

DÉBORA PESSOTO

AS PROVAS ILÍCITAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Especialização em Direito Civil e Processual Civil

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

SÃO PAULO - 2010

DÉBORA PESSOTO

AS PROVAS ILÍCITAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Trabalho apresentado à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência para a obtenção do Título de Especialista em Direito Civil e Processual Civil, sob a orientação do Professor Dr. Willian Santos Ferreira.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

SÃO PAULO – 2010

Banca Examinadora

Ao meu orientador Professor Dr. Willian Santos Ferreira que acendeu mais uma luz em meu caminho e que de forma insubstituível, fez parte desta.

A Deus pela minha existência e por tudo que ele tem me dado.

Ao meu esposo, meus pais e irmão, que me incentivaram e me deram forças em todos os momentos.

À minha irmã, minha companheira, por todo o sacrifício, força e amor, nas horas boas e más de toda minha trajetória.

E, não podendo deixar de agradecer por todo o seu empenho a Prof. Ms. Maria Antonieta Zanardo Donato.

RESUMO

O presente trabalho tem por elemento central o estudo das provas ilícitas no processo civil e a sua admissibilidade mediante aplicação dos princípios civilistas e dando maior atenção ao da proporcionalidade, iniciando com explanação acerca de provas, os princípios que norteiam sua produção e o tratamento conferido pela doutrina, o que vem seguido da análise do princípio da proporcionalidade, dos requisitos intrínsecos e extrínsecos que balizam sua utilização, até chegar ao capítulo que trata das principais correntes doutrinárias a respeito do uso de prova ilícita em processo civil. No capítulo específico sobre o tema estudado são enfocadas as principais questões suscitadas pela doutrina, jurisprudências apreciados por nossos Tribunais Superiores.

Palavras-chave: Provas; Princípios; Provas ilícitas;

ABSTRACT

This work is central to study the illegal evidence in civil proceedings and its admissibility by applying principles of civility and giving greater attention to proportionality, starting with explanation about evidence, the principles that guide its development and treatment determined by a doctrine, which has followed the analysis of the proportionality principle, intrinsic and extrinsic requirements that guide their use, until you get to the chapter that deals with the major doctrinal trends regarding the use of illegal evidence in civil proceedings. In the chapter on the topic under study will focus on the main issues raised by the doctrine, jurisprudence appreciated by our Courts.

Keywords: Proofs, Principles, Proof illegal;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1	
DAS PROVAS	12
1.1 Escorço histórico da prova processual.....	12
1.2 Conceito de prova.....	15
1.3 Finalidades das provas.....	17
1.4 Objeto das provas.....	18
1.5 Direito à prova.....	20
1.6 Ônus da prova no processo civil	21
CAPÍTULO 2	
PRINCIPIOS	23
2.1 Princípios da prova relacionados com as provas ilícitas.....	23
2.1.1 A função dos princípios	23
2.2 Princípio da investigação da verdade.....	25
2.3 Princípio da boa-fé em processo civil.....	25
2.4 Princípio da livre apreciação da prova	26
2.5 Princípio do contraditório.....	27
2.6 Princípio da proibição da prova ilícita	28
2.7 Princípio da proporcionalidade e as provas ilícitas.....	29
CAPÍTULO 3	
PROVAS ILÍCITAS	35
3.1 Considerações e conceito	35
3.2 Admissibilidade e o sistema constitucional	36
3.3 Aplicabilidade da Vedação às Provas Ilícitas aos particulares	37
3.3.1 Interpretação e Aplicabilidade da Vedação às Provas Ilícitas	40
3.4 Prova ilícita por derivação	41
3.5 Prova ilícita como única prova	44
3.6 Gravações clandestinas	45
3.7 Interceptação telefônica	46
3.8 Sigilo bancário	48
3.8.1 Restrições ao sigilo bancário	50

3.8.2 Atos ilícitos em sentido amplo ao sigilo bancário	51
3.9 Correspondência eletrônica (<i>e-mail</i>)	52
CONCLUSÃO	53
BIBLIOGRAFIA	55

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 regulou a proibição sobre o uso de prova ilícita nos processos em gerais, nos seguintes termos: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, inciso LVI).

A norma em relevo encontra-se inserida no capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e foi editada de forma a não admissão de exceção.

O presente trabalho tem por escopo demonstrar que, inobstante entendimento predominante em nosso meio jurídico, no sentido de que possui caráter absoluto, tem se intensificada discussão acerca da possibilidade de conferir interpretação flexível ao mandamento supracitado, de forma a admitir-se, em casos de excepcional gravidade, quando inexistam outros meios de prova (válidos) aptos a atestar a veracidade dos fatos litigados, o uso de provas ilícitas.

Mediante aplicação do princípio da proporcionalidade, insculpido implicitamente em nosso sistema jurídico, serão considerados os interesses conflitantes, levando-se em consideração os valores envolvidos, o bem jurídico violado quando da sua colheita indevida, a existência ou possibilidade de obtenção de outras provas válidas que se prestem a atestar o mesmo fato pretendido pela prova viciada, bem como a imprescindibilidade do seu acolhimento.

A aplicação do princípio da proporcionalidade está lastreada em três requisitos, quais sejam adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito, os quais, congregados simultaneamente no caso concreto, auxiliam o julgador na interpretação das normas colidentes, a fim de que decida pela prevalência daquela que se mostre de maior relevância.

A jurisprudência majoritária adota posicionamento garantista, inadmitindo qualquer exceção ao mandamento legal em comento; contudo, o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que o inciso LVI, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, não possui natureza absoluta. O Superior Tribunal de Justiça, também já apreciou alguns casos nesse

sentido, tendo, inclusive, proferido sentença admitindo a validade de prova viciada de ilicitude, *pro societate*.

A despeito de sua estreita relação com a norma que veda o uso de prova ilícita, essa teoria não foi prevista expressamente em nosso ordenamento jurídico, fato que não impediu o Pretório Excelso de decidir pelo repúdio, também, das provas derivadas de fonte viciada de ilicitude, vez que contaminadas pelo vício desta.

CAPÍTULO 1. DAS PROVAS

1.1 Escorço histórico da prova processual

Nas origens do Direito (povos primitivos), inexistia a figura da prova, inicialmente pelo fato de que o mais forte era o vencedor do conflito. João Arruda¹ (Filosofia do Direito) lembra que na sociedade primitiva, onde o direito consistia na decisão dos chefes ou ainda onde a decisão tinha assento em alguns usos e costumes, a vontade jurídica era manifestada por meros símbolos, e a comprovação dessa vontade, nas disputas entre os interessados, se regia por um ritual em que predominava a coragem ou a força como emanção do poder divino, que decidia as pendências.

A prova literal só passou a existir depois da evolução da civilização a um estágio relativamente superior, quando os povos passaram a reconhecer as virtudes do testemunho oral. Com isso, foi atingido um nível de civilização para o qual contribuíram milênios de gerações.

As sociedades antigas clássicas nascem, a todo propósito histórico, na Grécia.

A região do Mar Mediterrâneo que foi o berço da civilização grega, uma das maiores e mais importantes sociedades que a humanidade já conheceu, a qual proporcionou a civilização moderna grande parte dos seus conhecimentos.

A posição geográfica da Grécia favoreceu ao seu desenvolvimento, pois era a ligação da Europa e o Oriente Próximo. O litoral recortado, com diversos portos naturais, propiciou aos gregos a dedicação para a navegação e ao comércio. Contudo, as amplas regiões montanhosas atrapalhavam a comunicação interior, inutilizando a coesão política, dividia a Grécia em quatro regiões: a Continental, a Peninsular, a Insular e mais tarde também a Asiática, formando-se algumas cidades-estado².

¹ ARRUDA, João. Apud REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35.

² ORDOÑEZ, Marlene. **História**: Manual do professor. São Paulo: Horizontes, 1998, p. 327.

Por este motivo, torna-se difícil falar em um Direito excepcional da Grécia Antiga, mas confirma-se na história a importância de duas cidades-estado para a construção do Direito neste interregno histórico: Esparta e Atenas.

Sabe-se que o processo grego antigo era verbal, apresentada a competência por assembléias, e ações jurídicas que já se subdividiam em públicas e privadas. Eram acolhidas as provas testemunhais, apesar disso não era reconhecido o testemunho das mulheres. Sobretudo nos negócios mercantis, já eram de epítome importância as provas documentais, e o julgador havia livre-arbítrio para deliberar segundo sua análise de todo o conjunto probatório³.

Já no Direito Romano a prova testemunhal era integral, ascendência que foi mantida até quase o período da decadência do Império, embora os romanos não desconhecêssem a escrita.

No que pertine ao ônus da prova, no direito romano as referências são escassas, o que se justifica não só porque o direito romano se fundava no princípio do livre convencimento do juiz, cabendo às partes, por sua conta e risco, formular suas asseverações quanto ao fornecimento das provas, mas também porque o juiz era autorizado a não se pronunciar sobre a contenda, quando não suficientemente instruída.

Ensina Vicente Grecco Filho⁴ que:

no *Corpus Júris Civilis*, dois títulos ocupavam-se do ônus da prova (D. 22.3 e C. IV. 19). J  se entrevê nos textos a preocupa o de distinguir os diversos tipos de alega es que as partes podem fazer em juízo e a distribui o do  nus de provar a uma ou outra, dependendo da natureza da alega o.

S o do direito romano os seguintes axiomas jurídicos: *actore non probante, reus absolvitur* (se o autor não fizer a prova, absolve-se o réu); *probatio incumbit qui dicet, non qui negat* (a prova adjudica a quem jura e não a quem nega); *in excipiendo reus fit actor* (apresentando exce o o réu se torna autor); e *negativa non sunt probanda* (os fatos negativos não devem ser provados).

³ SANTOS, Valdeci dos. **Teoria geral do processo**. 2^a ed. Campinas: Millennium, 2007, p. 17-18.

⁴ GRECCO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 188.

O declínio do império romano dá lume ao período medieval, com a ascensão dos reinos bárbaros. Entre os povos bárbaros, destacavam-se os germanos, atuante povo no desenvolvimento da Europa Feudal.⁵

Para Valdeci dos Santos⁶, embora consuetudinário, o processo germânico era austero e mais arcaico em relação ao processo romano. No processo germânico apenas se admitiam provas previstas e somente cabia ao juiz verificar a sua existência e o valor idêntico a norma legal, sendo que a valoração do magistrado era imprópria e não poderia acontecer.

No tocante ao ônus da prova, cabia ao acusado fazê-lo, tendo em vista que o processo germânico era acusatório.

