ferro em brasa*: o pretense culpado, com os pés descalços, teria de passar por uma chapa de ferro em brasa; caso nada lhe acontecesse, era inocente, porém, se queimassem os seus pés, a culpa era manifesta. *A prova do judicium affae*: o indivíduo deveria engolir de uma só vez grande quantidade de alimento, que era farinha de trigo. Se não conseguisse, era culpado. *Prova do pão e queijo*: acusado deveria engolir um pedaço de pão e queijo, em não conseguindo era culpado.

Essa ordália era aplicada aos velhos, jovens, crianças, mulheres, doentes: destinava-se especialmente aos suspeitos de furto. *Prova da cruz*: quando alguém fosse morto em

---

<sup>4</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Proc. Penal, v.3 ed.21, p.240, SP, Saraiva, 1999.

rixa, escolhiam-se sete rixadores, que eram levados a frente de um altar; sobre este se colocavam duas varinhas, uma das quais marcadas com uma cruz e ambas envolvidas em pano. Em seguida tirava-se uma delas; se saísse a que não tinha marca, era o sinal de que o homicida era um dos presentes. Repetia-se a experiência em relação a cada um deles, até sair à vara com a cruz, que se supunha apontar o criminoso.<sup>5</sup>

Esse sistema constituía meio de prova decididamente formal, obrigando o Juiz, embora com convicção diretamente contrária ao resultado de tal, a aceitar esse resultado como base e motivo decisivo de sua sentença.<sup>6</sup>

Em Roma, na época da República, o povo era quem pronunciava as decisões reunidos nos comícios por centúrias ou por tribos e, portanto, não era possível uma apreciação jurídica das provas. Reunindo a autoridade legislativa, o direito de graça e o poder Judiciário, o povo tomado de compaixão, deixava-se levar pela consideração de antigos serviços; era influenciado por mil considerações diversas e muitas vezes absolvía a um culpado.<sup>7</sup>

Durante o império caem em desuso os antigos tribunais populares.

---

<sup>5</sup> TOURINHO, 1999, p. 240

<sup>6</sup> MITTERMAIER, C.J. A, Tratado da Prova em matéria criminal, 2 ed., Campinas, Book seller, 1997, p. 17.

<sup>7</sup> MITTERMAIER, 1997, p. 18

Para bem compreender o sistema de prova seguido pelos romanos em matéria criminal, convém distinguir segundo as épocas: *Durante a República*, teoria legal das provas: os juizes são livres em sua apreciação: vê-se porem, que o acusado, no caso de confessar, é logo condenado, sem que haja o dever de examinar melhor o valor real dessa confissão. Entretanto, já aparecem certas regras, qual a de não poderem depor, indivíduos qualificados, improbi. *No fim da era Republicana*, os jurisconsultos estabeleceram numerosos preceitos sobre a matéria da apreciação do valor dos meios de prova: esses preceitos concernem principalmente à prova testemunhal.

Durante esse período surgiu um dos maiores oradores da Historia do Direito Romano: Marco Túlio Cícero, advogado, cônsul, escritor e orador. *Durante os imperadores*, os jurisconsultos ainda estendem as regras e os juizes se habitua a observá-las fielmente.

Os escritos e as Constituições Imperiais contêm a seu turno, freqüentes indicações para os magistrados a respeito do exame das provas ou da proibição expressa da admissão destas e daquelas testemunhas.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> MITTERMAIER, 1997, p.19.

Primitivamente, a prova nos povos bárbaros resumia-se em mágicas, ou impressões particulares, quando falecia ao Juiz, o flagrante delito.<sup>9</sup>

Na Grécia antiga o povo também era quem pronunciava as decisões reunido em júri popular, sendo que não era possível uma apreciação jurídica das provas. Após o povo ateniense insurgir-se contra a ditadura dos Trinta, ocorrendo uma vitória da população que derrubou o Poder. Atenas buscava sair de uma grande crise material e ideológica e reavivar suas tradições.

Neste momento, ocorreu um dos maiores julgamentos e um dos momentos de maior densidade humana da História, o julgamento de Sócrates. Em março de 399 a.C. quando tinha 70 anos de idade, ele fora acusado de corromper a juventude e de introduzir novos deuses, não reconhecendo como tais, os deuses da cidade. A pena que lhe foi pedida: a morte.

Abriu-se um processo onde foi constituído um júri popular de 501 pessoas, perante as quais falaram Sócrates e seus acusadores. Junto de Cícero, Sócrates fora um dos maiores oradores que a antiguidade conheceu e sua autodefesa, onde se

---

<sup>9</sup> JUNQUEIRA, Roberto de Rezende, do livre convencimento do Juiz e de seus poderes na instrução Criminal e na aplicação das Penas. Revista Justitia, v 88, 1975, SP. CDROOM produzido por publicações eletrônicas APMP

julga inocente de todas as acusações perante o júri popular, encontra-se na **Apologia de Sócrates**, escrita por seu discípulo, Platão, que mostra com abundância de detalhes os meios como a prova era valorada naquela época, como numa passagem de sua defesa, onde diz: “Parece-me não ser justo rogar ao Juiz e fazer-se absolver por meio de súplicas; e preciso esclarecê-lo e convencê-lo”.<sup>10</sup>

Sócrates acabou condenado, mas foi difícil obter um veredicto de culpabilidade, pois havia sido condenado por margem de apenas 60 votos.<sup>11</sup> Na Inglaterra, houve tempo em que os jurados podiam ser punidos pelo Juiz quando este se convencia, de que eles haviam julgado contra a própria convicção, mas nada impedia que eles a formassem com elementos estranhos ao processo.

No Sistema de prova legal, cada prova tinha um valor pré-estabelecido por Lei, inalterável e constante de sorte que ao Juiz não era livre a avaliação, agindo bitolado.

Daí porque também chamado de sistema tarifado, já que as provas têm uma tabela da qual não se pode

---

<sup>10</sup> CLARET, Martin. Apologia de Sócrates Banquetes. SP, 2000, p.170.

<sup>11</sup> CLARET, Martin. Apologia de Sócrates Banquetes. SP, 2000, p.170.

escapar ou fugir. Exemplo clássico é o encontrado no Deuteronomio: “Pela boca de duas testemunhas ou de três testemunhas, será morto aquele que houver de morrer; mas pela boca de uma só testemunha não será morto” (XVII). “Uma só testemunha não poderá levantar-se contra ninguém” (XIX), 1994 p.52.

Em tal sistema, o Juiz manifestava a verdade, não de acordo com a convicção resultante das provas, mas sim em conformidade com o valor. O juiz torna-se um órgão passivo, pois diante do valor tabelado das provas, caberia a ele apenas verificar o valor atribuído pela Lei, reconhecendo-a na sentença, sem que possa expressar sua convicção.

