



USO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO CIVIL À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

USE OF UNLAWFUL EVIDENCE IN CIVIL PROCEDURE IN LIGHT OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

Wellington Rone de Siqueira Cavalcante

Universidade Nove de Julho, São Paulo/SP, Brasil

<http://lattes.cnpq.br/8923809880464302>

RESUMO: Este trabalho é desenvolvido sob um método dedutivo de pesquisa, partindo de uma análise da ponderação de interesses à vedação constitucional do uso das provas ilícitas no processo, sob o possível conflito de direitos fundamentais, como a garantia da ampla defesa do cidadão, versus a inadmissibilidade das provas ilícitas pelo texto constitucional, através de um ponto de equilíbrio que é o princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: Prova ilícita; Processo civil; Princípio da ampla defesa e do contraditório; Vedação constitucional; Princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT: This work is developed using a deductive research method, starting from an analysis of the weighing of interests to the constitutional prohibition of the use of illicit evidence in the process, under the possible conflict of fundamental rights, such as the guarantee of broad defense of the citizen, versus the inadmissibility of illicit evidence by the constitutional text, through a balancing point that is the principle of proportionality.

Keywords: Illicit evidence; Civil procedure; Principle of broad defense and adversarial proceedings; Constitutional prohibition; Principle of proportionality.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu art. 5º, inciso LVI¹ ao vedar a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, traz a importante necessidade de análise do texto de lei em relação ao caso específico, pois, à luz do princípio da proporcionalidade, essa vedação não pode ser considerada absoluta, uma vez que existe uma ponderação entre os bens jurídicos constitucionalmente garantidos e outras regras constitucionais.

Partindo de uma breve análise, existe certa preocupação em relação ao tema abordado, pois, há que se analisar o caso concreto, pois a negativa de utilização dessa prova poderia causar a negativa de outro princípio constitucional, a saber, o princípio da ampla defesa e do contraditório do qual não obsta de ser assegurado pelo mesmo diploma legal.

A grande questão é se há algum regulamento que possibilite a admissão de provas ilícitas no processo civil, e essa questão não pode ser respondida somente pela vedação constitucional, mas sim pelos princípios e regras jurídicas que norteiam o processo num todo, como por exemplo, no princípio do livre convencimento, também chamado de livre apreciação

¹ "São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".



da prova, no qual o magistrado formará livremente seu convencimento com base em elementos existentes do processo, porém avaliando-os conforme critérios críticos racionais².

Apesar do princípio da proporcionalidade não estar explícito na Constituição Federal de 1988, é evidente que existe uma ponderação na aplicação dos princípios, prevalecendo uma regra principiológica diante da outra³ sem que nenhuma delas deva ser eliminada em abstrato, ou que o princípio não optado em apurada situação seja negado como capaz de aproveitamento em outro caso específico. Deste modo, entende-se que desde que para assegurar um direito em ameaça, o princípio da proporcionalidade pode ter prevalência em face de uma vedação de uma norma constitucional.

2 PROVA

2.1 HISTORICIDADES

O vocábulo “prova” é derivado do latim, precisamente do verbo “*probare*”, que significa: provar, verificar, ensaiar, examinar, persuadir, demonstrar, sendo elemento de desenvolvimento da convicção do juiz.

Primitivamente, em dados fatos históricos, conheceu-se que os povos antigos, logicamente, eram desprovidos de conhecimento no que concerne a básicos critérios técnicos e precisamente coerentes para a devida demonstração de fatos alegados e apurados. Buscava-se a veracidade dos fatos por meio de amparo divino e por procedimentos rudimentares e sem caráter científico, nisso, a título de exemplo, podemos citar o ordálio ou ordália, etimologicamente derivada do latim “*ordalium*” que consiste em uma espécie de prova judicial, com o intento de determinar a culpabilidade ou a inocência do réu ou acusado através da participação de elementos naturais, tais como, mergulhar os braços em água fervente, agarrar bolas incandescentes de ferro, caminhar sobre brasas, tudo isso sem sofrer nenhum tipo de lesão, sendo tal resultado interpretado como “*judicium Dei*” juízo de Deus.

