

Algumas considerações quanto à prova obtida por meios ilícitos:

*Uma leitura restritiva da garantia constitucional instituída no art. 5º,
inciso LVI da CF/88*

Guilherme Botelho

“O problema das provas ilícitas inclui-se entre os mais árduos que a ciência processual e a política legislativa têm precisado enfrentar, dada a singular relevância dos valores eventualmente em conflito. De um lado, é natural que suscite escrúpulos sérios a possibilidade de que alguém tire proveito de uma ação antijurídica e, em não poucos casos, antiética; de outro, há o interesse público de assegurar ao processo resultado justo, o qual normalmente impõe que não se despreze elemento algum capaz de contribuir para o descobrimento da verdade. É sumamente difícil, quiçá impossível, descobrir o ponto de perfeito equilíbrio entre as duas exigências contrapostas.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 121)

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo central examinar a proibição constitucional ao uso da prova obtida por meios ilícitos. Para alcançar tal desiderato aborda o conceito de prova e sua relação com atividade cognitiva, seu escopo como busca de convencimento e as várias classificações de proibições ao uso de provas ilicitamente obtidas, sempre a luz de uma interpretação sistemática dos princípios, regras e valores da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito probatório. Convencimento. Prova ilícita.

Sumário: 1. Introdução. 2. Cognição e prova. 3. A busca pelo convencimento. 4. Conceito de prova e meios de provar. 4.1. Prova atípica e o direito constitucional de provar. 5. Distribuição do ônus da prova e *non liquet*. 5.1. Teoria da carga probatória dinâmica. 6. Prova ilícita, prova ilegítima e prova vedada. 7. Classificação das proibições: proibições de produção e proibições de valoração da prova. 8. A garantia constitucional da proibição do uso da prova obtida por meios ilícitos e sua correlação aos direitos fundamentais à liberdade e à intimidade. 9. As correntes formadas no Direito Brasileiro. 9.1. Pela admissibilidade da prova obtida por meios ilícitos. 9.2. Pela inadmissibilidade da prova. 9.2.1. O sistema das regras de exclusão e a doutrina dos frutos da árvore venenosa (*the fruits of the poisonous tree doctrine*). 10. A prova ilícita e o princípio da proporcionalidade. 11. Reflexões conclusivas.

1. Introdução

O presente estudo tem por escopo o exame da proibição do uso da prova obtida por meios ilícitos no direito brasileiro.

Para concretizar essa análise parte-se do conceito de prova como atividade intelectual inserida no raciocínio cognitivo e seu fim primordial de busca da verdade.

Serão analisadas e comentadas as diversas teorias formadas no direito comparado e absorvidas pela doutrina e jurisprudência pátria para trato das provas ilícitas, verificando assim a possibilidade de sua admissibilidade pelo direito brasileiro.

2. Cognição e prova

É função da jurisdição, na conceituação clássica, a pacificação social, mediante a prolação de decisões justas¹. Contemporaneamente, diante de um Estado Constitucional em que a própria idéia de ação como direito abstrato merece mitigação², melhor parece pensá-la a partir de seu fito de *tutelar as necessidades do direito material*, compreendidas à luz das normas constitucionais.³

¹ Sobre a finalidade do processo, anota FRANCESCO CARNELUTTI: “ ‘Paz com justiça’ poderia ser, dessa fórmula, o lema do Direito processual. Nem paz sem justiça, nem justiça sem paz. Nada de paz sem justiça porque o processo, como se viu, não tende a compor o litígio de qualquer modo, e sim segundo o Direito. Nada de justiça sem paz porque o Direito não se aplica ou não se realiza por quem está em conflito, e sim por quem está sob o conflito: *supra partes*, não *inter partes*; a fim de compor um litígio e não tutelar um interesse. Segundo esta fórmula, o *quid novi* da função processual consiste na combinação dos dois elementos: paz e justiça.” (Carneleutti, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, traduzido por Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 373)

² A esse respeito Luiz Guilherme Marinoni. Destaca-se parte das conclusões: “Se não se pode aceitar a perfeição dogmática da idéia de ação de direito material, também é indiscutível que a teoria da ação abstrata e única – ou de demanda indiferente ao direito material, caso se prefira – não está de acordo com o Estado Constitucional, os direitos fundamentais e a própria legislação processual. O que se impõe, em outras palavras, é a existência de um direito à construção da ação adequada à tutela do direito material e ao caso concreto, o qual é obviamente autônomo em relação ao direito material, mas tem sua legitimidade dependente da tutela jurisdicional de direito material” (*Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos*. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. FUX, Luiz; NERY JR., Nelson e ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 838-869)

³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil, vol. 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 109.