Com o ressurgimento do direito romano, após o ano 1000, voltou a se sobrepor os princípios do direito romano clássico, com a limitação, porém, da atividade judicial, segundo a regra *iudex debet iudicare secundum allegata et probata partium* (o juiz deve julgar segundo o alegado e provado pelas partes).⁷

Do descobrimento do Brasil, até a independência, já se passaram três séculos e o país apresentou como seu direito processual, o da metrópole de Portugal. O Decreto Imperial de 20/10/1823 manteve ainda as Ordenações Filipinas de Filipe I em 1603 como fonte de Direito Processual.⁸

Tais Ordenações, em princípio, seguiram as idéias da direito romano, limitando os efeitos da regra negativa *non sunt probanda*, porque as negativas podem ser provadas quando determinadas quanto a tempo e lugar, daí poderem converter-se em afirmativas.

No direito brasileiro anterior, o Regulamento n° 737 foi omissivo; os Códigos estaduais prescreveram, de modo geral, que compete a cada uma das partes fornecerem os elementos de prova de suas alegações.⁹

No Estado Novo, Vargas instituiu um novo Código de Processo Civil, em 1939, que só fora revogado pela Lei n° 5.869/73 que aprovou o atual Código de Processo Civil.

⁵ ORDOÑEZ, Marlene. QUEVEDO, Júlio. **História**: Manual do Professor. Coleção Horizontes. São Paulo: IBEP, 2000, p. 46-47

⁶ SANTOS, Valdeci dos. **Teoria Geral do Processo**. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2007. p. 17-18

⁷ GRECCO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 188.

⁸ SANTOS, Valdeci dos. *Idem*, p. 18.

⁹ GRECCO FILHO, *Idem*, p. 189.

O Diploma Processual Civil em vigor estabelece no art. 333 as regras de distribuição do ônus da prova. Em suma, tal dispositivo estipula que ao autor compete demonstrar o fato constitutivo de seu direito, enquanto que ao réu compete demonstrar fato impeditivo, modificativo ou extintivo desse direito suscitado.

1.2 Conceito de prova

O termo “prova” apresenta nas mais variadas definições. Não tem significado suscetível de uma só interpretação e se presta a variadas conotações.

Em sentido amplo, o vocábulo prova (originário do latim *proba*, de *probare* = demonstrar) significa tudo o que demonstra a veracidade de uma proposição ou a realidade de um fato, sem nos esquecermos, ainda, dos sentidos de indício, sinal, ensaio, experiência, que ele também sugere¹⁰.

A prova não se circunscreve ao âmbito do Direito, se não que se estende pelas ciências em geral, integrantes do conhecimento humano, assim como alcança a própria vida prática cotidiana.

Levando-se em consideração do ponto de vista processual, a prova é o meio pelo qual a parte procura obter a confirmação dos fatos sobre os quais sustenta a existência de um direito (autor) ou a inexistência desse mesmo direito (réu).

No processo, traduz meio hábil e objetivo de convencer o julgador da veracidade ou não dos fatos alegados.

Nelson Nery Junior¹¹ ensina que as provas são meios processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico.

¹⁰ AULETE, Carlos. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. São Paulo: Delta, p. 3300.

¹¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 755.

Na mesma linha, Vicente Grecco Filho¹², afirma que prova é todo elemento que pode levar conhecimento de um fato a alguém. E, no processo, a prova é todo meio que se destina ao convencimento do juiz a respeito da verdade de uma situação de fato.

Nestes termos, com a prova o juiz se instrui a respeito dos fatos sobre os quais incidirá sua decisão, enquanto as partes, também com a prova, procuram criar a convicção do magistrado.

Na esteira deste raciocínio, tem-se que é o esforço produzido pelas partes litigantes com o escopo de firmar convicção do magistrado em prol da essência ou inexistência de acurado fato ou da essência ou inexistência de acurado direito.

As provas podem, ainda, ser classificadas segundo vários critérios. Deste modo, quanto ao objeto, às provas podem ser diretas ou indiretas. As primeiras são destinadas a demonstrar o próprio fato principal da ação, ou seja, aquele cuja existência, seja confirmada, determina a consequência jurídica pretendida.

As provas indiretas são reservadas à confissão de casos secundários, dos quais se pode tirar a persuasão da essência do fato principal.

Quanto ao sujeito de que emanam, as provas podem ser pessoais ou reais, fundando-se as primeiras em depoimentos de testemunhas e das partes e as últimas em objetos ou coisas.

Por fim, quanto à composição, as provas podem ser casuais ou simples e pré-constituídas, sendo estas as antecipadamente cunhadas com a finalidade probatória em futura demanda hipotética.

Com efeito, o Código de Processo Civil vigente não emboçou nenhum conceito de prova judiciária.

Apesar disso, a redação dos arts. 5º, inc. LVI, da CF/88 e 332 do CPC conclui que as provas são todos os meios lícitos e admitidos, designados a comprovar a verdade dos fatos alegados pelas partes.

O CPC regula a matéria relativa a prova em seu Livro I, Título VIII, Capítulo VI, nos arts. 332 a 443.

¹² GRECCO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 167-168.

1.3 Finalidades das provas

A prova produzida tem uma finalidade prática, que é a de convencer o julgador da veracidade ou não dos fatos alegados.

A finalidade principal é a da afirmação do julgador, trazendo-lhe convicção sobre o fato. Em razão disto, o Juiz figura como o seu principal destinatário.

Para Moacyr Amaral Santos¹³, a prova tem um único escopo, de formar a persuasão de alguém. O mesmo autor afirma que o objetivo da prova é verificar se os fatos afirmados são certos de modo a criar a certeza quanto a sua existência.

Entretanto, a finalidade não é apenas de convencer, mas, mormente, nortear a formação do convencimento do julgador, pois conforme está previsto no art. 131 do CPC, este não pode decidir contra a prova existente nos autos, sob pena de nulidade da sentença.

E, como é cediço, o CPC vigente adotou os sistemas da livre afirmação, ligando-o ao da persuasão racional, os quais desautorizam o Juiz a julgar secundária a sua pessoal persuasão, determinando-lhe que o faça de maneira fundamentada. Tal baldrame é feito com vistas à prova produzida, conforme exigência explicitada no art. 93, inc. IX da Constituição Federal.

Neste sentido, Pontes de Miranda¹⁴ afirma que o Estado impõe ao Juiz certas regras de convicção, mais ou menos rígidas, a que tem de obedecer, regras que vão do máximo (sistema da livre convicção do Juiz) até o mínimo de liberdade (sistema da taxação da prova).

Em abreviado, é da prova que nasce a confiança legal do julgador, conforme o brocardo romano *ex probatione oritur fides iuridica*.

A partir da prova carreada nos autos, o Juiz inicia, por um processo ou método de raciocínio indutivo (extraíndo uma conclusão geral dos fatos particulares), a justa composição da lide.

¹³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Forense, 1976, p. 08-09.

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Forense, 1977, p. 332.

Ainda na esteira deste raciocínio, cabe dizer que embora o Juiz se mantenha imparcial em todo o trâmite processual, quando da prolação da sentença, este passa a demonstrar as razões de seu convencimento, ou seja, é nesse instante em que aprecia as provas e todos os elementos constantes dos autos e, então decide qual das partes lhe pareceu mais convincente.

Porém, não há que se dizer que o Juiz é parcial tampouco protecionista, mas apenas firma seu convencimento e expõe suas fundamentações, valendo-se dos princípios da persuasão racional e do livre convencimento motivado.

Profícuo consignar ainda que, de certo modo, a prova dos fatos, além de procurarem convencer o Juiz ou o Tribunal, compõe para ele, um comprovante para decidir em detrimento dos interesses da parte versus a qual a prova foi produzida, porquanto o julgador deve ser por força de rígido princípio legal, neutro, imparcial, não lhe sendo dado conferir maior ou menor credibilidade a esta ou àquela alegação¹⁵.

Tecidas tais considerações, impõe-se a asseveração de que muito embora a prova propõe-se a formar a afirmação do Juiz, não se pode negar que, em segundo plano, ela se designa à persuasão da parte contra a qual foi produzida, embora, na prática, esta finalidade raramente logre êxito.

1.4 Objeto das provas

A produção da prova em sede jurisdicional tem como propósito convencer o julgador da veracidade ou não dos fatos em discussão, quer na ação, quer na exceção.

O objeto a ser comprovado no processo, em regra, é a argüição de um fato trazida aos autos. O direito, em geral, se presume conhecido de todos, conforme art. 3º da LICC, bem como pelo princípio *jura novit curia* (o juiz conhece o direito) não é objeto de prova; eventualmente deverá ser provado

¹⁵ TEIXEIRA FILHO, *idem*, p. 65-66.

nos autos, pois em certos casos a lei exige a prova de direito municipal, estadual, consuetudinário e estrangeiro, segundo dispõe o art. 337 do CPC.

A prova utilizada quanto aos fatos, como ensina Humberto Theodoro Júnior¹⁶, poderá ser direta ou indireta. Sendo direta quanto demonstrar a existência do próprio fato narrado. É auxiliar e necessita de um juízo coerente, por meio dela presume-se que os fatos afirmados são ou não adequados, pois não avalia o fato probando, mas os auxiliares. Os fatos notórios, confessados, admitidos no processo como incontroversos, ou em cujo favor milita a presunção legal de existência ou veridicidade, segundo dispõe o art. 334 do CPC, não devem ser objeto de prova.

Os fatos notórios são acontecimentos ou situações de conhecimento geral incontestáveis, são aqueles fatos que fazem parte da cultura, da informação geral dos indivíduos. Desse modo, a prova destes é inútil e contrário ao princípio da economia processual.

Lembra Vicente Grecco Filho¹⁷ que:

Para a dispensa da prova, não é necessário que a notoriedade seja absoluta ou que o conhecimento seja de todos e em todos os lugares. É suficiente a notoriedade relativa, local ou regional e do pessoal do foro. Vale dizer que a notoriedade deverá ser do tribunal de segundo grau de jurisdição que em tese poderá julgar o recurso. Se tal não ocorrer, poderá nascer dúvida sobre a existência de fato notório.

Sobre os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, estes não precisam ser provados, pois não há confusão em afinidade a eles. Não há que se procrastinar o feito provando algo que não tem a veracidade discutida.

No caso da confissão e da prova, o legislador entendeu não ser preciso à produção de novas provas. Nada obstante, quando os fatos partirem atinentes a direitos indisponíveis a admissão da parte contrária não gera consequência absoluta e carecem serem provados. É o que leciona Arruda Alvim¹⁸ dizendo:

(...) a confissão da parte contrária não tem relevância alguma, no contexto das provas, senão o mero peso psicológico se conferir com

¹⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 369.

¹⁶ GRECCO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 169.

¹⁸ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 181.

o conjunto probatório (art. 334, II e art. 351 do CPC); este inciso II do art. 334 aloja-se mal debaixo do caput do artigo, dado que a confissão é meio de prova. O que, em verdade, quis a lei (art. 334, inc. II) significar é que os ditos fatos confessados desnecessitam de outra prova, além da própria confissão.