Posteriormente, a ordália foi condenada e abolida, proeminentemente Inocêncio III no IV Concílio de Latrão em 1215, proibiu que o Clero, ministros sagrados ou conjunto sacerdotes, cooperassem com os julgamentos com fogo e água, fazendo com que a prova testemunhal passasse a ser admitida, por meio da Compurgação, consistindo em juras e

² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, Teoria Geral do Processo, 23ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, p. 74.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil: Teoria geral do processo. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 52. v.1.



testemunhos. E na chegada do século XV, o direito de prova deu início ao aperfeiçoamento, admitir o interrogatório, a confissão, e a perícia, como meios probatórios.

Ficando evidenciado que os antigos meios probatórios utilizados eram ineficientes, e até mesmo bárbaros, deu-se por consequência ensejo a métodos mais eficazes, aproximando-se do conceito moderno de prova judiciária.

2.2 CONCEITO DE PROVA

Provar, em sua essência, consiste em um conjunto de formas utilizadas com intento de se demonstrar validamente a subsistência de um ato jurídico. Sendo objeto primordial para tutela dos direitos, pois quem não pode comprovar seu direito pode-se dizer que é como não pudesse tê-lo.

Segundo Luiz Guilherme Marioni e juntamente Daniel Mitidiero, a prova poderia ser definida como “meio retórico, regulado pela legislação, destinado a convencer o Estado da validade de proposições controversas no processo, dentro de parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais”⁴. E conforme entendimento de Cassio Scarpinella Bueno, um conceito de prova, seria “tudo que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor”⁵.

Há que se ressaltar dos conceitos apresentados, que existe uma notória diferença entre “alegar” e “provar”, sendo este último um objeto instrumentário no processo, que necessita de coerente respeito aos limites fixados pela lei.

2.3 OBJETO DA PROVA

Considera-se como objeto da prova os fatos litigiosos controvertidos e relevantes. Pois, evidentemente que fatos incontroversos ou irrelevantes, não necessitam, por conseguinte de serem provados, conforme elucida o artigo 334 do Código de Processo Civil.

O objeto da prova incide sobre os “fatos”, não incidindo sobre o “direito”, desta forma, dando ensejo ao brocardo “*narra mihi factum, dabo tibi jus*” (narra-me os fatos e te darei o direito), pois, certo é que para o juiz admitir o fato probando como verdadeiro, necessitará primeiramente de examinar o fato probante.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. “Código de Processo Civil comentado”. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 334.

⁵ SCARPINELLA BUENO, Cassio. “Curso sistematizado de direito processual civil”. 3. ed. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 261.



2.4 FINALIDADE DA PROVA

A finalidade da prova é atingir a formação a convicção do juiz com relação a fatos relevantes processo.

Nesse sentido o artigo 130 do Código de processo civil, traz em seu texto o princípio da verdade real, no qual tem o intuito de ensinar a plena cognição, possibilitando aperfeiçoar a convicção, atingindo a verdade real ou absoluta, com o provimento jurisdicional:

“Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Por conseguinte, diz-se que o juiz é o destinatário da prova, pois é certo que deverá convencer-se da veracidade dos fatos alegados.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES

3.1 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

O princípio da ampla defesa e do contraditório é um direito fundamental, e encontra-se elencado no inciso LV⁶ do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

A aplicação deste princípio é de suma importância, pois possibilita uma condição mínima de convivência em um estado democrático de direito.

Como esclarece O Ministro Gilmar Ferreira Mendes⁷:

“O contraditório e a ampla defesa não se constituem em meras manifestações das partes em processos judiciais e administrativos, mas, e principalmente uma pretensão à tutela jurídica.”

Destarte, é certo que a ampla defesa e o contraditório devem ser exercidos em conjunto, porquanto estes princípios completam-se um ao outro, e baseando-se excepcionalmente no escopo de sustentar o devido processo constitucional em alicerce à isonomia na gênese da tríade processual, a saber, a Jurisdição, Ação, e Processo.