Por sua vez, a tutela dos direitos e interesses jurídicos depende diretamente da atividade cognitiva do magistrado, entendida esta como um *ato de inteligência na análise e valoração das alegações das partes e das provas* aportadas aos autos.⁴

A tutela efetiva, justa e adequada dos direitos⁵ tem, portanto, na cognição plena e exauriente⁶ um eficaz instrumento potencializador quanto à certeza do direito controvertido, “de sorte que a ela o Estado confere a autoridade de coisa julgada.”⁷

⁴ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 58/59.

⁵ O direito a uma tutela jurisdicional plena tem sido amplamente debatido pela doutrina pátria e é resultado de uma gama de valores fundamentais que o compõe. Sidnei Amendoeira Jr. aduz que a tutela jurisdicional adequada ao Estado Constitucional deve ter como características principais a efetividade, a justiça e a tempestividade (Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 30-32). Por sua vez, Gustavo de Medeiros Melo, em bela obra, assevera que “o direito fundamental de acesso adequado à justiça significa a garantia de uma tutela legítima quanto ao seu comando (adequação à ordem jurídica), tempestiva quanto ao momento de prestação, universal quanto ao alcance social por ela proporcionado (acessível a todas as classes, com alcance de um contingente máximo de conflitos) e efetiva pelos resultados materiais atingidos.” (*O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo*. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. FUX, Luiz; NERY JR., Nelson e ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 691) Parece-nos, todavia, que a tutela jurisdicional ideal devida pelo Estado resta melhor caracterizada pela efetividade, sob a perspectiva de mitigação das desigualdades sociais existentes entre as partes e sua prestação em tempo razoável; justiça, objetivamente, como proteção decorrente da aplicação da lei dentro de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, tendo a Constituição como norte; e, por fim, a adequação, adjetivo que também nos parece imprescindível a caracterizar a tutela jurisdicional ideal prometida pelo Estado. Trata-se de conceito muito mais endereçado ao legislativo que ao judiciário, já que cabe àquele o dever de criar meios processuais propícios a tutelar os direitos e interesses das partes.

⁶ Adota-se assim a classificação de KAZUO WATANABE ao distinguir a cognição a partir de dois níveis distintos:

Horizontal (extensão): Diz respeito ao âmbito do exame feito pelo juiz no que se refere ao conteúdo da lide e das matérias abrangidas, isto é, pressupostos processuais, condições da ação e mérito do pedido. Pode ser **integral** se analisa todas as questões preliminares e de mérito postas a julgamento ou **parcial** se é eliminada de uma área toda de questões. *V.g.*, quando o autor busca a tutela jurisdicional para ver o réu condenado ao pagamento de indenização por danos extrapatrimoniais; o litígio tergiversará sobre uma série de questões preliminares e de mérito, sendo que sob o manto do procedimento ordinário poderá o julgador decidir todas as questões sem qualquer limitação. Estaremos diante, portanto de uma hipótese em que a cognição é integral. Em outros casos, no entanto, por conta de disposição específica, apenas poderá ser âmbito de exame do Juiz uma parcela destas questões; é o caso do art. 3º, §2º, do Dec.-lei nº 911/69, ao estabelecer que “na contestação só se poderá alegar o pagamento do débito vencido ou cumprimento das obrigações contratuais”. Estaremos, nesta hipótese, diante de um nível horizontal limitado de cognição, ou na expressão do autor, de uma cognição horizontalmente parcial.