Os fatos incontroversos, que também não são objetos de prova, é aquele em que a parte adversa concorda com o adversário, ou ainda, não os contesta; ressalta-se novamente que tal regra não se aplica a direitos indisponíveis.

O art. 451 do CPC relata que o juiz, antes de iniciar o trabalho instrutório, deverá fixar os pontos discutidos sobre os quais se desenvolve a instrução probatória. Sendo assim, os fatos não controvertidos não necessitam ser provado, o que evita a produção de provas ociosas que comprometem a celeridade processual.

Os fatos em cujo favor milita a presunção legal de existência ou veracidade têm como dispensáveis suas provas. Se a presunção for absoluta, ou seja, *jure et de jure*, não cabe prova, entretanto se tal presunção for relativa, *juris tantum*, pode ocorrer a inversão do ônus da prova.

Diante do que se refere ao objeto da prova, é evidente que são os fatos controvertidos, sobre os quais recai o conflito de interesse, que devem ser submetidos à produção de provas do processo civil e no processo do trabalho e, também, os fatos, mesmo que não controversos, mas que digam respeito a direitos indisponíveis.

1.5 Direito à prova

A produção de provas, ao mesmo tempo em que constitui direito das partes, o qual está intimamente relacionado ao direito de ação (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88) e aos princípios do contraditório e da ampla defesa (extraídos do inciso supracitado e também do inciso LV, do mesmo artigo) é um ônus que recai sobre elas, vez que, em processo judicial, tudo aquilo que for alegado deve ser provado, fato que se aplica, principalmente, à acusação, por ter o dever de demonstrar a prática da infração criminal e os indícios de quem seja o

seu autor, enquanto que a este compete o dever de apresentar elementos que modifiquem ou extingam as imputações feitas.

Esse direito, como muitos outros tutelados constitucionalmente, não é absoluto, deixando de sê-lo na medida em que esbarre em outro, igualmente protegido pela Lei Maior e que diante da causa *sub judice*, mostre-se de maior relevância. Ademais, “não existem direitos ou garantias absolutos. É possível, respeitados certos parâmetros, o sacrifício de um direito legítimo em prol de outro da mesma ou superior magnitude”.¹⁹

Segundo José Carlos Barbosa Moreira:

[...] redonda não só no direito à produção das provas que houverem sido autorizadas, mas traduz, também, a obrigatoriedade do órgão judicial de valorá-las e de exarar sua sentença segundo o conjunto probatório constante nos autos e os argumentos deduzidos durante a lide.²⁰

Antônio Magalhães Gomes Filho assevera que o direito à prova:

[...] engloba também o direito à investigação; o direito de proposição (indicação, requerimento) de provas; o direito à admissão das provas propostas, indicadas ou requeridas; o direito à exclusão das provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes; o direito sobre o meio de prova (direito de participação das partes nos atos de produção da prova); o direito à avaliação da prova.²¹

1.6 Ônus da prova no processo civil

A expressão ônus da prova corresponde, às regras distributivas de ônus processuais entre as partes referentes à subministração da prova.

O ônus da prova é um instituto que irá ditar as regras para o magistrado fundamentar legalmente sua sentença diante da existência de fatos afirmados e não provados, já que agora não pode mais proferir um *non liquet* tal como existia no direito romano. Tal origem se deu no direito romano, onde

¹⁹ SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas**. 2ª ed. São Paulo: Lend, 2002, p. 15.

²⁰ MOREIRA, Barbosa José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Forense, 2007, p. 88

²¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 85-89.

as teorias mais se assemelham, não só a base do direito probatório, mas quase todo o direito.²²

²² CAMPO, Hélio Márcio. **O princípio dispositivo em direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 30-31.

CAPÍTULO 2. PRINCIPIOS

2.1 Princípios da prova relacionados com as provas ilícitas

2.1.1 A função dos princípios

O termo princípio, em regra, designa o começo ou início de alguma coisa, porém em termos jurídicos, é muito mais amplo; o princípio quer na verdade alicerçar uma estrutura, garantir a sua existência e a sua aplicabilidade.

Na doutrina jurídica, vários são os conceitos de princípio, inúmeras são as classificações que lhes são cominadas e, por fim, ainda não existe um consenso sobre sua função.

Rizatto Nunes²³ afirma que:

(...) os princípios são, dentre as formulações deontológicas de todo sistema ético-jurídico, os mais importantes a serem considerados não só pelo aplicador do direito, mas por todos aqueles que, de alguma forma, ao sistema jurídico se dirijam. Sendo assim, ressalta a importância em sua essência e como elemento harmonizador, integrador e de mecanismo de garantia de eficácia da norma jurídica.

As provas têm por finalidade precípua auxiliar o juiz na formação de sua convicção acerca da verdade, na medida em que é produto da reconstrução dos acontecimentos passados, da maneira que mais se aproxime do modo como ocorreram, a fim de que o magistrado tome conhecimento sobre eles, e, a partir do conjunto probatório produzido e dos argumentos sustentados pelas partes, decida segundo sua convicção e experiência.

O princípio do contraditório garante a igualdade de tratamento entre as partes litigantes, na medida em que as informa sobre a produção de todas as provas e argumentos deduzidos nos autos e oferta direito de manifestação. A importância do princípio do contraditório no processo de produção de provas

²³ NUNES, Rizatto Antônio Luiz. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 26

é tamanha, que até mesmo quando sua realização for produto de deliberação de ofício do juiz, as partes deverão tomar conhecimento sobre elas.

A ampla defesa corrobora e amplia o alcance do contraditório, quando assegura não só a participação no processo, mas sim a efetiva participação em todas as suas fases.

José Carlos Barbosa Moreira leciona alguns requisitos que devem balizar a confecção das provas, evitando-se eventual desrespeito aos princípios que norteiam essa atividade:

[...] a necessidade de conceder iguais oportunidades de pleitear a produção de provas; inexistência de disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento das provas pelo órgão judicial; igualdade, para as partes, de possibilidades de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre os seus resultados.²⁴

Não existe em nosso Diploma Processual norma específica prevendo penalidade a provas que tenham sido obtidos em desrespeito a direitos e garantias dos cidadãos, havendo, apenas, mandamento que determina o desentranhamento das provas falsas (art. 145, IV), fato reparado em nosso ordenamento, tão somente, com o advento da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, inciso LVI, previu a pena da inadmissibilidade processual.

As provas constituem o âmago do processo, desempenhando função primordial, notadamente, nos feitos que envolvam matéria criminal, por ser fator determinante para imposição de sanção penal, a qual, em sua grande maioria, importa na privação de um dos bens mais valiosos da pessoa humana, a liberdade. Ademais, vigendo entre nós o princípio do livre convencimento motivado (artigo 93, IX, da Carta Magna), o juiz, ao prolatar sua decisão, deve fundamentá-la com os motivos que influíram no seu convencimento, os quais devem ser extraídos das provas confeccionadas nos autos, garantindo-se, assim, a efetividade do processo.²⁵

²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. Temas de Direito Processual. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980.

²⁵ SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas**. 2ª ed. São Paulo: Lend, 2002, p. 13.

Segundo César Dário Mariano:

Há maior flexibilidade na produção e, ao mesmo tempo, maior rigor na apreciação das provas coligidas durante o processo. Se, por um lado, qualquer prova lícita e legítima deverá ser apreciada pelo Juízo para se chegar à verdade sobre determinados fatos, por outro essa prova deverá ser analisada minuciosamente para se saber se ela é verdadeira e se poderá produzir efeito no mundo jurídico.²⁶

Ainda o mesmo autor ressalta que a produção de provas:

[...] deve estar balizada segundo o ordenamento jurídico vigente, a fim de que possa ser aceita pelo Juízo como válida a provar algo de interesse das partes. Cabe, contudo, ao Judiciário dizer se a prova é apta, ou não, a demonstrar um fato histórico ocorrido. Destarte, não é qualquer prova que poderá ser levada ao crivo do Judiciário, mas apenas as que não sejam vedadas pela Constituição ou legislação ordinária.²⁷

2.2 Princípio da investigação da verdade

Nos processos civis é mais freqüente a presença do princípio da verdade formal, que restringe o juiz a um mero expectador das provas produzidas pelas partes, e a partir delas, e delas somente, que solucionará a lide. Porém, este princípio não é absoluto. Em casos de direitos indisponíveis, por exemplo nos artigos 342, 399, 418 e 440 do CPC, é possível ao juiz a iniciativa probatória.

2.3 Princípio da boa-fé em processo civil

O princípio da boa fé é um dos princípios basilares do processo civil.

Para a prof^a Maria Helena Diniz tal princípio é fundado no respeito a dignidade da pessoa humana, dando prioridade a boa-fé subjetiva e objetiva, a probidade, a equidade, bem como a eticidade.

²⁶ Apud SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas**. 2^a ed. São Paulo: Lend, 2002, p. 22.

²⁷ Apud SILVA, César Dario Mariano da. *Idem*, p. 19.

Ensina de forma mais detalhada o professor Flávio Monteiro de Barros que

O princípio da eticidade é o que confere maior poder ao juiz para decidir o caso concreto, não só suprimindo as lacunas da lei, mas também resolvendo os litígios com base na equidade, quando autorizado pelo ordenamento jurídico, ou quando a norma expressa for deficiente ou injustável para o caso concreto. No Código Civil, nem tudo se resolve por meio de preceitos normativos expressos, pois são fartas as referências à equidade, a boa-fé, a justa causa e demais critérios éticos. O grande número de hipóteses em que a decisão se basear em critérios ético-jurídicos amplia, em nome de uma solução mais justa ou eqüitativa, os poderes do magistrado.²⁸

Da mesma forma ensina o professor Carlos Roberto Gonçalves “O princípio da eticidade, funda-se no valor da pessoa humana como fonte de todos os demais valores. Prioriza a equidade, a boa-fé, a justa causa e demais critérios éticos.

Confere maior poder ao juiz para encontrar a solução mais justa ou eqüitativa dos contratos como base ética de todos o direito obrigacional”.²⁹

O novo Código Civil brasileiro inspirado nas codificações anteriores aos anos 70 introduziu inúmeras cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, sem qualquer outro ponto de referência valorativo. Torna-se imprescindível, por isso mesmo, que o interprete promova a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República, que define valores e princípios fundantes da ordem pública.

No plano jurisdicional, conferir maior autonomia e poder criador ao juiz para adaptar as normas aos fatos.

2.4 Princípio da livre apreciação da prova

O princípio da liberdade probatória encontra disposição legal no art. 332 do CPC. Este dispositivo é complementado pelo art. 5º, LVI da CF, o qual prescreve que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

²⁸ BARROS, Flávio Monteiro de. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2005, p. 52.