3.2 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA PROVA ILÍCITA

⁶ “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. “Curso de direito constitucional”. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 592.



Ora, como já apresentado anteriormente, a vedação constitucional da prova ilícita no processo, está elucidado na Constituição de 1988 em seu artigo 5º, inciso LVI. Do qual com força de princípio, em suma, inadmite o uso das provas ilícitas no processo, seja ele, civil, penal, ou mesmo administrativo.

Luiz Guilherme Marinoni esclarece que:

“O art. 5º, LVI, da CF não vedou a violação do direito material para a obtenção da prova – pois isso já está proibido por outras normas –, mas proibiu que tais provas tenham eficácia no processo. Por outro lado, não é correto imaginar que a proibição da prova ilícita surgiu da necessidade de se garantir a descoberta da verdade no processo, pois não se pode ignorar que alguém pode se ver tentado a obter uma prova de forma ilícita justamente para demonstrar a verdade. Na realidade, se tais provas não implicassem na violação de direitos, a busca da verdade deveria impor a sua utilização no processo⁸.”

Nesse sentido, a vedação inserida na Carta Magna é justificada a fim de possibilitar uma melhor proteção dos direitos, sendo assim, é imperativo denegar a eficácia de provas que sejam obtidas através de meios ilícitos.

3.3 PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO

Não existe uma hierarquia entre as provas devido a esse princípio, ou seja, não são as provas previamente valoradas, sendo que, o juiz não fica adstrito aos critérios valorativos, devendo atuar livremente na admissão, apreciação, anuência e valoração da prova, limitando-se somente aos fatos e circunstâncias do competente processo, não possuindo a faculdade de fundamentar uma decisão baseada em elementos alheios ao processo, fazendo jus ao brocardo: “*quod non est in actis non est in mundo*” (o que não está nos autos não está no mundo).

Expresso no artigo 131 do Código de Processo Civil⁹, o princípio do livre convencimento, também conhecido como, livre apreciação da prova, ou íntima convicção, trata-se não somente de um princípio, mas de um sistema de apreciação de provas a ser utilizado pelo magistrado.

4 PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. “Curso de Processo Civil: processo de conhecimento”. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 394. v.2.

⁹ “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.



O Código de Processo Civil Brasileiro em seu artigo 332, menciona in verbis:

“Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Ou seja, todos os “meios” a serem empregados, como elucidado pelo artigo mencionado, desde que legais e/ou legítimos poderão ser utilizados com intuito de provar fatos no processo, estabelecendo por conseguinte, a oposição ao uso de meios probatórios considerados como imorais ou mesmo ilegais.

Destarte, faz-se mister uma diferenciação entre prova ilícita e prova ilegítima, sendo que, essa distinção se encontra no momento de obtenção das mesmas.

A prova ilícita tem ensejo àquela que foi obtida fora do processo com violação legal ou de normas constitucionais, isto é, aquela que fere a natureza material de preceitos normativos. Já a prova ilegítima, tem conflito diretamente com as normas de natureza processual, dando azo em relação a sua colheita no momento do processo.

Nesse viés, explica Alexandre de Moraes¹⁰:

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

Sendo assim, entende-se que todos os meios de prova podem ser admitidos, devendo porém, observar-se o critério da legalidade, no qual inadmite-se afronta ao ordenamento jurídico, e além disso ao aspecto moral.

Através das discussões jurisprudenciais e doutrinárias desenvolvidas historicamente, conseguimos reunir alguns posicionamentos basilares sobre o tema, através de dois grupos.

O primeiro posicionamento seria o da Corrente Permissiva, na qual tem por mais célere adepto Francesco Carnellutti, e no Brasil, seus maiores defensores, a saber, Yussef Said Cahali e Alcides Mendonça Lima.