Vertical (profundidade): o plano vertical da cognição diz respeito à profundidade do exame da controvérsia realizado pelo magistrado. Pode ser **exauriente** ou **sumária**. Quando o juiz examina a controvérsia mediante ampla produção de provas, amplo contraditório, esgotamento dos recursos e impugnações, diz-se que houve cognição *exauriente*; quando o juiz analisa uma questão superficialmente, através de um juízo de probabilidade e aparência, diz-se que houve cognição *sumária*, ou seja, uma cognição menos aprofundada. Poderá, ainda, haver “a cognição em sua forma tênue e rarefeita, sendo mesmo eventual, que é a cumprida no processo de execução.” (*Idem, ibidem*, p. 111/124)

⁷ WATANABE, Kazuo. *Idem*, p. 113/114.

A atividade cognitiva, entendida, então, como ato intelectual que se processa na mente do magistrado, deve ter nas provas acostadas aos autos suas maiores influências. Diz-se deve, porque não apenas estas, como também as alegações e, até mesmo os pré-conceitos do plano social, influenciam-no nessa atividade, em que pese os últimos não possam, nem devam integrar suas motivações.

Abre-se breve parêntese para não deixarmos dúvidas quanto à nossa posição de que o processo cognitivo-probatório é diretamente influenciado pela *formação humana* do magistrado e, por regra e não por exceção, o magistrado dá início à decisão por intermédio de sua intuição e sensibilidade sobre a causa⁸. É apenas em ato psicológico posterior que ele busca formar um raciocínio lógico-dedutivo para fundamentar, sem subjetivismos e ideologias pessoais, o julgado.

E isso não deve trazer-nos estranheza ou perplexidade, até porque se trata de realidade reconhecida por nossa Suprema Corte⁹. Todavia, alerta-nos ao cuidado que devemos ter na aplicação do princípio probatório do *livre convencimento do juiz*¹⁰, no

⁸ Nas palavras de Jerome Frank, “quando o juiz apresenta suas conclusões, não poderemos saber ao certo se o magistrado relatou os fatos que julga terem ocorrido. Suas conclusões representam, apenas, o que o juiz diz ter pensado a respeito dos fatos. E raramente, senão nunca mesmo, saberemos se o que o juiz disse a respeito de alguma questão [de fato] realmente representa o que, na verdade, o magistrado pensa [sobre essa questão]”. Dentro do denominado realismo legal americano ainda destacamos o pensamento expressado pelo juiz Hutcheson ao concluir que o magistrado “na verdade decide por intuição, por sensibilidade, não por raciocínio; e o raciocínio aparece apenas quando ele redige a sua decisão, o que não passa de uma apologia para justificar sua decisão para si mesmo. Trata-se de uma justificativa *ex post facto*.” (*Apud* KNIJNIK, Danilo. *Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório* in Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório. Coord. Danilo Knijnik. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 13/14). Com isso não queremos adotar o realismo norte-americano como convicção, mas chamar a atenção para uma realidade que por vezes é negada, como se simplesmente inexistisse: o juiz traz em sua formação humana suas pré-convicções que mesmo que inconscientemente influenciam sua forma de analisar o comportamento das partes, suas alegações e as próprias provas que se formam nos autos.

⁹ Nesse sentido parte da ementa do Recurso Extraordinário nº 140.265/SP, de relatoria do Min. Marco Aurélio: “Ao órgão investido do ofício judicante, cumpre idealizar, para a controvérsia, a solução mais justa possível, somente após adentrando à dogmática, com o fito de respaldá-la.” (2ª Turma do STF, DJU de 23/02/1996)

¹⁰ Embora nosso CPC mencione o livre convencimento em seu art. 131. Nosso sistema probatório, como os demais contemporâneos da cultura romano-germânica vivem sob o regime da persuasão racional que impõe ao magistrado a observância das normas e das máximas de experiência, considerando ilegítima a convicção firmada exclusivamente na intuição. Nesse sentido: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil*, vol. 1. 4 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 350.

intuito de “evitar que o convencimento judicial escape a toda forma de controle dogmático e a um real contraditório”¹¹.