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Sinopses Jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 25.

Além desses, tem-se os incisos X a XII da CF, os quais versam sobre a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (inciso X), inviolabilidade da residência do indivíduo (inciso XI) e da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (inciso XII).

A partir desses aspectos, existindo legalidade e moralidade, o meio é tido como hábil para obter a verdade real e processual, não permitindo a utilização da ilicitude, pelo uso de meios moralmente legítimos, pois essas situações seriam incompatíveis com a seriedade e segurança da justiça.

No entanto, existe certa relatividade no que concerne às provas obtidas ilicitamente, uma vez que há admissibilidade da escuta telefônica e quebra de sigilo bancário em alguns casos.

2.5 Princípio do contraditório

Com a redação dada pelo art. 5º, n. LV, da CF/88, esse princípio se lardeou aos “litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Com essa inovação fez com que o princípio alcançasse os processos civil e administrativo, pois só havia previsão da garantia do contraditório somente para o processo penal.³⁰

O princípio do contraditório corresponde ao princípio de igualdade das partes, dentro do processo, que terão as mesmas oportunidades de serem ouvidas, apresentar provas, e influir, no convencimento do juiz.

O contraditório é a presunção da paridade de partes: somente pode ser eficaz se os contendentes que possuem a mesma força ou, ao menos, os mesmos poderes. Também se desdobra em dois momentos: informação e participação.³¹

³⁰ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. Coleção estudos de direito de processo. 8ª d. São Paulo: RT, 2004, p. 169 .

³¹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**. 4ª ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: RT, 2010, p. 33.

Na esfera processual, particularmente na esfera do direito probatório, ele se manifesta ele se manifesta na oportunidade que as partes têm de requerer a produção de provas e de participarem de sua realização, assim como também de se pronunciarem a respeito de seu resultado.

2.6 Princípio da proibição da prova ilícita

Desde a vigência da Constituição anterior, a doutrina e jurisprudência já se posicionavam ser inadmissível a produção, em juízo, de prova obtida ilicitamente.

A ilicitude seria afastada, mais sob justificativa para a ofensa a outro direito por aquele que colhe a prova ilícita (é o caso de gravações clandestinas telefônica para prova de inocência), pois age em legítima defesa, causa da exclusão da antijuridicidade, prova essa que antes de ser ilícita é, ao contrário, lícita, prevista no art. 5º, X, da CF.³²

O acórdão de TJRJ, de Barbosa Moreira assim ementado: “Prova obtida por meio de interceptação e gravação de conversas telefônicas do cônjuge suspeito de adultério: não é ilegal, quer à luz do Código Penal, quer do Código Brasileiro de Telecomunicações, e pode ser moralmente legítima, se as circunstâncias do caso justificam a adoção, pelo outro cônjuge, de medidas especiais de vigilância e fiscalização”.³³

A prova pode ser ilícita em sentido material e em sentido formal. A ilicitude material ocorre quando a prova deriva de um ato contrário ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório.

Corroborando com Pietro Nuvolone citado por Nelson Nery Junior em sua obra *Princípios no Processo Civil na CF*, resume bem essa classificação, “que a prova será ilegal sempre que houver violação do ordenamento como um todo (leis e princípios gerais), quer sejam de natureza

³² NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 192-195.

³³ TJRJ, 5ª Câmara, AgIn 7.111, rel. Des. José Carlos Barbosa Moreira, v.u., j. 22.11.1983, in RBDP 43 (1984), Uberaba, p. 137-145. apud NERY JUNIOR, Nelson. (2004, p. 198)

material ou meramente processual. Ao contrário será ilícita a prova quando sua proibição for de natureza material, vale dizer, quando for obtida ilicitamente”.³⁴

2.7 Princípio da proporcionalidade e as provas ilícitas

Foi através da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que o princípio da proporcionalidade (*verhaeltnismaessingkeitsprinzip*), também chamado “mandamento de proibição de excessos”³⁵ ou “princípio da convivência das liberdades”³⁶ ganhou destaque no mundo jurídico, ao decidir-se pela ponderação de direitos ocasionalmente colidentes em determinados litígios, por ter sido constatado que a aplicação literal de alguns comandos normativos, ainda que em plena vigência e validade, poderia acarretar mais conseqüências negativas que positivas indo totalmente de encontro aos ideais de justiça.

Dentre as diversas terminologias usualmente invocadas para designá-lo, Paulo Bonavides, baseado em ensinamento de L. Hirshberg, elencou:

vedação de arbítrio’ (*willkürverbot*), ‘princípio da avaliação de bens jurídicos’ (*güterabwägungsprinzip*), ‘princípio da avaliação de interesses’ (*grundsatz der interessenabwägung*), ‘princípio de justiça’ (*gerechtigkeitsgrundsatz*), ‘proibição de excesso (*übermassverbot*).³⁷

Apesar de só ter ganhado destaque no mundo jurídico, em meados do século XVII, é plenamente identificado em momentos bem mais antigos da história da humanidade, como na Lei de Talião, que, em consonância aos costumes da época, cominava pena proporcional ao dano causado pelo infrator.

³⁴ NUVOLONE apud NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 199.

³⁵ FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000, p. 33.

³⁶ HAMILTON, Sergio Demoro. **As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito**. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/colaboradores/artigo_38.htm>. Acesso em: 10 out. 2010.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 366-367.

O fundamento jurídico invocado para extrair do ordenamento alemão o princípio em relevo e utilizá-lo como forma de interpretação apta a solucionar os conflitos entre valores conflitantes, foi o de que dimana do próprio Estado de Direito, estando presente, ainda que de forma implícita, em todas as regras do sistema³⁸, porquanto, conforme defendido pelo espanhol Ernesto Pedraz Peralva, citado por Paulo Bonavides, “é princípio consubstancial ao Estado de Direito com plena e necessária operatividade, ao passo que a exigência de sua utilização se apresenta como uma das garantias básicas que se não de observar em toda hipótese em que os direitos e as liberdades sejam lesados”.³⁹

A própria Corte germânica, quando da prolação de sentença fundamentada no referido princípio, identificou nele a presença de três requisitos qualificadores, quais sejam: adequação, exigibilidade ou necessidade, também conhecida como princípio da menor ingerência possível e, por fim, o que chamou de proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro deles prega preferência às medidas mais adequadas à obtenção do fim colimado; o segundo reza adoção das normas que ocasionem menos conseqüências gravosas aos cidadãos e o último funda-se na relação custo-benefício, de maneira a adotar-se a solução que enseje mais benefícios que prejuízos.⁴⁰

Com isso, será adequada a interpretação conferida à lei quando, da prolação da decisão judicial de casos envolvendo conflitos entre bens jurídicos igualmente valorados, restar tutelado aquele que tenha maiores condições de concretizar o fim precípua do Poder Judiciário, que é decidir segundo a justiça. Para tanto, deve ser feita opção pela medida mais segura e certa à obtenção dos resultados pretendidos, sendo que esta, consoante palavras de Ulrich Zimmerli, citado por Paulo Bonavides, será aquela “suscetível de atingir o objetivo escolhido”.⁴¹

Não basta que o meio escolhido seja o mais adequado possível, é preciso ainda, para se ostentar um provimento judicial efetivamente proporcional, que a decisão adotada seja necessário à satisfação dos fins

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 222-223.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 359..

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Idem*, p. 223.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Idem*, p. 360.

colimados, o que é aferido a partir da análise das possíveis medidas a serem adotadas como solução, de forma que, dentre todas, aquela que se mostre menos gravosa aos interesses envolvidos, será, por conseguinte, a medida exigida. Assim é que Paulo Bonavides, citando Ulrich Zimmerli, asseverou que “a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja”.⁴²

Ensinam Mannz e Dürig, ambos citados por Paulo Bonavides, que:

de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) ser também chamado de princípio da escolha do meio mais suave (das *Prinzip der Wahl dês mil-desten Mittels*).⁴³

Por fim, extrai-se da proporcionalidade em sentido estrito qual dos valores conflitantes deve prevalecer levando-se em consideração o que de uma maneira geral, acarrete mais justiça que injustiça: se o que determina a medida restritiva, como, por exemplo, o princípio que veda o uso de provas ilícitas em processo judicial ou o que tutela bens jurídicos individuais e sociais, como o princípio da verdade real, o direito de provar a inocência do acusado ou a segurança pública da sociedade.

Suzana Toledo de Barros ensina que:

A verificação da adequação é feita de maneira excludente, pois caso se constate que o meio não serve para atingir o fim, a sua utilização deve ser repelida e afastada. A análise da necessidade, quantitativa e qualificativa, contudo, é feita mediante juízo positivo, por meio do qual se indica entre os vários meios adequados para atingir um fim, o mais adequado [...]. Enquanto a necessidade representa uma otimização das possibilidades fáticas, a proporcionalidade em sentido estrito importa na otimização das possibilidades jurídicas.⁴⁴

Atualmente, seu uso tem sido bastante disseminado em Direito Constitucional, o que constitui reflexo da importância a ele conferida pela jurisprudência Alemã, cujo fundamento primordial invocado, foi a “garantia da intangibilidade conferida ao núcleo essencial dos direitos fundamentais”, e, consagrado, posteriormente, como derivado do próprio Estado de Direito, com

⁴² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 360-361.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Idem*, p. 361-363.

⁴⁴ BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 81-83.

arrimo no “princípio da constitucionalidade, que desloca para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica”.⁴⁵

Eberhard Grabitz, publicista alemão citado por Paulo Bonavides, ao discorrer sobre o princípio da proporcionalidade e a gradação de seu uso judicial pela Suprema Corte Germânica, asseverou que:

Pertence o princípio da proporcionalidade àqueles princípios da constituição que desempenham um notável e destacado papel na judicatura da Corte Constitucional. De início, o Tribunal o empregou apenas de forma hesitante e casual, sem conseqüências sistemáticas evidente; desde o “Apotheke-Urteil”, porém, ele o tem utilizado de maneira cada vez mais reiterada e em campos sempre mais largos do Direito Constitucional como matéria de aferição da constitucionalidade dos atos do Estado. Sua principal função, o princípio da proporcionalidade a exercita na esfera dos direitos fundamentais; aqui serve ele antes de mais nada (e não somente para isto) à atualização e efetivação da proteção da liberdade aos direitos fundamentais.⁴⁶

Quando é aplicado em face dos atos do Poder Legislativo, desempenha função tendenciosamente limitadora da atividade legiferante, sob pena do produto desta ser considerado inconstitucional, ao contrário do que comumente acarreta à atividade jurisdicional, por conferir certa liberdade de deliberação ao juiz, na medida em que lhe atribui maior discricionariedade na apreciação de casos e adoção da medida mais convincente da composição justa do feito, obviamente, respeitados os limites inerentes a esta função.