Estes últimos autores, com a promulgação da constituição Federal de 1988, sustentaram a tese de que não passam de meros indícios as provas ilícitas, tendo o julgador, a faculdade de valer-se de tudo aquilo que foi colhido nos autos do processo, através deles. Essa corrente consiste na admissão da produção da prova ilícita, contanto que seja verdadeiro o seu teor e que não reste prejudicada por expressa sanção de direito processual. Sendo que

¹⁰ MORAES, Alexandre de. “Direito constitucional”. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 109.



as sanções de caráter material recaem sob o âmbito extraprocessual, não incidindo no processo que se encontra afetado com a reconstituição da verdade no qual é imprescindível para formar qualquer elemento de convicção judiciária inclinada a originar uma decisão justa. Ou seja, essa corrente aceita a prova ilícita, entendendo que é lícita, pois a ilicitude advém somente na sua obtenção, merecendo assim, punição.

Neste mesmo sentido, Franco Cordero, criando a expressão “*male captum bene retentum*” (mal colhida, mas bem conservada) salientou que quanto a verificação da admissibilidade da prova no processo, o essencial era notar se o seu ingresso era realmente admitido pela lei processual, não tendo importância quanto aos meios que foram empregados para sua obtenção.

O segundo posicionamento seria o da Corrente Obstativa, onde podemos citar alguns de seus defensores, como Humberto Theodoro Júnior e Frederico Marques, onde acreditam que a ilicitude da prova atinge o direito num todo, e não separadamente as partes. Pautando-se no princípio da moralidade administrativa e no ordenamento jurídico como em uma visão unitária. Nessa corrente a prova ilícita, em qualquer que seja a hipótese, é inadmissível, ainda que no caso o mérito em contenda tenha relevância. Não protegendo assim, as partes que pretendem provar suas alegações por meio de provas que sejam consideradas ilícitas, com o objetivo de limitar-se a busca da verdade infringindo direitos fundamentais.

Ainda em relação a problemática da ilicitude da provas, vale salientar que a jurisprudência norte-americana foi pioneira ao instituir a teoria “Fruit of the poisonous tree” (Teoria dos frutos da Árvore Envenenada) na qual tem por objetivo mostrar que o vício probatório original transmite-se aos outros elementos derivados da prova, através disso, qualquer evidência auferida em virtude de uma prova obtida ilicitamente será igualmente ilegal, incidindo sua não admissão.

Contudo, o artigo 332 do Código de Processo Civil, como citado anteriormente, não traz respaldo à questão da problemática de admissão da prova ilícita no processo civil de forma expressa, sintetizando-se que os meios de provas a serem admitidos, serão os do próprio texto de lei.

São significados que pode-se dizer o mesmo a respeito dos meios moralmente legítimos de prova, onde estão previstos no próprio artigo 332 do Código de Processo Civil, visto que no ordenamento jurídico brasileiro não há sequer uma previsão do que seja moralmente legítimo, cabendo ao Juiz a seu livre alvedrio, determinar, fundamentadamente, na suas decisões o que entender que seja, podendo tal, acarretar em diversas divergências em meio aos Tribunais.



Por isso, em cada caso o Juiz analisará as provas que foram produzidas e apensadas aos autos, competindo a este, determinar o que é ilícito e também o que é lícito, sendo a lei omissa neste caso, formando assim seu convencimento a partir do assunto que está sob sua apreciação, “*sub judice*”, dando jus ao Princípio do livre convencimento motivado, nos termos do artigo 131 do Código de Processo Civil, como já visto anteriormente.

5 ILICITUDE DA PROVA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Do mesmo modo em que se admite a prova ilícita no âmbito processual, diminui-se em contrapartida a garantia ao devido processo legal, por outro lado, sua não admissão afastaria a busca pela verdade real. Destarte, o Princípio da Proporcionalidade surge com a finalidade de estabelecer de forma equitativa uma ponderação entre os direitos individuais garantidos constitucionalmente, e os anseios da sociedade.

Nesse raciocínio, Pierre Müller¹¹ num sentido amplo conceitua o princípio da proporcionalidade como “regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem do poder”. Já num sentido estrito, João Batista Lopes¹² esclarece que o princípio da proporcionalidade “consiste na avaliação dos direitos ou interesses em jogo para dar prevalência aos valores que informam a ordem jurídica”.