Nessa perspectiva, a prova ganha contorno ainda mais relevante porque, deixando de ser mero procedimento, transforma-se em instrumento de controle do subjetivismo e das arbitrariedades, impedindo a formação de motivações sentenciais desapegadas ao que dos autos consta.¹²

O ato de limitação do direito à produção de prova deve ser visto, antes de qualquer outra coisa, como ato de restrição à cognição, e, portanto, “à racionalização jurídica da convicção judicial”¹³, porque é sobre esta que recairão as conseqüências da ausência da prova.

Acresça-se, ainda, que a restrição à prova representa o evidente aumento da margem de erro do raciocínio judicial; reitere-se, quanto mais amplo for o processo intelectual de valoração das provas e alegações, maior será, por conseqüência lógica, o grau de *segurança da correção da decisão judicial*.

Sob a influência de que a limitação ao direito à produção da prova representa a limitação do próprio processo cognitivo, com a conseqüente mitigação da segurança de justiça da decisão, é que se examinará a proibição de utilização das provas obtidas por meio ilícitos, insculpida no inciso LVI do art. 5º da Carta Constitucional.

3. A busca pelo convencimento

¹¹ KNIJNIK, Danilo. *Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório* in Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório. Coord. Danilo Knijnik. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 25.

¹² A esse respeito recomenda-se: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Problemas atuais da livre apreciação da prova*. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.) Prova Cível. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 51-64. E ainda José Carlos Barbosa Moreira que assim se manifesta: “Livre valoração da prova não significa, é claro, arbítrio judicial na reconstrução dos fatos. A rigor, talvez nem seja próprio aplicar o adjetivo ‘livre’, consoante não raro se faz, ao convencimento do juiz. O que se pode discutir, e na realidade se tem discutido, com referência a este, é o grau de força persuasiva que, uma vez valorada, deve a prova atingir para justificar a afirmação ou a negação do fato a que ela concerne.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Alguns problemas atuais da prova civil*. Temas de direito processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 155)

¹³ *Idem, ibidem*, p. 25.

Ao aduzirmos que o direito à produção de provas e suas (i)limitações trazem ao grau de certeza do direito controvertido importante reflexo, remetemos o leitor, naturalmente, à secular discussão da busca da verdade pelo processo, que encontra contornos mais filosóficos e psicológicos do que propriamente jurídicos.

Não almejamos, neste breve ensaio, discutir os contornos dos conceitos de verdade e da conhecida classificação desta em ‘formal’ e ‘material’, o que comportaria estudo próprio e talvez exercício tão árduo quanto o que despende a discussão da ilicitude da prova, mas com gratificação duvidosa, já que não acreditamos que um proveito prático possa dela surgir se tivermos em mente o que realmente importa: A verdade não é absoluta, sequer fora do processo, jamais poderia sê-lo nele.¹⁴

Provar, assim, é convencer o magistrado quanto à certeza do fato. Esse convencimento, como destacam CARLOS ALBERTO MOLINA e MARIÂNGELA GUERREIRO MILHORANZA¹⁵, processa-se por um juízo de probabilidade ou verossimilhança; o processo, portanto, satisfaz-se com a provável verdade. Esperar mais seria torná-lo utópico.

Deve-se ao pensamento realista norte-americano (ou movimento de pragmatismo jurídico), a conclusão de que o magistrado é, de certa forma, a testemunha da testemunha que refere os fatos; assim, forma sua convicção as testemunhando. A busca pela verdade absoluta, nesse panorama, demonstra-se ingrata.

O processo busca e se satisfaz com a verdade representada pela realidade reproduzida pelas provas, indícios e convicções formadas sobre estas. Satisfaz-se, portanto, com a realidade lógica e jurídica retratável pela soma destes fatores.