Assim, é que para Pierre Muller, igualmente citado pelo referido constitucionalista:

[...] há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmo apropriados e ou quando a desproporção entre meio e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta.⁴⁷

Nesse sentido é que Paulo Bonavides, invocando palavras de Manfred Gentz, ressaltou a necessidade da “relação entre o fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso”.⁴⁸

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 362.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Idem*, p. 358-359.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. *Idem*, p. 357.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *Idem*, p. 357.

Consoante se observa, o referido princípio mostrou-se um mecanismo eficaz na solução de casos envolvendo colisão entre regras, entre estas e princípios, e mesmo entre princípios, sendo que neste caso, jamais haverá eliminação de um, mas sim prevalência do que se mostrar mais relevante, enquanto que no choque entre regras, a colisão ensejará a exclusão de uma delas.

Edilson Pereira de Farias, expressando pensamento de Dworkin, explica que, a colisão entre princípios é “solucionada levando-se em conta o peso ou importância relativa de cada princípio, a fim de se escolher qual (is) dele (s) no caso concreto prevalecerá ou sofrerá menos restrição do que o outro(s)”⁴⁹. Em outro momento, acrescenta que “isso não significa que o princípio preterido deva ser declarado inválido, senão que sob determinadas condições um princípio tem mais peso ou importância do que outro e em outras circunstâncias poderá suceder o inverso”⁵⁰. Ainda na mesma esteira de pensamento, agora apoiando-se nas idéias de Robert Alexy acerca da íntima conexão existente entre a teoria dos princípios e o que chamou “máxima da proporcionalidade”, pontifica que:

Os princípios são mandados de otimização com relação às possibilidades fáticas e jurídicas, implicariam a “máxima da proporcionalidade” com suas três máximas parciais da conformidade ou da adequação dos meios – *Geeignetheit*, da exigibilidade ou da necessidade – *Erforderlichkeit* (requisito do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito – *Verhältnismässigkeit*. as máximas da adequação e da necessidade são deduzidas do caráter dos princípios como mandados de otimização referente às possibilidades fáticas; a máxima da proporcionalidade em sentido restrito ou mandado de ponderação refere-se às possibilidades jurídicas de realização dos princípios. Isto é, na hipótese de colisão de princípios, a efetivação dos mesmos dependerá dos princípios opostos, e a escolha dos que prevalecerão no caso concreto será conduzida pela ponderação dos princípios em jogo.⁵¹

O princípio da proporcionalidade não foi previsto expressamente em nosso ordenamento jurídico, mas é inegável sua presença, seja respaldado no Estado de Direito, por inspiração germânica, caso em que é extraído dentre os princípios gerais do direito, os quais “não estão consagrado em nenhuma

⁴⁹ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000, p. 28.

⁵⁰ FARIAS, Edilson Pereira de. *Ibidem*, p. 30-31.

⁵¹ FARIAS, Edilson Pereira de. *Ibidem*, p. 31-32.

concreta disposição de norma, senão que se encontram implicitamente no interior da ordem jurídica de onde são recolhidos através da arte de interpretar e aplicar as normas jurídicas⁵², ou ligado à cláusula do devido processo legal⁵³ ou “no contexto normativo dos direitos fundamentais e de seus mecanismos de proteção⁵⁴, ou, simplesmente, baseado no § 2º, do art. 5º, da Carta Magna, ao estabelecer que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”.⁵⁵

A proporcionalidade em muito se assemelha ao princípio da razoabilidade, o qual, segundo Luís Roberto Barroso, é produto da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, cuja origem remonta à cláusula *law of the land*, expressa na *Magna Charta* de 1215, do direito anglo-saxão, e tem por fundamento, o devido processo legal.⁵⁶

Com isso, percebe-se que o principal escopo que ensejou a criação e aplicação da razoabilidade foi a preservação de preceitos como a ética e a moralidade do Poder Público, assim como a tutela das liberdades pessoais dos cidadãos.

A proximidade dos dois princípios é tamanha, que uma das poucas dissemelhança apontada toca aos fundamentos jurídicos em que se baseiam, havendo, inclusive, quem chegue a afirmar que “razoabilidade e proporcionalidade em linhas gerais possuem relação de fungibilidade⁵⁷, ou ainda, que “a proporcionalidade é um desdobramento natural da construção jurisprudencial da razoabilidade, elaborada pela Corte Superior dos Estados Unidos”.⁵⁸

⁵² FARIAS, Edilson Pereira de. *Ibidem*, p. 45 e 47.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 222-223.

⁵⁴ BARROS, Suzana de Toledo. *Idem*, p. 91-98.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *Idem*, p. 360.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 213.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 219.

⁵⁸ HAMILTON, Sergio Demoro. **As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito**. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/colaboradores/artigo_38.htm>. Acesso em: 10 out. 2010

CAPÍTULO 3. PROVAS ILÍCITAS

3.1 Considerações e conceito

O texto constitucional vigente do art. 5º, LVI, estipula que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

De acordo com doutrinadores há uma confusão reinante a respeito sobre provas ilícitas. A prova ilegal, portanto, é vista como gênero, e são suas espécies a prova ilegítima, que atenta contra norma processual, e a prova ilícita, que viola norma material ou substancial.

Na ocorrência, no entanto, de prova ilícita, isto é, daquela que contraria uma norma material, esta deve ser desconsiderada e desentranhada do processo.

O desentranhamento da prova ilegal é direito da parte contra quem ela foi produzida.

É curial a leitura de José Afonso da Silva⁵⁹, ao caracterizar o Estado Democrático de Direito:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

Portanto, é a partir da riquíssima e incensurável explanação acima sobre a verdadeira dimensão do Estado Democrático de Direito, que temos que interpretar e executar todos os valores e princípios trazidos pela ordem

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 119.

constitucional de 1988, e, no caso em questão, o princípio da vedação às provas ilícitas.

3.2 Admissibilidade e o sistema constitucional

A prova ilícita somente pode ser afastada do processo quando o próprio ordenamento processual o determine. Assim, a prova ilícita que não seja também ilegítima há de ser admitida, devendo apenas se punir o responsável pelo ato ilícito cometido.⁶⁰

Torquato Avolio diz que, embora a Constituição limite-se a;

prescrever a inadmissibilidade da prova ilícita no processo, o alcance dessa disposição deve extrapolar a fase de admissibilidade das provas, propriamente dita, para abranger os demais momentos processuais relativos à prova, quais sejam, os da sua produção e valoração pelo juiz, em qualquer estado e grau de procedimento, como teria sido mais prudente que dispusesse para evitar qualquer interpretação colidente com o próprio espírito das vedações probatórias.⁶¹

Ainda segundo Torquato Avolio, a conseqüência que decorre da utilização da prova ilícita é, inapelavelmente, a da sua ineficácia, como imposição lógica da sua inexistência jurídica como ato ou como prova. Com relação à sentença que nela se baseou, será inquinada de nulidade.⁶²

Acerca dos direitos fundamentais impõe-se a leitura da lição de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco⁶³:

A variedade de direitos tidos como tais e a possibilidade de que entrem em linha colidente evidenciariam que não se pode falar em fundamentos imperiosos e incontestáveis para esses direitos. Os direitos humanos seriam fruto de momentos históricos diferentes e a sua própria diversidade já apontara para a conveniência de não se concentrarem esforços na

⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellgrini, *apud* Revista de processo. Ano 133, p. 85-119. Publicação oficial do IBDP. São Paulo: Revista dos Tribunais, março/2006, p. 87.

⁶¹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4ª ed. r.a.a. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 89.

⁶² AVOLIO, *Ibidem*, p. 90.

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 235.

busca de uma base absoluta, válida para todos os direitos em todos os tempos. Ao invés, seria mais produtivo buscar, em cada caso concreto, as várias razões elementares possíveis para a elevação de um direito como fundamental, sempre tendo presentes as condições, os meios e as situações nas quais este ou aquele direito haverá de atuar. Não basta, assim, que um direito encontre bons motivos filosóficos, aceitos no momento, para ser positivados; é indispensável, ainda, o concurso de condições sociais e históricas favoráveis para que se incorpore aos estatutos vinculantes.

Assim, toda e qualquer tentativa de interpretação dos direitos fundamentais deve ser acompanhada de uma detida análise do período em que aqueles foram concebidos ou positivados, sem esquecer de que essa análise também deve se preocupar com o momento e o ambiente histórico e social contemporâneos à vigência da norma veiculadora do direito em comento, no caso, a vedação às provas ilícitas.

3.3 Aplicabilidade da Vedação às Provas Ilícitas aos Particulares

O Estado detém o monopólio da atividade jurisdicional, cabendo-lhe o exercício da persecução penal. Desta forma são os órgãos ou agentes estatais, ainda que distintos, que produzem o inquérito policial, exercem a ação penal, julgam estas ações, entre outras atividades, que compõem a persecução penal.

Desta premissa podemos inferir que a vedação às provas ilícitas dirige-se primordialmente aos órgãos e agentes estatais.

No entanto, devemos nos inquirir se tal garantia também se dirige aos particulares.

Atualmente muito se discute sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas. Basicamente, as opiniões se dividem em dois grandes blocos: aqueles que defendem que os direitos fundamentais somente se aplicam às relações entre o particular e o Estado, e aqueles que entendem que tais direitos também se aplicam às relações entre os particulares.

Neste sentido é a abordagem de Andrey Borges de Mendonça e Olavo Viana Alves Ferreira⁶⁴, ao dissertarem que:

Como é sabido, o sujeito passivo por excelência dos direitos fundamentais sempre foi o Poder Público. Em um primeiro momento, após a derrocada do absolutismo e fortes nos ideais da Revolução Francesa, instituíram-se os direitos de primeira dimensão, exigindo-se que o Estado não atuasse em determinadas áreas, abstendo-se de violar os direitos fundamentais que foram reconhecidos. Caracterizam-se como prestações negativas, nas quais o Estado é impelido a não fazer, instituindo-se verdadeiros anteparos com o intuito de proteger o indivíduo. No século XIX, principalmente em razão da revolução industrial e das transformações sociais e econômicas decorrentes, verificou-se que esta posição inerte do Estado era incompatível com o bem estar das pessoas. Surgem os direitos econômicos, sociais e culturais, que exigem uma prestação positiva do Estado, intervindo no domínio econômico em prol do bem-estar do indivíduo. Não se exige mais uma abstenção e sim prestações, obrigações de fazer, colocando o Estado em posição diametralmente oposta àquela dos direitos de primeira dimensão. Porém, principalmente a partir das décadas de 40 e 50, na Alemanha, começou a se questionar: somente o Estado é o sujeito passivo dos direitos fundamentais? E os particulares, também estão obrigados a respeitar os direitos fundamentais, notadamente os de primeira dimensão?