Tendo isso, faz-se necessária uma ponderação no tocante a cláusula do devido processo legal, não se limitando apenas ao aspecto processual, mas também ao aspecto material, dessa forma, tutelando garantias constitucionais coletivas ou individuais, para se obter por exemplo uma sentença justa utilizando-se do livre acesso ao Judiciário. Sendo assim, denota-se que é assegurado ao indivíduo o direito de defesa, sendo-lhe dado igualdade de condições em relação ao Estado persecutor, pois negar-lhe direito de se defender utilizando-se do contraditório seria ferir uma noção basilar de Estado Democrático de Direito, ignorando todos os princípios dele derivados.

O princípio da proporcionalidade também conhecido como princípio da razoabilidade, encontra-se implícito em nosso ordenamento jurídico, não obstante, tem como base a cláusula do devido processo legal (Due process of law), ora expresso na Constituição Federal no artigo 5º, inciso LIV¹³.

¹¹ MÜLLER, Pierre. “Le principe de la proportionnalité”. In: Zeitschrift für Schweizerisches Recht. Neue Folge, v. 97, fasc. 3. Basel, 1978, apud BONAVIDES, Paulo. “Curso de direito constitucional”. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 393.

¹² LOPES, João Batista. “Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil”. V. 29. n. 116. São Paulo: Revista de Processo, 2004, p. 34.

¹³ “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.



De forma genérica, o Princípio do Devido processo legal é caracterizado pelo direito à vida, à liberdade, e à propriedade. Com isso, entende-se que um direito fundamental somente poderá ser restringido em razão de outro, que no caso concreto seja mais valorado, isso por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade no processo.

Outrossim, deduz-se que o princípio do “due process of Law” tolera o controle da razoabilidade das normas, sendo viável alegar que o princípio da proporcionalidade serve como justa moderação para exercício do devido processo legal, restringindo possivelmente alguns direitos no caso concreto.

Mesmo que princípio da proporcionalidade esteja implícito na Constituição Federal, tendo por base o devido processo legal, como mencionado anteriormente, salienta-se que o mesmo é um resíduo acentuado do princípio da igualdade, dessa forma possuindo inspiração constitucional tácita, no qual mencionado no artigo 5º, §2º¹⁴, da Constituição Federal de 1988, não afasta outras garantias resultantes do regime de princípios aderidos.

Há de se ressaltar que os princípios implícitos e explícitos na Constituição possuem a mesma hierarquia, dependendo cada um, de igual interpretação, sem reservas, necessitando esta, que seja de forma lógica e razoável, possibilitando o convívio harmonioso da Carta Magna num modo geral.

Diante da injustiça da não admissibilidade da prova ilícita, de modo excepcional, a doutrina e a jurisprudência vêm utilizando-se da aplicação do princípio da proporcionalidade para admissão dessas provas.

Tal princípio reza que diante de um confronto entre valores constitucionais, deve-se ponderar qual deles seja o de maior peso no caso concreto. Sendo uma forma de manifestação da justiça, pois por seu intermédio pode-se alcançar provas que muito provavelmente seriam difíceis de serem obtidas.

Nesse viés, ensinam Marioni e Arenhart¹⁵:

“Para que o juiz possa concluir se é justificável o uso da prova, ele necessariamente deverá estabelecer uma prevalência axiológica de um dos bens em vista do outro, de acordo com os valores do seu momento histórico e diante das circunstâncias do caso concreto. Não se trata – perceba-se bem – de estabelecer uma valoração abstrata dos bens em jogo, já que os bens têm pesos que variam de acordo com as diferentes situações concretas. O princípio da proporcionalidade [...] exige uma ponderação dos direitos ou

¹⁴ “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. “Manual do Processo de conhecimento”. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 322.



bens jurídicos que estão em jogo conforme o peso que é conferido ao bem respectivo na respectiva situação”.

Com isso, denota-se que o Juiz não pode padronizar seus julgamentos no que diz respeito ao caso concreto, devendo analisar as especificidades de caso, julgando-o de maneira una e insigne.