Pôde-se chegar ao absurdo de negar a verdade porque dita por uma só testemunha, ou validar uma mentira berrante porque fruto dos depoimentos de duas pessoas.<sup>12</sup>

*O sistema da livre convicção* tem origem em Roma dando ao Juiz total e irrestrita possibilidade de coligir e apreciar provas. Como disse Chiovenda: “O Juiz de Roma teve por ofício procurar livremente a verdade dos fatos, avaliando as provas;

---

<sup>12</sup> ARANHA, Adalberto Jose Q. T de Camargo, *DA PROVA NO PROCESSO PENAL*, 3ª ed. SP: Saraiva, 1994

êle pronuncia a decisão que lhe sugere a consciência.”<sup>13</sup> Neste sistema, o Juiz é soberano e age conforme sua convicção sobre as provas que lhe são apresentadas, não sendo obrigado a fundamentar sua decisão.

Tal sistema, dada a soberaneidade do Juiz, ficou conhecido como de intima convicção.

*O sistema de persuasão racional*, tudo indica, também surgiu em Roma, contra o sistema da livre convicção do Juiz, todavia, ficou conhecido nos códigos napoleônicos.

O Juiz age livremente na apreciação das provas, porém sua avaliação deve ser ajustada às regras científicas (jurídicas, lógicas e experimentais) pré-estabelecidas.<sup>14</sup> ***O sistema da livre convicção ou livre convencimento do Juiz ou da verdade real foi adotado pelo atual CPP brasileiro.***

O artigo 157 do CPP: “O Juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova. Lembrar sempre que embora seja livre ao apreciar as provas, as decisões sempre deverão

---

<sup>13</sup> CHIOVENDA, apud ARANHA, 1994, p.53.

<sup>14</sup> ARANHA, 1994, p 54.

ser **motivadas** (grifo meu). Assim pode-se dizer que vigora *sistema do livre convencimento motivado*.

Segundo a exposição de motivos do Código de Processo Penal, não há hierarquia de provas, na livre apreciação destas, o Juiz formará honesta e lealmente a sua convicção.

A própria confissão do acusado, não constitui fatalmente prova plena de culpabilidade.

Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá valor absoluto, valor decisivo ou necessariamente maior prestígio que a outra.

Se for certo que o Juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar através delas, a verdade material.

Assim, o Juiz fica restituído a sua própria consciência. Livre convencimento, porém, não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas.

Não estará êle dispensado de motivar a sentença. Como corolário do sistema de livre convicção do Juiz, é rejeitado o velho brocardo “testis unus testisnullus” (uma testemunha, testemunha nenhuma).

O CPP obriga ao Juiz, nos termos do artigo 381, inciso III, a indicar os motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão.

A motivação da sentença é oriunda das conquistas do liberalismo. Até final do século XVII quando capeava o procedimento inquisitivo, era comum o Juiz condenar ou absolver sem fundamentar a sua decisão, limitando-se a dizer: condeno ou absolvo.<sup>15</sup>

Sentença sem motivação é um corpo sem alma. É nula. Tão essencial e fundamental é a motivação que sua omissão constitui nulidade, conforme o artigo 564, inciso III, alínea m, ou até mesmo o inciso IV do mesmo dispositivo legal.

Portanto, em função desse sistema temos: **Juiz tem que valorar todas as provas; Não há hierarquia entre as provas; todas as provas são relativas; Juiz deve fundamentar sua decisão.**<sup>16</sup>

Quanto aos meios de prova, nem todos se reputam lícitos: a dignidade humana e o respeito aos direitos fundamentais, deveriam servir de freio as exacerbações probatórias.

---

<sup>15</sup> TOURINHO FILHO, Fernando Costa. Processo Penal, v 3. 21 ed. SP, Saraiva, 1999.

<sup>16</sup> TOZADOR, André Camargo. Sistema de apreciação das provas no Processo Penal Jus Vigilantibus, disponível em [http://jusvi.com/doutrinas\\_e\\_pecas/ver/22660](http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/22660), capturado em 31/10/2007.

Com referência ao momento da valoração da prova, exige-se maior preparação em todos os níveis, evitando-se que a liberdade erroneamente utilizada, possa conduzir a um abuso do Judiciário.

A melhor opção hoje, parece ser a liberdade probatória delimitada por algumas diretrizes.

O Estado deve proibir ou restringir a utilização de determinados meios de prova ou seu uso em relação a certos fatos e tudo em prol da defesa dos valores sociais, dentre os quais avultam a liberdade, a intimidade e tantos outros valiosos princípios da chamada **Constituição Cidadã**.<sup>17</sup>

#### 4 - O DIREITO À PROVA

A Constituição Federal de 1988 estabelece o direito de ação como direito fundamental do cidadão. Nesse sentido, o direito à produção de provas surge como corolário lógico do direito de ação. Se for dado ao cidadão o direito de pleitear perante o Judiciário o reconhecimento de seu direito, deve-se lhe

---

<sup>17</sup> COSTA, Daniel Carnio, Provas ilícitas no Processo Civil, trabalho inédito, outubro 2007.

dar também o direito de produzir provas suficientes para interferir na formação da convicção do julgador.<sup>18</sup>

## 5 - LIMITAÇÕES AO DIREITO DE PROVAR

Ainda que o texto constitucional garanta ao cidadão a produção de provas, ele traz também limitações à atividade probatória das partes, conforme se verifica no art. 5, inc LVI, *in verbis*: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Acompanhando esse contido constitucional, o Código de Processo Civil, dispõe em seu art. 332 todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa. A razão de proibição de produção de provas ilícitas traz como fundamento a existência de proteção constitucional às liberdades individuais. Dentro desse raciocínio, quis o legislador demonstrar que, em regra, a busca da verdade não deve se operar com supressão dos direitos constitucionalmente garantidos ao cidadão, ou sejam (intimidade, sigilo de comunicações, inviolabilidade domiciliar, etc.). Conforme

---

<sup>18</sup> COSTA, Daniel Carnio, Provas ilícitas no Processo Civil, trabalho inédito, outubro 2007.

veremos a frente, e esse é o principal objetivo desse trabalho, a regra da proibição da prova ilícita vem sofrendo temperamentos pela aplicação das teorias da proporcionalidade e razoabilidade.

## 6- PROVA ILÍCITA E PROVA ILEGÍTIMA

É doutrinaria a distinção entre a prova ilícita e a prova ilegítima.

Prova ilícita é aquela produzida em contrariedade às normas de direito material. Segundo Ada Pellegrini Grinover, que acolheu a posição do jurista espanhol Pietro Nuvolone, a prova será ilícita sempre que caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento de natureza material.<sup>19</sup> A confissão escrita obtida através de tortura e o documento obtido através da violação de domicílio são exemplos de provas ilícitas.

Nesses exemplos a violação do direito material ocorre antes ou durante o processo, mas sempre lhe é dado exterior. Vale dizer então que a ilicitude ocorre sempre fora do processo.

---

<sup>19</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, LIBERDADES PÚBLICAS E O PROCESSO PENAL. 2ª ed.RT, SP: 1982.