A aplicabilidade dessas normas constitucionais, tema em comento, é tratada como eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em contrariedade à eficácia vertical que rege as relações entre os particulares e o Estado.

Vale ressaltar que o texto constitucional silenciou quanto à vinculação das relações particulares aos direitos fundamentais. No entanto, é a própria Constituição quem declara que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.⁶⁵

Desta forma, por não ter a Constituição de 1988 feito qualquer distinção entre os destinatários dos direitos fundamentais, e por tais direitos pretenderem a realização de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja a dignidade da pessoa humana, entende-se que tanto o Estado quanto os particulares observem as normas constitucionais que prescrevem direitos e garantias fundamentais, buscando dar-lhes a maior efetividade possível, no escopo de fortalecer e realizar a dignidade da pessoa humana.

⁶⁴ NOVELINO, Marcelo (coord.). **Leituras complementares de Direito Constitucional – Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 329/330.

⁶⁵ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, § 1º.

Do contrário se instituiria uma ética dupla, vedando um comportamento ilegal aos órgãos e agentes estatais e permitindo esse comportamento aos particulares.

Novamente nos valem os dizeres de Andrey Borges de Mendonça e Olavo Viana Alves Ferreira⁶⁶ para ilustrar essa questão, ao observarem que:

De outro giro, cumpre destacar que a Constituição direciona-se, para além de regular o poder político, também para reger a conduta do povo que integra o território submetido à Constituição. Assim, se o Poder Constituinte estabeleceu que é fundamento do nosso ordenamento jurídico a proteção dos direitos fundamentais, isto significa que todos aqueles que estiverem sob o império do ordenamento jurídico brasileiro estão submetidos aos fundamentos dele, dentre os quais se encontra o respeito aos direitos fundamentais.

Assim, é cristalino que a força normativa própria das regras constitucionais não se exaure no regramento do poder político, inclusive por se tratar de uma Constituição de cunho analítico, que pretende reger e desenhar toda uma sociedade e não apenas um Estado, trazendo novos valores e fundamentos.

Se tais valores e fundamentos que foram insculpidos no texto constitucional no escopo de desenhar uma sociedade efetivamente democrática – sem exaurir esses valores no campo político, nas relações com o Estado, mas levando-os ao âmbito econômico, social, familiar, cultural e tantos outros – se resumissem às relações entre o Estado e os particulares, não se conseguiria atingir ser desiderato, já que as ações e medidas estatais não encontrariam ressonância e reflexo nas relações existentes entre os particulares.

Desta forma, nos filiamos à corrente que entende pela aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre entes privados.

⁶⁶ NOVELINO, Marcelo. Idem, p. 333.

3.3.1 Interpretação e Aplicabilidade da Vedação às Provas Ilícitas

É cediço que no ordenamento constitucional brasileiro não há uma hierarquia entre suas normas e princípios.

Assim como também não há nenhum direito absoluto, ainda que fundamental, já que até o direito à vida, de caráter primordial e que antecede a todos os demais direitos, é excepcionado pela possibilidade de pena de morte nos casos de guerra declarada⁶⁷.

Ora, se com o direito à vida ocorre tal situação, não será diferente com os demais. A exemplo do direito à propriedade que é excepcionado pela possibilidade de desapropriação pelo Estado, sendo que ambos previstos pela Constituição de 1988.

Resta cristalina, portanto, a necessidade de se conciliar os diversos princípios, direitos e valores albergados pela Constituição de 1988.

Ademais, a necessidade de harmonização dos princípios constitucionais tem por finalidade equilibrar o ordenamento jurídico pátrio, de modo a realizar a pacificação social.

Os princípios e as normas devem estar sempre em consonância entre si para que haja uma aplicabilidade justa e segura do Direito.

No entanto, antes de adentrarmos com profundidade no assunto, convém estabelecer a distinção entre princípios e regras, já que o conflito entre estas duas categorias são resolvidos através de procedimentos hermenêuticos distintos.

Entende-se que os princípios possuem maior grau de abstração, já que se propõem a abarcar o maior número possível de situações do mundo fático. Tal grau de abstração acarreta um menor grau de determinabilidade, pois são normas genéricas sem eficácia plena, ou seja, sem aplicabilidade direta ao caso concreto.

Os princípios também possuem forte viés de fundamentabilidade, pois expressam direitos fundamentais, estruturantes e basilares do ordenamento jurídico e encontram-se hierarquicamente superiores às demais

⁶⁷ Constituição da República Federativa do Brasil, arts. 5º, XLVII, a, e 84, XIX.

normas, seja por sua localização ou por sua função estruturante do sistema jurídico.

São idéias centrais do ordenamento jurídico, fundamentando as demais normas.

É imperiosa e inexorável, portanto, a conclusão de que a vedação às provas ilícitas constitui-se num princípio constitucional.

Uma vez verificada a colisão entre princípios constitucionais, sabendo que se trata de normas de mesma hierarquia, ambas válidas, a decisão final, seja de ordem legislativa ou judicial, deve observar o desiderato de otimização e harmonização que elas contêm, realizando e concretizando a força normativa do texto constitucional.

No entanto, em determinadas situações a interpretação não é suficiente, ainda que indispensável. Nestas situações deve-se determinar qual bem ou direito prevalecerá sobre os demais e em que medida isso ocorrerá.

É a aplicação da ponderação de bens, por meio do princípio da proporcionalidade.

3.4 Prova ilícita por derivação

Se o fato provado com a interceptação irregular constitui crime, tem-se o que a doutrina classifica de Prova Ilícita por derivação. Por exemplo, se por intermédio da interceptação ilícita se descobre que num dado local há a ocorrência de tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei nº 11.343/2006) e pessoas venham a ser presa pela prática desse delito, a prova do crime de tráfico é ilícita por derivação da ilicitude da interceptação telefônica. Nessa seara, as colocações do professor Torquato Avolio sobre provas ilícitas por derivação:

O problema das provas ilícitas por derivação, por uma imposição lógica, só se coloca nos sistemas de inadmissibilidade processual das provas ilicitamente obtidas. Concernente as hipótese em que a prova obtida de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido; ou da

interceptação telefônica clandestina, pela qual se venham a conhecer circunstância que, lícitamente colhidas levem à apuração dos fatos. A questão é saber-se se essas provas, formalmente lícitas, mas derivadas de provas materialmente ilícitas, podem ser admitidas no processo.⁶⁸

A doutrina e a jurisprudência não chegaram a uma posição pacífica, quer no direito comparado, quer no direito brasileiro, em que pese à recente regulamentação da matéria.

A doutrina cunhada pela Suprema Corte norte-americana dos “frutos da árvore envenenada” (*fruits of the poisonous tree*), segundo o qual o vício da planta permite a todos os seus frutos. Assim, a partir da decisão proferida no caso “*Silverthorne Lumber Co. v. United States*” (251US 385; 40 S. Ct. 182; 64L. ed. 319), de 1920, as cortes passaram a excluir a prova derivadamente obtida a partir de práticas ilegais. Acreditava-se que, com isso, similar ao pensamento que ensejou a concepção da *exclusionary rule*, a polícia ficaria desencorajada de proceder a buscas e apreensões ilegais.⁶⁹

Dado esse motivo acreditava-se, que, similar ao pensamento que ensejou a concepção da *exclusionary rule*, a polícia ficaria desencorajada de proceder a buscas e apreensões ilegais. No que se refere à confissão extorquida, há pelo menos um argumento no sentido de que não seria digna de confiança, a não ser em situações onde a prova, embora obtida ilícitamente, demonstra a culpa do acusado.

Argumento em prol da contenção do arbítrio policial, utilizado a *contrario sensu*, permitiu o acolhimento da prova ilícita *pro reo*: ou seja, para evitar que a polícia, viciasse a prova favorável à defesa. O enfoque do sistema americano, sobre a exclusão probatória, voltado ao processo penal e a autoridade pública, e que manifesta nas tendências de não afastar do processo as provas decorrentes de exclusão a outros campos do direito.

Para a doutrinadora Ada Pellegrini Grinover⁷⁰, em relação ao princípio da razoabilidade (concedido pela experiência norte-americana, e ali não detentor de maior desenvoltura).

⁶⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**: Interceptações Telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4ª ed. r.a.a. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 81.

⁶⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Idem, p. 81-82.

⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As provas ilícitas na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 29.

Dentro da doutrina dos *fruits of the poisonous tree* tem comportado temperamentos em seu país de origem, estabelecendo critérios para o aproveitamento dos elementos derivados da prova obtida ilicitamente.

Em 14 de janeiro de 2009, a Suprema Corte norte-americana decidiu que a prova obtida de uma prisão ilegal, decorrente de erro no manejo dos dados dos registros policiais, pode ser utilizada contra o réu criminal. A decisão, tomada por estreita maioria (5 a 4 dos votos), revelou divergência sobre as concepções acerca da regra de exclusão das provas ilicitamente obtidas (*exclusionary rule*), que pressupõe, a supressão de uma prova obtida à custa de má conduta policial, e sugeriu que o compromisso da Corte com a regra era tênue.⁷¹

No Brasil, a doutrinadora Ada Pellegrini Grinover, entende que a posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, é a que professa a transmissão da ilicitude da obtenção da prova às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo.⁷²

Quanto à questão dos *fruit of the poisonous tree* de início suscitou divergência em julgamento do Supremo Tribunal Federal, de 30/06/1993. O Min. Sepúlveda Pertence afirmou em seu voto que essa doutrina “é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita”. E isto porque “vedar que se possa trazer ao processo a própria ‘degravação’ das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais afirmações, não colheria, evidentemente, é estimular e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas”. A esse entendimento aderiram os Ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello.⁷³

⁷¹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 82-83.

⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini. **As provas ilícitas na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 28.

⁷³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 86-87.

Segundo afirmação de Ada Pellegrini Grinover, “a Constituição deixou em aberto a questão da admissibilidade das provas ilícitas por derivação”.⁷⁴

3.5 Prova ilícita como única prova

A doutrina e a jurisprudência brasileira discutem sobre a possibilidade de utilização de uma prova ilícita, quando esta é a única prova produzida no processo e, portanto, possui alto grau de relevância.