No mais, o processo deve buscar a verdade, sem diferenciações. Como já afirmou certa feita JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, a verdade é uma só e “dizer que o processo

¹⁴ A esse respeito vale lembrar os ensinamentos de Michele Taruffo: “Qualunque verità à dunque in questo senso relativa e non esistono fuori del processo verità assolute rispetto alle quali la verità processuale sai per definizione qualcosa di meno.” (*La prova dei fatti giuridici*. Milano:Giuffrè, 1992, p. 53)

¹⁵ MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. *Da prova ilícita no Direito Processual in Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, Vol. 393, Set-Out de 2007, p. 8.

penal persegue a chamada ‘verdade real’, ao passo que o processo civil se satisfaz com a denominada ‘verdade formal’, é repetir qual papagaio tolices mil vezes desmentidas.”¹⁶

Em suma, não deve a jurisdição, enquanto tutora dos direitos materiais, buscar uma verdade, comumente chamada de absoluta. Deve buscar o convencimento quanto à (in)existência dos fatos, mediante equivalente oportunidade às partes. Convence-se dos fatos, para, no passo de raciocínio intelectual posterior, cercar-se de segurança quanto à escolha da norma de incidência a melhor solver o litígio e, apenas por consequência e não por finalidade, alcançar a pacificação social.

4. Conceito de prova e meios de provar

Como o leitor já deve perceber pelas linhas até aqui expostas, distanciamo-nos, no presente ensaio, da teoria clássica de que “probar es establecer la existencia de la verdad; y las pruebas son los diversos medios por los cuales la inteligencia llega al descubrimiento de la verdad”¹⁷, ou ainda que “a verdade é como a água: ou é pura ou não é verdade”¹⁸. Por não crermos na busca pela verdade absoluta, não a ligamos ao conceito de prova.

Provar é convencer. Convencer quanto à existência ou inexistência de um fato juridicamente relevante ao exame do pedido. Nesse panorama, a prova serve como instrumento de convicção a esclarecer o magistrado quanto aos fatos relevantes.¹⁹

¹⁶ *A constituição e as provas ilicitamente obtidas.* Temas de direito processual: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 118.

¹⁷ SILVA, Carlos Martinez. *Tratado de Pruebas judiciales.* Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1947, p. 21.

¹⁸ A frase é de Francesco Carnelutti (*A Prova Civil*, Campinas: Bookseller, 2001, p. 52). Prossegue o saudoso jurista: “... Quando a busca da verdade material está limitada de tal maneira que esta não possa ser conhecida em todo caso e com qualquer meio, o resultado, seja mais ou menos rigoroso o limite, é sempre o de que já não se trata de uma busca da verdade material, senão de um processo de determinação formal dos fatos. De fato, sempre é possível que em determinados casos o limite atue no sentido de impedir o conhecimento da verdade material e de substituir esta com uma verdade jurídica ou judicial; sendo assim: esta eventualidade é suficiente para que não se possa atribuir o conhecimento da realidade dos fatos como resultado do processo de determinação. Não se pode buscar a verdade somente em parte: ou se busca de tudo, ou seja, busca-se até que a encontre, ou o que se busca não é a verdade.”

¹⁹ Sobre a arte de provar concluiu Jeremias Bentham: “...”Es el arte de sacar conclusiones jutas de um hecho con respecto a outro: se trata de saber si todos los hechos observados corresponden entre si. Em matéria de administración, de legislación, es evidente que no se puede proceder más que por via de conclusión comprobarlos, de colocarlos en el orden debido para que se esclarezcan mutuamente y se deduzcan sus enlaces y sus consecuencias, constituye la base de la ciencia administrativa y legislativa.

O Brasil, e como de rigor ocorre na Itália, expressa os meios legais de prova, mas de forma meramente exemplificativa, aceitando, assim, os denominados meios atípicos de prova.

Discordamos de OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA²⁰ que analisa os meios de prova sob dupla dimensão: ora sendo a *atividade* desenvolvida para produção da prova, funcionando, na verdade, como fonte para extração dos motivos de convencimento; ora como *instrumento* (meio) para obtenção de conhecimento quanto aos fatos a serem provados.

E a discordância decorre, em especial, por nossa adesão à distinção entre fontes e meios de prova, formulada por SANTIAGO SANTIS MELENDO²¹, que afirma: as primeiras atuam no plano fático, existindo mesmo antes do ajuizamento da ação; enquanto que os meios constituem-se nos instrumentos pelos quais as partes buscam demonstrar a existência de fatos controvertidos relevantes ao deslinde da causa.