Dada a natureza ambígua das concepções no âmbito do direito processual em relação às provas consideradas impróprias, é essencial, em primeiro lugar, fornecer a definição de provas ilícitas que será adotada neste contexto. Assim, uma prova pode ser considerada ilegal quando viola uma norma, seja ela de caráter substantivo ou processual, mas com aprofundamento, uma correção deve ser feita quanto ao aspecto processual da ilegalidade. Quando a prova é obtida em desacordo com uma norma de natureza substantiva, trata-se de prova ilícita. Por outro lado, quando a prova é obtida infringindo uma norma de caráter processual, a prova não é propriamente ilícita, sendo mais adequado informar que se trata de prova ilegítima.

O Supremo Tribunal Federal, ao decidir sobre o Recurso Extraordinário n. 1.055.941/SP em uma questão de ampla relevância, estabeleceu a diretriz de que é constitucional permitir o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e a totalidade do procedimento fiscalizador realizado pela Receita Federal do Brasil - no qual o lançamento do tributo é definido - com as autoridades responsáveis pela persecução penal em casos criminais, sem a necessidade de autorização judicial prévia. É crucial, no entanto, preservar o caráter confidencial das informações nos casos em que formalmente foram instaurados procedimentos sujeitos a posterior avaliação judicial (Tema 990).

Entretanto, a autorização para que a Receita Federal utilize a representação fiscal com fins penais, com o propósito de encaminhar automaticamente os dados coletados durante a condução do processo administrativo fiscal ao Ministério Público quando forem identificados indícios de atividade criminosa, não concede ao órgão acusatório a prerrogativa de requerer diretamente essas informações sem a devida autorização judicial.¹⁶

Na situação sob consideração, é possível identificar uma ação de busca indiscriminada a partir do momento em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) começaram a elaborar relatórios de análise e outras evidências contra um indivíduo, antes mesmo de incluí-lo como parte investigada no processo criminal, e ao solicitar informações adicionais das instituições financeiras, em contravenção ao procedimento regularmente estabelecido para o recebimento

¹⁶ STJ - RHC n. 83.447/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 9/2/2022, DJe de 15/3/2022.



e comunicação de transações suspeitas. Nos Estados Unidos, a realização de investigações disfarçadas é refutada por configurar o *fishing expedition*.¹⁷

No que diz respeito à admissibilidade das provas ilícitas no processo legal, podem ser identificadas três correntes principais de pensamento: a corrente favorável à admissão, a corrente contrária à admissão e a corrente fundamentada no princípio da proporcionalidade.

A corrente que apoia a admissibilidade corresponde à parte da doutrina que argumenta que provas ilícitas deveriam ser aceitas e consideradas na relação jurídica processual, sendo que aqueles que infringiram as normas de direito material deveriam enfrentar as consequências dessa infração, seja penal, civil ou administrativa.¹⁸

Por outro lado, a corrente que defende a inadmissibilidade sustenta que não seria apropriado que o Estado, que tem como objetivo combater atividades ilegais, se beneficiasse delas, utilizando provas ilícitas. Portanto, essas provas não deveriam ser aceitas no processo.

A terceira corrente, por sua vez, baseia-se no princípio da proporcionalidade para determinar se as provas ilícitas devem ou não ser aceitas no processo legal. A aplicação mais comum do princípio da proporcionalidade resulta na admissão das provas ilícitas em benefício do réu.

Além dessas três abordagens mencionadas, é relevante mencionar a teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, também conhecida como a doutrina dos frutos da árvore envenenada, que se originou no direito dos Estados Unidos.¹⁹ Segundo essa teoria, quando a obtenção de provas inicialmente viola as garantias constitucionais, a ilegalidade se estende a todos os atos subsequentes relacionados a essas provas, mas nossos tribunais tem admitido a modulação, na forma da legislação em vigor no Brasil.²⁰