Para Alcides de Mendonça Lima,

o juiz não pode abstrair-se de conhecer do fato e julgar conforme possa influir, isoladamente ou no conjunto de provas, porque sua obtenção foi considerada 'imoral', por transgredir certos postulados ou certas normas que amparam os indivíduos, e, portanto, somente por isso, deixa de ser eficaz para ser o litígio solvido. Se a parte dispuser apenas daquela prova, sem possibilidade de outra, sobre fato, que, pela natureza, não enseja, normalmente, outro meio (v.g. corrupção, adultério, chantagem, sempre realizados com recato e sigilo, com a preocupação de ocultar o mais possível), a repulsa pelo juiz poderá determinar uma sentença injusta e imoral, negando razão ao que usou de meio de prova obtido imoralmente e dando razão ao que praticou o ato imoral e ilegal, mas cuja prova foi considerada ineficaz por ter sido conseguida fora da moral (...). É a negação do ideal de justiça!⁷⁵

Na maior parte da doutrina e jurisprudência entende de maneira diversa, ou seja, que a prova ilícita não deve ser admitida ainda que essencial para o desenvolvimento do processo, porque, do contrário, estaria sendo premiado e, até mesmo, incentivado o ato que deu origem à prova ilícita. Além disso, a utilização de um meio de prova ilícito iria contra a ética do próprio processo, uma vez que este deve alcançar a justiça, mas através de meios admitidos em lei. Para estes autores, os fins não justificam os meios e a verdade real não deve ser buscada e validada a qualquer preço.⁷⁶

⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 89.

⁷⁵ LIMA, Alcides Mendonça *apud* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, março/2006, p. 102.

⁷⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, março/2006, p. 101.

3.6 Gravações clandestinas

Antes mesmo da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal já tinha fixado seu entendimento sobre a consideração de prova ilícita a prova obtida por meio de gravações clandestinas de conversa telefônica alheias.

Eis a ementa do Supremo Tribunal Federal:

Prova ilícita. Gravação magnética, feita clandestinamente pelo marido, de ligações telefônicas da mulher. Inadmissibilidade de sua utilização em processo judicial por não ser meio legal nem moralmente legítimo (art. 322 do CPC). (RE 85.439, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, 11.11.1977, RTJ 84/609).⁷⁷

Segundo Theodoro Junior, o Pretório Excelso proclamou que aquele tipo de proa atentava contra as garantias constitucionais da inviolabilidade da correspondência e do domicílio (art. 153, §§ 9º e 10, da Carta de 1967), além de ofender o CPC, art. 332, Lei nº 4.117/1962.⁷⁸

Já com o advento da Carta de 1988 em seu art. 5º, inciso XII, assegurou a garantia do sigilo das comunicações telefônicas, mas também vedou, o uso de meios de prova obtidos de forma ilícita, o tema se tornou objeto de repulsa mais enérgica, ainda, na jurisprudência, conforme se pode deduzir dos acórdãos cujas ementas a seguir se transcrevem:

Separação judicial. Fita magnética de conversa telefônica. Prova obtida clandestinamente. Produção inadmissível no processo judicial Evidenciando que a prova substanciada em fita magnética de conversação telefônica fora obtida clandestinamente, sem conhecimento de nenhum dos interlocutores, inadmissível se torna a sua utilização no processo judicial, porque não se compadece com o preceito insito no art. 332 do CPC (meios legais e moralmente legítimos) e desrespeita os princípios constitucionais consagrados pelo art. 5º, X, XII, e LVI da CF de 1988). (TJPR, AI 14.407-8, Rel. Des. Silva Wolff, AC. 16.04.1991, RT 687/139)

A gravação magnética clandestina de ligações telefônicas não é meio legal nem moralmente legítimo. A novel Carta Magna em seu art. 5º, XII, aduz ser inviolável o sigilo e correspondência e das comunicações telefônicas, ressalvando expresso, as exceções. No inciso LVI do mesmo artigo declara inadmissível, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, circunstancia presente, considerando as gravações obtidas à sorrelfa, em evidente ferimento

⁷⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. A gravação de mensagem telefônica como meio de prova no processo civil. **Revista IOB**. Direito civil e processual civil. Ano VII, nº. 42, jul/ago/2006, p. 35-36.

⁷⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. Idem, p. 36.

ao princípio do contraditório e da lisura processual constante da lealdade e da boa-fé. (AP. 255.057/3/SP, 2º TACiv., Rel. Juiz Ribeiro de Souza, AC. 03.04.1990, COAD nº. 49.398, 1990)

Diante da firmeza com que a Constituição atual reprime as violações da intimidade e preserva o sigilo das comunicações telefônicas, ficaram ultrapassadas, pois segundo entendimento de Theodoro Junior, as posições de alguns acórdãos antigos que contemporizam, em determinadas circunstâncias, como a do adultério, com o uso de gravação magnética clandestina para prova no processo de dissolução da sociedade conjugal.⁷⁹

3.7 Interceptação telefônica

Com o advento da Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, o inciso XII da Constituição Federal Brasileira de 1988, foi regulamentado, dando-se fim ao desassossego de diversos doutrinadores.

Segundo Alexandre de Moraes⁸⁰:

A Lei nº 9.296, de 24-7-1996, foi editada para regulamentar o inciso XII, parte final, do art. 5º, da Constituição Federal, determinando que a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça, aplicando-se, ainda, à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, cessando assim a discussão sobre a possibilidade ou não deste meio de prova e, conseqüentemente, sobre a licitude, desde que realizado após a edição da lei, que não contém efeito retroativo.

A partir de 1996, passou-se a ter no Brasil, a possibilidade da realização de uma interceptação telefônica legítima, isto é, calcada em um direito material, porém, esta deverá correr em sigilo de justiça e deverá obedecer a alguns pré-requisitos estabelecidos em lei.

A interceptação telefônica só poderá ocorrer se for autorizada de ofício pelo juiz ou se requerida pela autoridade policial (em investigação

⁷⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. A gravação de mensagem telefônica como meio de prova no processo civil. **Revista IOB**. Direito civil e processual civil. Ano VII, nº. 42, jul/ago/2006, p. 37.

⁸⁰ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 79.

policial) ou pelo representante do Ministério Público (na investigação criminal e na instrução processual penal), mediante o preenchimento dos requisitos do artigo 2º da referida lei:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Para o professor Alexandre de Moraes, “intercepção telefônica é a captação e gravação de conversa telefônica, no mesmo momento em que ela se realiza, por terceira pessoa sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores”.⁸¹

Segundo ensina Luiz Flávio Gomes, “a ordem judicial necessária exterioriza a autorização para a concretização da medida cautelar; a operação técnica (ato de interceptar, de captar a comunicação telefônica) é o meio executivo da medida cautelar de apreensão imprópria; o auto circunstanciado obrigatório revela a documentação da operação técnica, a gravação da interceptação é o resultado da operação técnica e, desse modo, documentação (materialização) da fonte de prova; a transcrição dessa gravação, como materialização do que foi captado, é o meio probatório (documental) que será levado em conta pelo juiz na sentença final e que serve para afastar o presunção de inocência”.⁸²

O professor Luiz Francisco Torquato Avolio, avalia que as interceptações telefônicas se dividem em *lato sensu* e *stricto sensus*, a saber:

Juridicamente, as interceptações, *lato sensu*, podem ser entendidas como ato de interferência nas comunicações telefônicas, quer para impedi-las com consequência penais – quer para delas apenas tomar conhecimento – nesse caso, também com reflexos no processo”.

⁸¹ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 7ª ed., revista, ampliada e atualizada com a EC. 24/99. São Paulo: Atlas, 2004, p. 78.

⁸² GOMES, Luiz Flávio apud WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, março/2006, p. 108.

A interceptação telefônica, em sentido estrito, é a captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores.⁸³

Após as palavras desses nobres e renomados professores, não resta dúvida de que a interceptação telefônica tem uma característica triangular, ou seja, na medida em que duas pessoas conversam, os interlocutores, uma terceira capta, grava, ouve, enfim toma as providências necessárias para que se possa ter acesso ao conteúdo da conversação realizada entre os interlocutores sobre os quais versa a interceptação.

3.8 Sigilo bancário

Não há expressamente na Constituição Federal de 1988 o direito ao sigilo bancário, porém, implicitamente, pode-se inferir que a garantia ao sigilo das informações bancárias decorre dos princípios fundamentais explícitos, tais quais: o direito à privacidade, que abrange a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem (Art. 5º, X); o direito ao sigilo de dados (art. 5º, XII) e o direito ao sigilo profissional. É, portanto, um direito individual fundamental.

Daí infere-se que, em matéria de sigilo bancário, o Brasil se enquadra no sistema híbrido dos países da Europa continental, cuja garantia de segredo se dá em decorrência do direito constitucional à privacidade, à intimidade e do dever de sigilo profissional; todavia, por tratar-se de sistema semi-rígido, não é absoluto que não sejam reveladas determinadas informações bancárias quando, por previsão e determinação expressa de lei, devam ser prestadas a autoridades administrativas ou judiciais competentes.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal pacificou seu entendimento, como nos informa Márcia Haydée, de que o sigilo bancário é uma das expressões do direito fundamental à privacidade; lembrando que aquela Corte, em último grau, é o órgão político que recebe atribuição constitucional para dizer, definitivamente o direito ao caso concreto. Com propriedade nos relatou o Ministro Carlos Velloso:

⁸³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestina. 4ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1116-117.

O sigilo bancário é espécie de direito à privacidade inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (CF, art. 5º, X), além de atender a “uma finalidade de ordem pública, qual seja a de proteção do sistema de crédito”, conforme registra Carlos Alberto Hagström, forte no magistério de G.Ruta.⁸⁴

Esse entendimento é afrontado pelos sectários da teoria legalista, que encontram respaldo dentro do próprio Supremo Tribunal Federal num dos pronunciamentos, voto vencido, em mandado de segurança de nº 21.729/DF, através do Ministro Sepúlveda Pertence, no seguinte sentido:

O sigilo bancário existe no Direito brasileiro por força de lei ordinária. Não entendo que se cuide de garantia com status constitucional. Não se trata de intimidade protegida pelo inc. X do art. 5º da Constituição Federal. Da minha leitura, no inc. XII da Lei Fundamental, o que se protege, e de modo absoluto, até em relação ao Poder judiciário, é a comunicação de dados e não os dados, o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa.⁸⁵

Pode-se, portanto, firmar o entendimento de que o sigilo bancário, no direito brasileiro, tem seu prenúncio de validade em lei ordinária e, hoje em dia, é garantia fundamental implícita decorrente de outros valores constitucionais explícitos, como, o direito à privacidade, intimidade, sigilo profissional etc.; daí porque se coadunam as teorias legalista e da Constituição.

Com o advento da Lei Complementar 105, de 10.01.2001, foi revogado expressamente o art. 38 da lei Federal nº 4.595/1964, que passou a reger a matéria do sigilo de operações de instituições financeiras. Consideram estas as arroladas no § 1º do art. 1º, de forma, porém, não exaustiva, abrangendo “outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional” (inc. XII). A quebra de sigilo poderá ser decretada quando necessária para apuração da existência de qualquer ilícito, tanto na fase do inquérito policial como do processo judicial, e, em especial, com relação aos crimes que especifica (§ 4º, I a IX). O legislador não fez distinção quanto à natureza do ilícito (civil, trabalhista, tributário etc.), já que também menciona “processo judicial”, em

⁸⁴ CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Sigilo bancário**: à luz da doutrina e da jurisprudência. Curitiba: Juruá, 2007, p. 11.