A prova ilegítima é aquela produzida em contrariedade às normas de direito processual. Ainda segundo entende Ada Pelegrini, se a produção da prova violar normas do direito processual, tal prova será considerada ilegítima. No caso da prova ilegítima, a violação à norma procedimental ocorre sempre no momento de sua produção dentro do processo. A doutrina faz ainda referencia à prova ilegal, a qual em verdade trata das provas ilícitas e ilegítimas, como gêneros. A prova ilícita ainda pode ser doutrinariamente dividida em *lato sensu*, quando produzida em contrariedade a lei, moral e bons costumes, enquanto a *strito sensu* afronta a Constituição ou a Lei.

## 7- PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

A prova ilícita por derivação é a prova a que se chega em razão de uma prova ilícita. Trata-se de prova que foi obtida de forma lícita, mas a partir de informações obtidas por meios ilícitos, ou ilegais.

A prova em questão é legal, produzida de acordo com as normas do direito material e processual, entretanto, chega-se a tal prova através de uma outra prova, aquela produzida de forma ilegal ou ilícita. Seria o caso, por exemplo, de depoimento

de testemunha, obtido mediante tortura ou através de interceptação telefônica não autorizada.

## 7.1 A TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS

### *fruits of the poisonous tree*

Essa teoria de origem norte-americana, afirma que a ilicitude da prova original contamina todas as demais provas dela decorrentes, ainda que produzidas de maneira legal. Na medida em que o vício da planta é transmitido a todos os seus frutos, a prova ilícita por derivação contaminaria todo o processo. Apesar de evidentes dificuldades que se apresentam para uma solução uniforme a tais situações, dadas as peculiaridades de cada caso concreto, parece ser impossível negar a priori a contaminação da prova secundária pela ilicitude inicial, não somente por um critério de causalidade, mas principalmente pela razão da finalidade com que são estabelecidas as proibições em análise. Com efeito, de nada valeriam tais restrições à admissibilidade da prova se, por via derivada, informações colhidas com a violação ao ordenamento jurídico pudessem servir ao convencimento do juiz. Nesta matéria, importa ressaltar o elemento profilático, evitando-se as condutas atentatórias aos direitos fundamentais e à própria administração

concreta e leal da justiça penal. Foi exatamente sublinhando tal finalidade, implícita na vedação da utilização das provas ilícitas, que o Plenário do STF, no julgamento do HC 69912.0RS, reconheceu que a ilicitude de interceptação telefônica contaminara as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente das informações obtidas na escuta, nas quais se fundará a condenação do paciente. Tal teoria tem sido aplicada pela jurisprudência dos Tribunais brasileiros, devendo-se, entretanto, fazer a ressalva da admissibilidade de tal prova de maneira excepcional, em razão da aplicação do princípio da proporcionalidade ou de limitações jurisprudenciais, conforme será visto mais adiante.

## 8- ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

A proibição de utilização de provas ilegais (ilícitas e ilegítimas) faz parte de nosso ordenamento jurídico. A Constituição Federal e o Código de Processo Civil são pacíficos quanto ao mesmo conceito eis que a Constituição (Art.5º LVI) afirma serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, enquanto no processo civil, apenas são admitidos no processo meios de prova legais e moralmente legítimos. A

conclusão pela inadmissibilidade ai esta implícita no ordenamento jurídico pátrio.

O problema se coloca quando uma prova obtida por meio ilícito é o único elemento condutor a uma decisão justa, acertada, reveladora da verdade material.<sup>20</sup> Ainda, como assevera mestre Daniel, trava-se um conflito de valores, muitas vezes todos previstos em nível constitucional.

Na hipótese em que a escuta telefônica ilegal é a única prova que demonstra que um filho menor esta sendo abusado sexualmente por seu genitor, haverá conflito entre o princípio da dignidade da pessoa, relativamente ao menor, e a preservação da intimidade e vida privada de seu agressor. Convém esclarecer aqui e a propósito do exemplo acima, que a proibição de utilização de provas ilícitas é uma garantia fundamental do cidadão.

Quanto a admissibilidade da utilização de prova ilícita no processo, é possível encontrar na doutrina, três posicionamentos ou teorias básicas: a proibitiva, a permissiva, a intermediária.

## 8.1 CORRENTE DOUTRINÁRIA PROIBITIVA

---

<sup>20</sup> COSTA, Daniel Carnio, Provas ilícitas no Processo Civil, trabalho inédito, outubro 2007.

Para os adeptos dessa corrente, sempre será inadmissível a prova admitida por meios ilícitos, em qualquer caso ou situação, pouco importando a relevância dos valores em conflito. A inadmissibilidade da utilização da prova ilícita, fundamenta-se na visão unitária do ordenamento jurídico e no princípio da moralidade administrativa, já que a ilicitude atinge o direito como um todo e não em partes separadas e o Estado deve ter postura ética incompatível com a admissão da prova ilícita. Outra parte da doutrina, todavia, sustenta que a inadmissibilidade da prova ilícita fundamenta-se na sua inconstitucionalidade, diante da interpretação isolada do art. 5º inc LVI, da CF/88.

Nesse sentido, qualquer que tenha sido o fundamento utilizado, não se pode dar valor algum a uma prova que foi obtida com infringência a lei, devendo ser desentranhada dos autos do processo.

## 8.2 CORRENTE DOUTRINÁRIA PERMISSIVA

Aos adeptos da corrente permissiva, a prova ilícita deve sempre ter valor no processo, na medida em que deve prevalecer o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, o

que trará sempre inegável benefício para a boa sociedade. Nesse sentido, aquele que infringiu a lei para produção de prova deve ser punido por seu ato, mas a prova obtida deverá ser utilizada como elemento de convicção do magistrado. Os adeptos dessa corrente são: Carnellutti e Franco Cordeiroe no Brasil, Alcides Mendonça Lima, Tornaghi e Yussef Caha.

### 8.3 CORRENTE INTERMEDIÁRIA

A corrente intermediária defende o conceito de que não se deve obstar totalmente a utilização da prova ilícita nem permiti-la de forma genérica. Necessário se faz, sopesar os direitos conflitantes dignos de proteção e, segundo um juízo de proporcionalidade, fazer um balanceamento dos valores em jogo. Nesse sentido entendem Ada Pelegrini, Antonio Scaranse, Antonio Magalhães G. Filho, Jose Roberto Bedaque dentre outros.

### 8.4 O ATUAL POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

O legislador brasileiro constituinte optou pela corrente proibitiva, estabelecendo como garantia a proibição da

utilização de provas obtidas por meios ilícitos, sem fazer qualquer ressalva.

O momento histórico e político pelo qual passava o País na época, certamente influenciaram o legislador na equivocada posição de vedar na sua totalidade as provas ilícitas, como forma de garantir o respeito aos direitos do cidadão.

## 9 - DA PROVA EMPRESTADA

A prova emprestada é conhecida pela sua mobilidade de poder transitar, depois de produzida em um processo, ser trasladada para outro processo com o fim de naquele segundo processo comprovar determinado fato. A prova emprestada não tem característica própria, pode ser qualquer tipo ou meio de prova, seja um depoimento, um laudo, um documento, enfim qualquer meio de prova.