¹⁷ Nos Estados Unidos, a condução de investigações dissimuladas é rejeitada pela jurisprudência, sendo denominada de "expedição de pesca" para se referir a essa estratégia deliberada de descoberta de evidências que não se enquadram no escopo da investigação inicial. De fato, o conceito legal de expedição de pesca abarca a ideia de uma investigação ou busca e apreensão excessivamente ampla ou não relacionada ao caso em questão. Também pode ser interpretado como uma investigação que se desvia do propósito declarado, com a esperança de encontrar provas incriminatórias ou pertinentes, ou ainda como uma investigação conduzida de forma indiscriminada e sem um objetivo definido, na expectativa de obter informações úteis. (SILVA, Viviani Ghizoni da; SILVA, Phelipe Benoni Melo e; ROSA, Alexandre Moraes da. *Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e na Apreensão: Um dilema oculto do processo penal*. 1ª ed. Florianópolis: Emais, 2019. p. 40).

¹⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Cap. VII. p. 430.

¹⁹ CARNEIRO, Diogo Ciuffo. *Prova ilícita: Uma reflexão*. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 11, n. 43, 2008, p. 269.

²⁰ "Eventual determinação desta Corte para o desentranhamento, da sentença, de provas consideradas ilícitas, não impede que o Magistrado de primeiro grau determine, primeiro, o exame do alcance da decisão no caso examinado por ele, até para que o Parquet possa avaliar, após o descarte, a possibilidade de se manter a imputação formulada. 2. É uníssona a compreensão de que a busca pela verdade no processo penal encontra limitação nas regras de admissão, de produção e de valoração do



Com base nessas teorias apresentadas, é importante considerar o fenômeno da constitucionalização do processo, no qual as regras processuais devem ser interpretadas à luz do que a Constituição de 1988 estabelece. Assim, é notável que o legislador constitucional optou por incluir no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição, a disposição de que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Assim, entre as várias correntes doutrinárias relacionadas às provas ilícitas, a escolha expressa do legislador constitucional foi pela inadmissibilidade, embora a prática jurídica pós-1988 adote a terceira corrente. Além disso, mesmo que a Constituição seja silente em relação às provas ilícitas por derivação, a interpretação mais sensível às garantias dos direitos humanos e, portanto, mais aderente aos princípios e normas constitucionais, considera que a ilicitude da obtenção da prova se estende às provas derivadas, que são, portanto, igualmente excluídas do processo.²¹

Portanto, seria razoável concluir que as provas ilícitas por derivação também são inadmissíveis, caso contrário, a garantia constitucional do inciso LVI do artigo 5º seria gravemente comprometida.

6 CONCLUSÃO

material probatório, o qual servirá de suporte ao convencimento do julgador; afinal os fins colimados pelo processo são tão importantes quanto os meios que se utilizam para alcançar seus resultados. 3. A Constituição Federal considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito e a consequência dessa inadmissão é aquela prevista no art. 157 do CPP. Embora a redação desse dispositivo, operada pela reforma de 2008, não haja distinguido a natureza da norma violada, tal não significou a superação da separação feita pela doutrina (amplamente aceita pela jurisprudência) de que provas contrárias à lei material ou a direitos do investigado ou réu, derivados da Constituição da República, pertencem ao gênero das provas ilegais. 4. A prova ilícita, em sentido estrito, deve, então, ser associada, exclusivamente, às obtidas com violação de direitos fundamentais, materiais ou protetivos de liberdades públicas, e não àquelas obtidas com a vulneração de normas puramente processuais, ainda que estas possam ter algum subsídio constitucional. 5. Assim, as provas ilegais são ilegítimas quando infringirem normas de caráter procedimental ou de direito processual; e ilícitas quando violarem os princípios ou garantias constitucionais fundamentais ou as normas que versam sobre o direito material. E a consequência processual para a prova ilícita é a sua inadmissibilidade, a impedir o seu ingresso (ou exclusão) no processo, enquanto a prova ilegítima gera sua nulidade. (...) 8. Mostra-se positivo o reconhecimento, no direito pátrio, da doutrina norte-americana das exclusionary rules, inclusive quanto à invalidação das provas ilícitas por derivação (ali consagrada pela fruits of the poisonous tree doctrine), mas igualmente se há de ponderar que, na linha também do que desenvolveu a jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, há temperamentos a serem feitos ao rigor excessivo dessa doutrina. Não, evidentemente, para acolher a concepção, presente em outros povos, de que as provas ilícitas devem ser aproveitadas, punidos aqueles que causaram a violação do direito (male captum bene retentum). Mas, sim, para averiguar (a) se a prova lícitamente obtida seria inevitavelmente descoberta de outro modo (inevitable discovery), a partir de outra linha legítima de investigação, ou (b) se tal prova, embora guarde alguma conexão com a original, ilícita, não possui relação de total causalidade em relação àquela, pois outra fonte a sustenta (independent source). (...) 13. Reclamação improcedente. (STJ - Rcl n. 36.734/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 10/2/2021, DJe de 22/2/2021.)