⁸⁵ CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Sigilo bancário**: à luz da doutrina e da jurisprudência. Curitiba: Juruá, 2007, p. 118.

sentido bastante amplo. Deve o preceito ser interpretado restritivamente, já que se trata de limitação do valor constitucional da intimidade (CF, art. 5º, X).⁸⁶

3.8.1 Restrições ao sigilo bancário

O sigilo bancário, ainda nos países que adotam um sistema de garantia rígida, tem sofrido mitigações não tão-só com relação ao seu conteúdo valorativo, mas como também na própria expressão processual.

Se durante muitos anos o sigilo das informações bancárias era uma reivindicação dos homens para que pudessem assegurar a sua intimidade e proteger seu patrimônio contra invasões públicas e privadas, já nos últimos anos observa-se uma comoção globalizada para que se freie a rigidez de determinados sistemas jurídicos com relação àquela garantia; e isto porque outros fenômenos sociais passaram a afetar, negativamente, o desenvolvimento econômico dos países, pois o próprio cliente, a princípio desamparado, passou a vestir-se do manto da sigilosidade das informações bancárias para cobrir atividades criminosas.

O mesmo direito no qual o homem se garante, ele se defende contra os próprios abusos. Na obra *Leviatã*, de Thomas Hobbes, publicada em 1651, o grande filósofo já atentava para essa característica humana ao ecoar para eternidade a seguinte máxima: *homo homini lupus* o homem é o lobo do homem.

Motivos levaram à mitigação do direito ao sigilo bancário em todos os sistemas jurídicos, inclusive nos mais rígidos, como é o caso da Suíça, Líbano etc. Há fenômenos de diversas espécies que surgem e são capazes de interferir não apenas na própria natureza das coisas, mas como também nas relações sociais de uma ordem jurídica interna politicamente estabelecida e nas relações cosmopolitas, de Soberania internacional entre os povos. Somente o fenômeno juridicamente reconhecido é suscetível de abrandar a rigidez do sigilo bancário.

⁸⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**. 4ª ed. revista, ampliada e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 279.

3.8.2 Atos ilícitos em sentido amplo ao sigilo bancário

Nem todos os atos ilícitos suscitam a derrogação do sigilo bancário, mas tão-somente aqueles que são praticados, justamente, pela garantia de proteção do manto do segredo. Ou seja, somente aquelas infrações à ordem econômica, financeira, tributária, ou qualquer outra conduta que se valha do sigilo das operações bancárias como uma válvula de escape ao dever do cumprimento de obrigações de natureza pecuniárias é que são reconhecidas por todos os sistemas jurídicos, hoje em dia, como exceção à confidencialidade bancária.

Tem-se, portanto, três ilícitos a considerar: penal, civil e administrativo. O ilícito penal é aquele que ofende bens jurídicos essenciais à coexistência humana, culminando em uma pena de mais severidade uma vez restringirá a liberdade de ir e vir. O ilícito civil é aquele que resultará na reparação do dano material ou moral causado a vítima, constrangendo o patrimônio do infrator. Por último, o ilícito administrativo é aquele que advém de condutas interno-corporativas, resultando em várias sanções, desde a simples advertências até à demissão por justa causa.

Todo ilícito poderá suscitar uma lide, ou seja, um conflito de interesse, mas nem por isso será motivo para a derrogação do direito-dever de sigilo bancário. Somente os ilícitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico, seja a nível constitucional, seja a nível infraconstitucional, é que poderão servir de fundamento para a derrogação das informações bancárias.

Se um pai deixa de pagar alimentos a um filho, gera um conflito de interesse. É, então, condenado a pagar pensão alimentícia. Se não pagar por bem, poderá ter sua conta bancária penhorada por determinação judicial.

Caso o cliente entre em conflito de interesse com o banco, este, em nome da ampla defesa e do contraditório, poderá dispor de todos os meio probatórios para defender-se, inclusive das informações bancárias do cliente, se for o caso. Até mesmo uma averiguação das contas do cliente, pode, para fins administrativo-fiscais, ser mitigadas para a constatação da locupletamento sem causa; mas sempre dentro de limites processuais legais e administrativos próprios.

3.9 Correspondência eletrônica (*e-mail*)

O sigilo da correspondência é previsto no texto constitucional como garantia de cunho aparentemente absoluto, eis que não estabelecida qualquer exceção à sua inviolabilidade.

Assim, interceptar correspondência significa desvendar o seu conteúdo antes que ela alcance o destinatário, o que constitui crime de violação de correspondência. Até então, o sigilo de correspondência, que poderia ser chamado de inviolabilidade das comunicações postais, é mesmo, uma vedação de caráter absoluto. Já uma vez recebida a carta, não se trata mais de comunicação, mas de documento particular, cuja apreensão pode se dar mediante autorização judicial nos casos previstos em lei. Tais dados estanques, como os referentes ao sigilo bancário, ou das contas telefônicas, podem ser trazidos a juízo por ordem judicial ou pelo seu legítimo detentor, se inexistir obrigação de manter sigilo.

Compreendendo-se que a correspondência eletrônica da mesma forma, é de se concluir que, enquanto transmitidas por correio eletrônico, as mensagens não são passíveis de interceptação.

Segundo julgamento do Habeas Corpus 83.168, o Supremo Tribunal Federal confirmou essa distinção. O Ministro Sepúlveda Pertence, reiterando o voto proferido no Mandado de Segurança 21.279, deixou expresso que “a proteção a que se refere o art. 5º, XII, é da comunicação de dados, e não os dados, o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse”.⁸⁷

⁸⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**. 4ª ed. revista, ampliada e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 286-287.

CONCLUSÃO

É certo que o preceito contido no inciso LVI, do art. 5º, da Carta Magna de 1988 é um mandamento que tutela os direitos assegurados aos cidadãos por meio de diversos outros dispositivos igualmente expressos na Lei Maior; contudo, mesmo reconhecendo que a regra que prevalece deve ser o repúdio a provas ilegais, é forçoso discordar dessa premissa quando da análise que por sua singular e excepcional gravidade, reclamam tratamento mais flexível, sob pena de acarretar um provimento judicial injusto.

Ademais, os argumentos que fundamentam tais preceitos, podem resultar em negação à própria justiça, na medida em que conferem maior valor à intimidade e à inviolabilidade de domicílio e do sigilo de comunicação de criminosos de alta periculosidade que ao direito à segurança pública e à prova da inocência de acusado.

Segundo nosso entendimento, o princípio da Proporcionalidade deve ser aceito, mas nunca como uma regra, pois o que ele visa é, exatamente, conferir uma justa interpretação àqueles mandamentos legais que tenham sido editados de forma estanque, sem qualquer possibilidade de exceção ou de compatibilização dos preceitos neles contidos, com a peculiaridade vivenciada. De forma que, somente nas causas que se individualizem por sua relevância social, extrema gravidade e excepcionalidade, é que deve entrar em campo o aludido princípio.

A adoção da proporcionalidade nem sempre poderá beneficiar, tendo em vista que, se a prova ilícita for obtida com a finalidade de demonstrar a inocência, por exemplo, não há como considerar adequada e necessária prolação de sentença absolutória em tais circunstâncias, porque o direito de provar a inocência de alguém jamais se sobreleva à tutela da integridade física e moral de qualquer ser humano.

A complexidade do tema resulta, principalmente, da forma fechada com a qual foi editada a norma que repele a adoção processual de prova ilícita, o que nos faz crer que assim como defendido por Sérgio Demoro Hamilton, melhor seria se o legislador constituinte originário tivesse deixado a tarefa de

regulamentação dessa questão para ulterior legislação ordinária, a fim de que fosse tratada com maior flexibilidade, deixando um pouco mais de liberdade de interpretação para o juiz, para que por meio da análise da peculiaridade atinente a cada caso levado a sua apreciação, pudesse aferir a viabilidade de admitir ou não tais meios de prova, sem levar em consideração as particularidades que o envolvem.

Ademais, se absoluto fosse o inciso LVI, do art. 5º, da Carta Magna, não seria permitida nem mesmo a utilização de prova ilícita *favor rei*, o que, consoante demonstrado ao longo do presente trabalho, não tem sido seguido à risca.

Solução análoga poderia ser aplicada *pro societate*, em casos de extrema gravidade e repúdio social, quando tal meio de prova (viciado de ilicitude) fosse o único contundente ou precursor de todas as demais outras (obtidas, agora, sob o pálio da justiça), capaz de efetivar a repressão de criminosos por parte do Estado. Destarte, tapar os olhos à verdade nelas expressas é ignorar a certeza que emana de suas entranhas e dar azo à impunidade, fato que não se justifica, se colocado em uma balança de ponderação.

Igualmente, não se está defendendo o uso desregrado de provas derivadas de ilícitas, mas, tão somente, que o Judiciário, ao decidir cada caso concreto, leve em conta todas as suas peculiaridades, decidindo pelo acolhimento da medida que melhor se amolde ao feito, e que, por conseguinte, resulte num provimento judicial justo, ainda que, para tanto, seja relativizado o princípio vedatório em estudo.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

AULETE, Carlos. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. São Paulo: Delta, p. 3300.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BARROS, Flávio Monteiro de. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAMPO, Hélio Márcio. **O princípio dispositivo em direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Sigilo bancário: à luz da doutrina e da jurisprudência**. Curitiba: Juruá, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Resumo de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRECCO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellgrini, *apud* Revista de processo. Ano 133, p. 85-119. Publicação oficial do IBDP. São Paulo: Revista dos Tribunais, março/2006, p. 87.

HAMILTON, Sergio Demoro. **As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito.** Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/colaboradores/artigo_38.htm>. Acesso em: 20 out. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Forense, 1977.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional.** São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, Barbosa José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. **Temas de Direito Processual.** 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. **O novo processo civil brasileiro.** São Paulo: Forense, 2007.

_____. A Constituição e as Provas Illicitamente Adquiridas. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul - AJURIS.** Porto Alegre, nº 68, p. 13-27, nov. 1996.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 8ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOVELINO, Marcelo (coord.). **Leituras complementares de Direito Constitucional – Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.** 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 329/330.

NUNES, Antônio Luiz Rizatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito.** São Paulo: Saraiva, 2007.

ORDOÑEZ, Marlene. **História:** Manual do professor. São Paulo: Horizontes, 1998.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Forense, 1976.

SANTOS, Valdeci dos. **Teoria Geral do Processo**. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2007.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas**. 2ª ed. São Paulo: Lend, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A gravação de mensagem telefônica como meio de prova no processo civil. **Revista IOB**. Direito civil e processual civil. Ano VII, nº. 42, jul/ago/2006, p. 35-36.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, março/2006.