Há controvérsia quanto ao vigor da prova emprestada que já produziu seus frutos num processo, ter a mesma força probatória em outro processo. Quanto à natureza, a prova emprestada é formalmente tratada como prova documental, conservando, contudo, o seu caráter jurídico original. Conforme o entendimento de Ada Grinover, para admissibilidade no processo, a

prova emprestada tenha sido produzida em processo formado pelas partes que agora a utilizarão como emprestada e ainda que tenha a prova emprestada sido produzida perante o mesmo juiz, sem o que a prova emprestada será considerada ilegítima, portanto inadmissível no processo, tanto quanto o foi a prova obtida por meios ilícitos, conforme inciso LVI do art. 5 da CF/88.

## 10 - TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

Segundo leciona Alexandre de Moraes, *a doutrina constitucional moderna passou a prever uma atenuação à vedação das provas ilícitas, visando corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Essa atenuação prevê, com base no Princípio ou critério da Proporcionalidade, hipóteses de admissibilidade das provas ilícitas que, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se perceba que o direito tutelado é mais*

*importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização.*<sup>21</sup>

O princípio da proporcionalidade é originário do direito alemão, onde exerceu importante papel no período posterior à segunda grande guerra mundial, possibilitando o surgimento de exceções à proibição genérica de admissibilidade das provas ilicitamente obtidas, sob o fundamento de realização de exigências superiores de caráter público ou privado, merecedoras de especial tutela. Vale ressaltar que o direito norte-americano aplica o mesmo postulado sob o nome de teoria da razoabilidade “reasonableness”, como forma de atenuar a proibição de utilização de provas ilícitas.

Na modernidade, podemos destacar a obra de Beccaria “Dos delitos e das penas”, que embora se restrinja ao campo penal, nos dá uma idéia já bem aproximada da que temos hoje quando trata da proporcionalidade e racionalidade na aplicação das penas.

Todavia, só teremos uma aplicabilidade mais direta no período pós-guerra, quando os ordenamentos jurídicos europeus elevaram-no até a Constituição, aumentando

---

<sup>21</sup> MORAES, Alexandre, Constituição do Brasil interpretada e Legislação Constitucional, Atlas, SP, 2002, pg 381.

consideravelmente sua importância, se tornando parâmetro para os demais ramos jurídicos.

Seguindo a doutrina alemã, tal princípio é considerado como derivado do próprio Estado Democrático de Direito, mesmo não estando expressamente exposto na Constituição, ser, portanto, uma norma constitucional não escrita.

Fazendo essa ligação com o Estado Democrático de Direito, garante-se o núcleo essencial dos direitos fundamentais do cidadão através da acomodação dos diversos interesses em dada sociedade.

Já, a doutrina norte-americana, como foi citada anteriormente observando o mesmo objeto em angulo diverso, considera que o princípio da proporcionalidade deriva de outro princípio constitucionalmente declarado, o devido processo legal, a teoria da razoabilidade “reasonableness”.

Com este, há uma limitação dos poderes do Estado em favorecimento dos essenciais direitos individuais, como a vida, liberdade e propriedade.

Há ainda, autores que situam a proporcionalidade como derivada da isonomia, pois esta não traduz a idéia aristotélica de “igualdade proporcional”, própria da justiça distributiva.

No Brasil, não obstante o princípio da proporcionalidade não ter sido expresso diretamente na Constituição Federal de 1988, deve ser invocado em todos os ordenamentos consagradores dos direitos e garantias fundamentais e do Estado de Direito, sendo esses dois elementos apostos como substanciais para aplicação desse princípio.

Deve-se, contudo, atentar bem para a sua aplicabilidade, posto que possuímos outras formas interpretativas, bem como demais princípios dispostos na Constituição como o do devido processo legal, igualdade etc, devendo sempre perquirir a técnica mais apropriada diante do caso concreto.

Entretanto, no caso de conflitos entre os mandamentos nucleares de um sistema, no dizer de Celso A.B. de Mello, dá-se preferência ao *princípio conciliador* da proporcionalidade, tendo em vista que o equilíbrio desta disputa e sua finalidade, servindo como instrumento de contra-excessos, harmonizando juridicamente os interesses envolvidos.

## 10.1 CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade tem alto grau de abstração, sendo necessário o estabelecimento de critérios para sua aplicação. Do contrário, a aferição da razoabilidade da atuação judicial ficaria restrita a juízos meramente subjetivos.

Conforme ensina Gisele Góes, deve ser feito o raciocínio com a teoria dos interesses preponderantes e desde que necessário adequado e proporcional, o meio de prova deve ser aceito.<sup>22</sup> De maneira geral, a doutrina sistematiza a aplicação do princípio da proporcionalidade, dividindo-o em três subprincípios: o sopesamento (proporcionalidade em sentido estrito ou proibição de excesso), a adequação e a necessidade.<sup>23</sup> De acordo com o subprincípio do sopesamento, impõe-se ao Juiz a ponderação sobre danos causados com a admissão da prova ilícita e os resultados a serem obtidos com a medida. O benefício trazido pela utilização da prova deve ser superior aos prejuízos decorrentes da violação causada pela produção da prova.

Segundo o subprincípio da adequação, os meios utilizados devem ser aptos ou adequados para alcançar o fim colimado, ou seja, a comprovação do fato probando deve ser

---

<sup>22</sup> Princípio da proporcionalidade no Processo Civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça, SP, Saraiva, 2004 pág.151.

<sup>23</sup> ACIOLI, José Adelmy da Silva; admissibilidade da prova ilícita em caráter excepcional de acordo com o princípio da proporcionalidade (<http://anamatra.org.br/hotsite/conama/06>) em 16/10/07.

essencial à preservação do bem jurídico de maior relevância.<sup>24</sup> O subprincípio da necessidade consiste na consideração de que o meio utilizado é necessário, ou seja, não existem outros meios eficazes e menos prejudiciais aos direitos em questão.

## 10.2 ÂMBITO DE APLICAÇÃO NO PROCESSO CIVIL

Nesse sentido, chega-se a conclusão que o âmbito de aplicação do princípio da proporcionalidade no processo penal é muito maior do que no processo civil.

No processo penal, ocorre porque estão em jogo valores de interesse público como segurança pública e liberdade.

Admite-se assim, a prova ilícita **pro réu**, na medida em que não se concebe a condenação de um inocente, mesmo diante de uma prova incontestada de sua inocência, ainda que obtida de forma ilícita. A liberdade pública violada na produção da prova deve ceder ao interesse maior da justiça.

Aplica-se ainda, a teoria da proporcionalidade **pro societate**. Segundo o magistério de Alexandre de Moraes, “*as liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro*

---

<sup>24</sup> ACIOLI, José Aldemy da Silva. Op. Cit.

*escudo protetivo da pratica de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de direito”.*<sup>25</sup> Nesse caso, a ilicitude da prova estaria afastada, uma vez que as vítimas teriam agido em legítima defesa de seus direitos humanos fundamentais que estavam sendo lesionados pelas praticas ilícitas do criminoso.