²¹ MONICA, Matheus Della; RIBEIRO, Rodrigo Marchetti. Reconhecimento facial e prova ilícita: a possibilidade de se considerar o reconhecimento facial como meio de prova ilícito. Revista de Direito e as Novas Tecnologias, nº 13, Ano IV, out./dez. 2021 São Paulo: Ed. RT.



No tocante ao controle de constitucionalidade, pode-se dizer que não existe dúvida quanto ao importante papel de avanço do princípio da proporcionalidade, e ainda mais, em relação a defesa dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

É imprescindível que o devido processo legal, sendo uma garantia constitucional, seja respeitado, outrossim, o princípio da ampla defesa e do contraditório, que por intermédio do processo faz com que a parte tenha seu direito apreciado e assegurado, um pelo tempo menos moroso, e o outro pela possibilidade de condição mínima de convivência em um estado democrático de direito. Sendo inaceitável a negativa dessas garantias, por valer-se de uma prova obtida por meio ilícito, ainda mais que seja a única forma, no caso concreto, de assegurar um direito resguardado.

Sendo assim, faz-se mister aos magistrados e operadores do direito, que se libertem dos vínculos que os mantêm enlaçados à arcaica doutrina do positivismo jurídico, passando-se a empreender novos métodos de interpretação, do qual destaca-se o princípio da proporcionalidade.

Observou-se também com o estudo realizado, que não se pode entender que a vedação constitucional da prova obtida por meio ilícito seja tida como absoluta, pois de acordo com alguns dos doutrinadores estudados, deve haver uma ponderação de interesses, no tocante à valoração dos direitos em impasses judiciais.

Desta forma, podemos dizer que existe a possibilidade de admissão da prova obtida por meio ilícito no direito processual civil, salvo exceções. Uma vez que sua admissão está carecidamente condicionada à legítima necessidade parte, que ao utilizar-se de tal prova, reste suficiente a admissão de sua conduta. Outrossim, a prova precisa ser imprescindível para resolução do problema em questão.

Por todo exposto, à luz do Princípio da Proporcionalidade, com as devidas ressalvas, tem-se que a prova considerada ilícita, pode sim, ser admitida e utilizada no processo civil, contanto que seja analisada no caso concreto, e ponderada de acordo com os interesses à ela inerentes, buscando-se assim, a tão almejada justiça.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 3. ed. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNEIRO, Diogo Ciuffo. **Prova ilícita**: Uma reflexão. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 11, n. 43, 2008, p. 269.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007.



LOPES, João Batista. **Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil**. V. 29. n. 116. São Paulo: Revista de Processo, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria geral do processo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 592.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MÜLLER, Pierre. **Le principe de la proportionnalité**. In: Zeitschrift für Schweizerisches Recht. Neue Folge, v. 97, fasc. 3. Basel, 1978, *apud* BONAVIDES, Paulo. "Curso de direito constitucional". 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 393.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Cap. VII. p. 430.

SILVA, Viviani Ghizoni da; SILVA, Phelipe Benoni Melo e; ROSA, Alexandre Moraes da. **Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e na Apreensão: Um dilema oculto do processo penal**. 1ª ed. Florianópolis: Emais, 2019. p. 40