No processo civil, todavia, a aplicação do principio da proporcionalidade é bem mais restrita.<sup>26</sup> A doutrina de modo geral, assim como a jurisprudência, tem admitido, em certas situações excepcionais (casos de ameaça, extorsão ou seqüestro), que o direito a intimidade seja limitado na necessária medida para fazer face a outro valor mais relevante, como a vida, a integridade física ou a necessidade de se provar a inocência da parte que gravou a conversa. Trata-se da aplicação do princípio da proporcionalidade, que, portanto, demanda justa causa para revelação do segredo.

Esse balanceamento de valores tem lugar, principalmente, no processo penal, onde o valor fundamental da liberdade deve preponderar em confronto com o valor da

---

<sup>25</sup> MORAES, Alexandre, Constituição do Brasil interpretada e Legislação Constitucional; Atlas, SP, 2002, pág. 381.

<sup>26</sup> Trecho extraído do parecer E-253/05, do Tribunal de Ética da OAB/SP, relatado por Luis Francisco Torquato Avolio.

intimidade do outro interlocutor, de igual índole, mas de menor relevância no concerto das liberdades públicas. Trata-se da chamada prova ilícita **pro réu**, em que a prova, a despeito de ilicitamente obtida, é reputada válida na exata medida em que pode demonstrar a verdade de um fato que favoreça o acusado. Exemplo clássico é o da carta obtida mediante violação de domicílio, que serve para provar a inocência do réu.

Já no processo civil, onde não se coloca primacialmente a questão do *ius libertatis*, a matéria ainda é bastante controvertida, justamente porque fica difícil de se contrapor, por exemplo, o direito à intimidade de uma das partes ao direito patrimonial a recebimento de um crédito da outra parte, ou de se fazer o cotejo entre dois direitos de cunho patrimonial ou moral.

Assim, há julgado do Tribunal de Justiça admitindo a gravação de diálogo entre a testemunha e a parte, em ação de investigação de paternidade.

Noutro processo relativo a guarda de filhos submetido aquela Corte, a 5ª Câmara Civil não acolheu a utilização de **“prova formada de modo inidôneo, mesmo que haja o interesse dos incapazes”**.

No mais das vezes, as questões tratadas no processo civil são relativas ao direito privado e, portanto, dizem respeito tão somente ao interesse das partes em litígio, não havendo implicações de ordem pública mais relevantes.

As garantias fundamentais do cidadão são mais freqüentes que interesse privado relacionado ao cumprimento contratual ou ao recebimento de um crédito.

Sopesados tais valores, há de prevalecer os direitos e garantias fundamentais, inclusive aquele que prevê a proibição da prova ilícita.

Faz-se exceção, porém, aos casos de direito de família.

No Direito de Família há antiga orientação no sentido da admissibilidade das provas ilícitas, em face da indisponibilidade dos interesses tutelados.<sup>27</sup> Seria, portanto, admissível a utilização de uma interceptação telefônica (sem autorização judicial) como prova de que o menor vem sofrendo sevícias de seu guardião em ação de modificação de guarda.

---

<sup>27</sup> DESTEFENNI, Marcos, Curso de processo civil, vol. I, Saraiva, 2006 p.371.

## 11 - DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

Conforme já referido anteriormente, a teoria da **árvore dos frutos envenenados**, de origem norte-americana, afirma que a ilicitude da prova original contamina todas as demais provas dela decorrentes, ainda que produzidas de maneira legal.

Discute, novamente, a rigidez desse posicionamento proibitivo.

Questão importante diz respeito então, à possibilidade de utilização da prova ilícita por derivação no processo como elemento válido de convicção.

A doutrina e a jurisprudência pátrias aplicam às provas ilícitas por derivação, o princípio da proporcionalidade. Assim, da mesma forma que se analisaria a validade de uma prova ilícita, sopesando-se os valores em questão, deve-se também fazer o mesmo em relação à prova decorrente da prova ilícita.

Outros argumentos, entretanto, vêm sendo utilizados pela jurisprudência norte-americana para sustentar a validade de uma prova ilícita por derivação.

A jurisprudência da Suprema Corte dos EUA reconheceu a existência de limitações ou exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada.

Ficou reconhecido, por exemplo, que se a prova derivada tivesse origem também em fonte independente ou se sua descoberta fosse inevitável, não se aplicaria a teoria dos frutos da árvore envenenada.

A suprema Corte dos EUA vem reconhecendo a validade da prova derivada sempre que a sua conexão com a prova ilícita seja tênue, indireta, inviável de estabelecer uma relação de causa e efeito.

No Brasil, a jurisprudência de nossos Tribunais tem aplicado à vedação das provas ilícitas por derivação “decorrendo as demais provas do que é levantado via prova ilícita, tem-se a contaminação daquelas, motivo pelo qual não subsistem”,<sup>28</sup> muito embora seja reconhecida a possibilidade de seu aproveitamento nos casos em que possuam fontes independentes ou sua descoberta seja inevitável, a propósito do direito norte-americano que abomina a árvore dos frutos envenenados, mas, atenta para as condições acima

---

<sup>28</sup> PROVA ILÍCITA-CONTAMINAÇÃO-Habeas-corpus 69.912/RS, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence perante o Pleno, com acórdão veiculado no Diário da Justiça de 25/03/1994(HC 73510-0/SP, STF, 2 T, Relator Min Marco Aurélio, D.J.12/12/97, deferido por maioria.

expostas, em clara demonstração do aproveitamento e da admissibilidade da prova ilícita por derivação.

## 12 - QUESTÕES PONTUAIS: INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E GRAVAÇÕES CLANDESTINAS.

A interceptação telefônica consiste na captação por terceira pessoa de uma conversação telefônica alheia, com ou sem consentimento de um dos interlocutores.

Quando a interceptação telefônica é feita sem a ciência dos interlocutores, fala-se em interceptação telefônica em sentido estrito.

Na hipótese de um dos interlocutores terem ciência da captação da conversa, temos a chamada escuta telefônica.

Em qualquer dos casos, o elemento identificador da conduta é a presença do terceiro na captação da comunicação telefônica.

**A gravação clandestina** é aquela realizada por um dos interlocutores de uma conversa, sem o conhecimento do outro.

Não ocorre intervenção de um terceiro, na medida em que a gravação é feita por um de seus interlocutores, de forma clandestina.

Pode ocorrer a gravação de uma conversa telefônica (gravação telefônica), ou então, de uma conversa ambiental, onde os registros são feitos no ambiente da conversação pessoal.<sup>29</sup>

### 13 - VALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO PROCESSO CIVIL

A interceptação telefônica, segundo a Lei 9296/96, somente poderá ser feita mediante autorização judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A interceptação telefônica sem autorização judicial é ilegal. O Juiz civil jamais poderá autorizar uma interceptação telefônica, para fins não criminais.

Trata-se portanto, de prova ilícita no processo civil.

Ressalve-se entretanto, a possibilidade excepcional de aplicação do princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, em princípio uma interceptação telefônica não poderá ser utilizada

---

<sup>29</sup> COSTA, Daniel Carnio, Provas ilícitas no Processo Civil, trabalho inédito, outubro 2007.

como prova no processo civil, considerando que a Lei prevê a legalidade desse tipo de prova apenas para investigações criminais.

No caso concreto, entretanto, quando o valor a ser tutelado for superior à garantia do sigilo das comunicações telefônicas do indivíduo, pode-se admitir a utilização de tal prova ilícita, com fundamento no princípio da proporcionalidade.

Uma interceptação telefônica ilegal, por exemplo, que seja a única prova de que o menor venha sendo vítima de abuso sexual pelo seu guardião, numa ação de modificação de guarda. Embora a prova seja ilícita, a aplicação do princípio da proporcionalidade ensejaria sua valoração no processo civil.<sup>30</sup>

Discute-se a possibilidade de utilização da interceptação telefônica como prova emprestada no processo civil.

Certo é que a interceptação telefônica não poderá ser realizada no processo civil, para a produção de prova direta, diante da regulação legal da matéria.

A doutrina, todavia é controversa quanto à possibilidade de se utilizar o resultado de uma interceptação telefônica realizada de forma legal no processo penal, como prova emprestada no processo civil.

---

<sup>30</sup> COSTA, Daniel Carnio, Provas ilícitas no Processo Civil, trabalho inédito, outubro 2007.

Parte da doutrina sustenta a impossibilidade de utilização da interceptação telefônica como prova emprestada no processo civil, sob argumento de que tal prova somente poderá ser utilizada para finalidades criminais, considerando que o legislador já ponderou valores e interesses no momento em que restringiu a possibilidade da interceptação telefônica à esfera criminal.

Segundo os adeptos dessa corrente, o legislador já definiu de antemão que o sacrifício do direito a intimidade, justifica-se para uma investigação ou processo criminal, mas não para um processo civil.<sup>31</sup> Outros, com mais acerto, sustentam a possibilidade de utilização da interceptação telefônica como prova emprestada no processo civil.

Conforme ensina Nelson Nery Junior<sup>32</sup> nada impede que uma interceptação telefônica produzida conforme a lei no processo penal possa ser utilizada como elemento de convicção no processo civil, desde que obedecidos os critérios de admissão dessa modalidade de prova (prova emprestada).

Assim, desde que a prova tenha sido produzida sob crivo do contraditório, em processo entre as mesmas partes, nada impede sua utilização no processo civil como prova

---

<sup>31</sup> Interceptação telefônica, entendimento de Luiz Flavio Gomes e Raul Cervini: Lei 9296, 24/07/96, SP, Revista dos Tribunais, 1997

<sup>32</sup> Princípios do processo civil na CF, 6 ed. SP, Revista dos Tribunais, 2000,

emprestada<sup>33</sup> Nesse sentido, uma interceptação telefônica realizada na instrução de um processo crime de injúria, difamação, calúnia, poderá ser utilizada como prova emprestada na ação indenizatória entre as mesmas partes.

#### 14 - VALIDADE DAS GRAVAÇÕES CLANDESTINAS NO PROCESSO CIVIL

A possibilidade de utilização de gravações clandestinas no processo civil é tema bastante controvertido.

Discute-se sobre a licitude desse tipo de prova.

Afirmam alguns julgados que a gravação de conversa sem a ciência do outro interlocutor seria uma prática moralmente ilegítima, portanto, a luz do disposto no art. 332 do CPC, não tem validade no processo civil.

Nesse sentido, o magistério de Camargo Aranha, eis que “se conhecida a gravação por um e desconhecida por outro ou pelos demais, é possível falar-se em dois elementos igualmente contrariadores de um princípio moral: a surpresa com a

---

<sup>33</sup> COSTA, Daniel Carnio, Provas ilícitas no Processo Civil, trabalho inédito, outubro 2007.

violação da confiança, visto que uma pessoa é apanhada de improviso e sem saber ou perceber que o seu manifestar está sendo gravado contra ela, e a prova induzida, isto é, sem perceber, é conduzido e provocado a falar sobre o que não deseja<sup>34</sup>

Argumenta-se ainda, que tal prática viola a intimidade da pessoa que está sendo gravada sem ciência dessa circunstância, razão pela qual a prática deve ser considerada ilícita.

Outros afirmam que a gravação telefônica deve ser sempre admitida, sem qualquer reserva, por total ausência de violação ao sigilo das comunicações ou a intimidade.<sup>35</sup>

Tais afirmações merecem, todavia, maior reflexão.

O ato de gravar a própria conversa não é de per si imoral ou ilegal.

A gravação por um interlocutor da sua conversa com o outro, ainda que não comunicada, não viola qualquer preceito legal.

Qualquer pessoa pode gravar sua própria conversa.

---

<sup>34</sup> Parecer E-3. 253/05 do Tribunal de Ética da OAB - Seção SP

<sup>35</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Processo civil. Vol. I Saraiva, 2004, p. 435

Nota-se que o autor da gravação telefônica teve acesso à informação de forma legítima, na medida em que os fatos lhe foram informados voluntária e diretamente pelo outro interlocutor, ressalvada, evidentemente, a hipótese de indução maliciosa da afirmação gravada, situação claramente moral.

Nesse sentido, o registro dessa conversa não viola a intimidade do interlocutor, nem qualquer outro preceito legal.

Todavia, pode ocorrer que a divulgação do teor dessa gravação ou sua utilização como prova processual viole alguma garantia constitucional do cidadão.

Assim, a validade da gravação clandestina como prova no processo civil dependerá da existência ou não no caso concreto, chamado direito à reserva, que é a expectativa de não ver divulgados os fatos confiados a um interlocutor, em caráter confidencial.

Caso exista o dever ou o direito de sigilo relativamente ao teor da conversa gravada clandestinamente, sem a ciência do interlocutor, sua divulgação pode implicar ofensa ao direito a intimidade, tutelado no inciso X do art. 5 da CF, na expressão do direito a reserva.

Alguns profissionais têm o dever legal de não divulgar informações obtidas no exercício da profissão.

O advogado, por exemplo, não poderia gravar uma conversa com seu cliente e divulgá-la num segundo momento, pretendendo sua utilização como prova no processo, diante do teor dos art. 25 e seguintes do Código de Ética e Disciplina, que tratam do dever de sigilo profissional.

Da mesma forma, se o teor da conversa gravada diz respeito a intimidade do interlocutor, que foi confiada ao outro em sigilo, a utilização dessa gravação como prova no processo representaria ofensa a garantia constitucional de inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Vale destacar que mesmo a gravação clandestina ilegal, realizada em violação ao dever ou ao direito de sigilo, infirmadora do direito a intimidade, pode ser admitida como prova no processo por aplicação do princípio da proporcionalidade.

## 15- DIVERGÊNCIAS DA JURISPRUDÊNCIA E DOUTRINA

### PÁTRIAS DIANTE DA CF/88

Como pudemos verificar durante nossa pesquisa, as provas no Direito, desde os primórdios passaram por inúmeros ensaios, sempre no sentido de modernizar as relações pessoais, buscando a paz e entendimento, ainda que os métodos utilizados houvessem desrespeitado direitos e tantas vidas tenham sido ceifadas em nome da justiça, não sendo possível, entretanto, abominar o sistema ordálico, por exemplo, pois daí surge o embrião para a modernidade, para chegarmos enfim, ao sistema de persuasão racional do Juiz, motivando sua decisão, conforme preceitua o art. 381 inciso III do Código de Processo Penal, em vigor.

A Constituição Federal de 1988, foi editada ainda sob resquícios do período de recessão pelo qual passou a Nação, como bem observa mestre Daniel em seu trabalho, *Provas ilícitas no Processo Civil “o momento histórico e político pelo qual passava o País na época, certamente influenciaram o legislador na equivocada posição de vedar na sua totalidade as provas ilícitas, como forma de garantir o respeito aos direitos do cidadão”*.<sup>36</sup>

Com efeito, deu-se então, a largada para os conflitos doutrinários e jurisprudenciais diante da Constituição, exatamente em razão da não observância do princípio de freios e

---

<sup>36</sup> COSTA, Daniel Carnio, *Provas ilícitas no Processo Civil*, trabalho inédito, outubro 2007.

contrapesos, que deve nortear a sociedade especialmente o mundo jurídico.

Observado o art. 5 inciso LVI da CF/88, in verbis” *são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos*” deparamos com art. 332 do Código de Processo Civil, caput “*Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa*”.

Ainda que, direitos tenham proteção constitucional no País, eles não são absolutos, basta verificar da necessidade de observância da ordem pública, das liberdades alheias e das previsões legais. Nestes termos, foi editada de forma taxativa na CF/88, a impossibilidade de utilização das provas ilícitas no processo. Tal providência entretanto, gera divergências sobre o entendimento da referida vedação, se de modo absoluto ou relativo. O conflito ocorrera certamente, quando da violação do direito na produção da prova diante da verdade por ela demonstrada.

Da mesma maneira que está consagrado de forma taxativa a proibição de produção de provas ilícitas no processo, consagrado também está em nosso ordenamento jurídico, embora de modo não explícito, um principio de origem (alemã ou

suiça?) o *princípio da proporcionalidade* que vem servindo em caráter excepcional, quando admite a prova ilícita, no processo para resguardar o alcance da justiça e do bom senso na solução de litígios, aliás conhecido no meio jurídico como *princípio constitucional não escrito*.

A este debate sobre aceitação ou não das provas ilícitas no processo, juntam-se algumas correntes de ilustres doutores do ordenamento jurídico nacional, dos quais selecionamos, consultando o trabalho do professor Daniel os seguintes: *corrente proibitiva*, a qual ignora relevância dos valores em conflito e ainda, funda-se na interpretação isolada do art. 5º LVI, da CF/88. Adepto Ministro Celso de Mello e Ministro Ilmar Galvão.

*Corrente intermediária*, entendendo que não se deve vedar totalmente a utilização da prova ilícita, nem permiti-la de forma genérica. Adeptos, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance, Antonio Magalhães G. Filho, dentre outros.

*Corrente permissiva*, para os quais, a prova ilícita deve sempre ser aproveitada, na medida em que deva prevalecer o interesse da justiça na busca da verdade. Adeptos, Carnellutti, Franco Cordeiro dentre outros.

Importantíssimo também, é de se destacar a posição da Suprema Corte dos EUA, protagonista da teoria dos *frutos da árvore envenenada* “fruits of the poisonous tree”, a qual não resistindo aos princípios dos essenciais direitos individuais, como a vida, a liberdade e a propriedade, limitam os poderes do Estado através do devido processo legal e tal iniciativa está batizada como sendo a *Reasonableness*, teoria da razoabilidade, como forma atenuadora da proibição de utilização de provas ilícitas no processo.

Por oportuno, destacamos no presente trabalho, as posições de dois Ministros do STF, em relação às provas ilícitas quando insertas em processo. Da pena do Ministro Ilmar Galvão: *a prova ilícita deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, sendo o preço que se paga por viver-se em estado democrático de direito.*<sup>37</sup> De voto proferido pelo Ministro Celso de Mello: *a norma inscrita no art. 5, LVI, da Lei Fundamental, promulgada em 1988, consagrou o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada sempre pelos Juizes e Tribunais, por mais relevantes que sejam os fatos por ela*

---

<sup>37</sup> STF, Ação Penal 307-3-DF-Plenário, Rel.Min. Ilmar Galvão- DJU, 13/10/1995 .

*apurados, uma vez que a subsume ao conceito de inconstitucionalidade.*<sup>38</sup>

Na mesma esteira polêmica das provas ilícitas, a primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, levando em conta que **a política criminal deve ser orientada no sentido de proteger a sociedade e não o criminoso assentou: ao vingar a aplicação generalizada da nulidade das provas ilícitas, será simplesmente impossível flagrar um sonegador de tributos já que é crime que costuma disfarçar-se e raramente praticado em praça pública.**

Remetendo-nos ao Relatório e voto proferidos pelos eminentes Ministros do STF, acima declarados e respeitado o livre direito de seus pronunciamentos, instala-se a seguinte dúvida: Não estaríamos adotando simbolicamente, mesmo que no anunciado estado democrático de direito, *o sistema da prova legal*, onde ao Juiz não era dada a liberdade de avaliação?

Quando optamos por defender o princípio da proporcionalidade, na aceitação ou não das provas ilícitas no processo, não estamos acordando com a idéia de que sua aplicação ocorra de forma genérica, muito em contrario, deve ser utilizado tal

---

<sup>38</sup> Voto proferido no julgamento da AP307-3-DF.

recurso em casos excepcionais, onde outra maneira de se provar inocência ou culpa não possa ser avaliada no processo.

Conforme ensina Gisele Góes, *deve ser feito raciocínio com a teoria dos interesses preponderantes e, desde que necessário, adequado e proporcional, o meio de prova deve ser aceito.*<sup>39</sup>

Quando trata dos interesses preponderantes, Gisele Góes refere-se aos três subprincípios, gerados pelo princípio da proporcionalidade, ou sejam: *o sopesamento*, onde o Juiz devera avaliar se a utilização da prova será superior aos prejuízos decorrentes da violação causada pela sua produção; *adequação*, refere-se a essencialidade da preservação do bem jurídico de maior relevância, bem como se a prova é ou não apta para alcançar o ideal desejado; *necessidade* atenta a consideração de ser necessário o uso da prova ou se haveria outro meio eficaz e de menor prejuízo aos direitos em questão

Das lições absorvidas dos ponderados mestres, quando se posicionam favoráveis ao princípio da proporcionalidade como instrumento de equilíbrio no ato decisório, onde o Juiz resolverá o mérito da lide, podemos concluir de forma incontestada

---

<sup>39</sup> Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil: o poder de criatividade do Juiz e o acesso à justiça. São Paulo, Saraiva, 2004, pág. 151.

que o Direito sempre deverá ser dinâmico, evolutivo e corretor de equívocos, omissões ou excessos inseridos nas Leis.

## 16- CONCLUSÃO

A busca do ideal de justiça nunca devera cessar e tampouco deverá o homem calar-se diante de textos legais viciados ou defeituosos.

No momento em que a razoabilidade der lugar à impunidade, cada vez mais estaremos nos distanciando da sociedade perfeita que buscamos construir. Do sistema ético ou pagão, dos ordalios até nossos dias a ciência jurídica nunca deixou de evoluir e amoldar-se aos fatos atuais e assim sempre será..

A sociedade deve ser vista como um todo e para que isso seja realidade é necessário que se pense a justiça para todos, jamais se aplicando a norma jurídica observando-se apenas um dos lados. O ser humano não pode ser tornado refém da letra fria da Lei, somente porque equivocadamente o Legislador nela insere textos inadequados, omissos ou excessivos. Nestas condições e esta foi a razão de nosso trabalho de pesquisa, instrumentos outros devem ser mesmo utilizados no sentido de se revelar o

verdadeiro sentimento de Justiça, como é o caso do princípio da proporcionalidade, o qual surge no ordenamento jurídico brasileiro como uma norma constitucional não escrita e que vem suprir com muita eficiência e eficácia, falhas na edição de textos legais .

A produção de prova que eventualmente fira um direito individual consagrado pela Constituição, seja ele a escuta clandestina, gravação ou similares, não deve sucumbir durante apuração de crime, se acatada tal prova, o benefício maior será “pro societate”. Não há que se condenar um inocente ou absolver um criminoso simplesmente porque está inserto que determinado tipo de prova não deve ser admitida, sob risco de afronta à Lei. Afinal, se o bem jurídico de maior valor a ser preservado é o próprio ser humano, a ele deve adaptar-se a norma jurídica, observados os padrões da conduta ética, moral, social e legal. Não é possível que se sacrifique toda uma população para preservar a privacidade de uma só pessoa porque a Lei assim determina, ou seja, a Lei veda a possibilidade de aplicação da justiça saudável.

## BIBLIOGRAFIA

- <sup>1</sup> LOPES, João Batista. A prova no processo civil, RT, 3 ed.pág.25, 2007.
- <sup>2</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. Processo Penal, 4 Ed.p. 263 SP, Atlas, 1965.
- <sup>3</sup> ZAMORA, apud Tourinho, 1999, p. 240.
- <sup>4</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Proc. Penal, v.3 ed.21, p.240, SP, Saraiva, 1999.
- <sup>5</sup> TOURINHO, 1999, p. 240
- <sup>6</sup> MITTERMAIER, C.J. A. Tratado da Prova em matéria criminal, 2 ed., Campinas, Book seller, 1997, p. 17.
- <sup>7</sup> MITTERMAIER, 1997, p. 18
- <sup>8</sup> MITTERMAIER, 1997, p.19.
- <sup>9</sup> JUNQUEIRA, Roberto de Rezende. Do livre convencimento do Juiz e de seus poderes na instrução Criminal e na aplicação das Penas. Revista Justitia, v 88, 1975, SP. CDROOM produzido por publicações eletrônicas APMP
- <sup>10</sup> CLARET, Martin. Apologia de Sócrates Banquetes. SP, 2000, p.170.
- <sup>11</sup> CLARET, Martin. Apologia de Sócrates Banquetes. SP, 2000, p.170.
- <sup>12</sup> ARANHA, Adalberto Jose Q. T de Camargo. Da prova no processo penal, 3 ed. SP. Saraiva, 1994
- <sup>13</sup> CHIOVENDA, apud ARANHA, 1994, p.53.
- <sup>14</sup> ARANHA. 1994, p 54.
- <sup>15</sup> TOURINHO FILHO, Fernando Costa. Processo Penal, v 3. 21 ed. SP, Saraiva, 1999.
- <sup>16</sup> TOZADOR, André Camargo. Sistema de apreciação das provas no Processo Penal Jus Vigilantibus, disponível em [http://jusvi.com/doutrinas\\_e\\_pecas/ver/22660](http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/22660), capturado em 31/10/2007.
- <sup>17</sup> COSTA, Daniel Carnio. Provas ilícitas no Processo Civil, trabalho inédito, outubro 2007.
- <sup>18</sup> COSTA, Daniel Carnio. Provas ilícitas no Processo Civil, trabalho inédito,
- <sup>19</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini. (Liberdades públicas e o processo penal. 2 ed.RT, 1982, pág. 98).
- <sup>20</sup> COSTA, Daniel Carnio. Provas ilícitas no Processo Civil, trabalho inédito, outubro 2007.
- <sup>21</sup> MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil interpretada e Legislação Constitucional, Atlas, SP, 2002, pg 381.

- <sup>22</sup> Princípio da proporcionalidade no Processo Civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça, SP, Saraiva, 2004 pág.151.
- <sup>23</sup> ACIOLI, José Adelmy da Silva. Admissibilidade da prova ilícita em caráter excepcional de acordo com o princípio da proporcionalidade (<http://anamatra.org.Br/hotsite/conama/06>) em 16/10/07.
- <sup>24</sup> ACIOLI, José Aldemy da Silva. Op. Cit.
- <sup>25</sup> MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil interpretada e Legislação Constitucional; Atlas, SP, 2002, pág. 381.
- <sup>26</sup> Trecho extraído do parecer E-253/05, do Tribunal de Ética da OAB/SP, relatado por Luis Francisco Torquato Avolio.
- <sup>27</sup> DESTEFENNI, Marcos. Curso de processo civil, vol. I, Saraiva, 2006 p.371.
- <sup>28</sup> Prova ilícita-contaminação-Habeas-corpus 69.912/RS, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence perante o Pleno, com acórdão veiculado no Diário da Justiça de 25/03/1994(HC 73510-0/SP, STF, 2 T, Relator Min. Marco Aurélio, D.J.12/12/97, deferido por maioria.
- <sup>29</sup> COSTA, Daniel Carnio. Provas ilícitas no Processo Civil, trabalho inédito, outubro 2007.
- <sup>30</sup> COSTA, Daniel Carnio. Provas ilícitas no Processo Civil, trabalho inédito, outubro 2007.
- <sup>31</sup> Interceptação telefônica. Entendimento de Luiz Flavio Gomes e Raul Cervini:Lei 9296,24/07/96, SP, Revista dos Tribunais, 1997
- <sup>32</sup> Princípios do processo civil na CF, 6 ed. SP, Revista dos Tribunais, 2000,
- <sup>33</sup> COSTA, Daniel Carnio. Provas ilícitas no Processo Civil, trabalho inédito, outubro 2007.
- <sup>34</sup> Parecer E-3. 253/05 do Tribunal de Ética da OAB - Seção SP
- <sup>35</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Processo civil. Vol. I Saraiva, 2004, p. 435
- <sup>36</sup> COSTA, Daniel Carnio. Provas ilícitas no Processo Civil, trabalho inédito, outubro 2007.
- <sup>37</sup> STF, Ação Penal 307-3-DF - Plenário, Rel.Min. Ilmar Galvão- DJU, 13/10/1995 .
- <sup>38</sup> Voto proferido no julgamento da AP307-3-DF.
- <sup>39</sup> Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil: o poder de criatividade do Juiz e o acesso à justiça. São Paulo, Saraiva, 2004, pág. 151.