Feitas essas premissas, para que dúvida não paire quanto ao posicionamento que ora se adota, cabe destacar que o legislador pátrio optou pelos seguintes meios de prova (tipificados): o depoimento pessoal das partes, a confissão, a documental, a testemunhal, a pericial e a inspeção judicial.

4.1. Prova atípica e o direito constitucional de provar

Como adito alhures, optou-se pelo regime aberto dos meios probatórios, como se depreende do texto do art. 332 do Código de Processo Civil: “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.”

Em todos los casos la prueba es un médio encaminado a un fin.” (*Tratado de las pruebas judiciales*. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa, 1971, p. 22)

²⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil*, vol. 1. 4 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 352.

²¹ MELENDO, Santiago Sentis. *La Prueba – Los Grandes Temas del Derecho Probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1987, p. 14.

Admitem-se, assim, as denominadas provas atípicas ou inominadas²², isto é, meios outros diversos daqueles mencionados na lei, desde que moralmente legítimos, a convencer o magistrado quanto à (in)existência de fato que se busque provar.

Prova atípica não se confunde com a ilícita; a primeira não vem prevista no ordenamento jurídico como tal, já a segunda, embora conste dos textos legais, foi adquirida mediante infração a norma de direito material.

A doutrina italiana tem aceito de forma ampla a prova atípica. BRUNO CAVALLONE²³ demonstra que a atipicidade é instituto complexo que pode dar-se sob diversas formas: mediante a admissão de outras fontes materiais de prova, mediante a admissão de procedimentos probatórios não previstos em lei e através de formas raciocínios do juiz também não tipificados.

Conclusão similar é de MICHELE TARUFFO²⁴ ao aduzir que a prova pode ser atípica por se constituir em espécie (no sentido de fonte) não prevista na lei ou por ser colhida de modo diverso da forma normatizada.

Para CAVALLONE²⁵ não faria sentido falar em catálogo legal (seja taxativo, seja exemplificativo), pela amplitude do catálogo do Código Civil Italiano que inclui na lei as mais diversas espécies de meios probatórios. À conclusão idêntica chega Isabel Alexandre ao examinar o Código Civil Português à luz das assertivas de CAVALLONE²⁶.

Também, no Brasil, poderíamos chegar à conclusão, em parte, similar a de BRUNO CAVALLONE. É que analisando nossas fontes de prova nada nos restaria como atípico, já que qualquer prova decorre de documento, testemunho ou presunção firmada a partir destes. Todavia, os meios procedimentais não são exaustivamente tratados na lei, daí a importância de continuar a tratar-se da atipicidade.

²² Segundo M. Taruffo (*Prove Atipiche e convincimento del giudice* in *Rivista di Diritto Processuale*,. Padova: Cedam, 1973, p. 389), a expressão *innominata* foi empregada originariamente por Mauro Cappelletti em *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milan, 1962, I, p. 269.

²³ *Critica della teoria delle prove atipiche* in *Rivista di diritto processuale*, vol. XXXIII (II Serie) 1978, p. 689.

²⁴ *Prove Atipiche e convincimento del giudice* in *Rivista di Diritto Processuale*,. Padova: Cedam, 1973, p. 392-395.

²⁵ *Critica della teoria delle prove atipiche* in *Rivista di diritto processuale*, vol. XXXIII (II Serie) 1978, p. 687.

²⁶ ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em processo civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 39.

No mais, de se recordar que o direito à prova instrumentaliza duas garantias constitucionais fundamentais, o direito de amplo acesso à justiça e o devido processo legal, com o que a restrição ao direito de produzir prova atípica representa uma relativização não prevista em lei a estas garantias.²⁷ De outro lado, a vedação ao uso da prova atípica no Brasil também afronta o art. 332 do Código de Processo Civil.

Exemplos mais conhecidos de provas atípicas são as provas emprestadas, os indícios e o comportamento processual das partes, que não serão abordados especificamente porque demandariam estudo apropriado.²⁸

5. Distribuição do ônus da prova e *non liquet*

Como não é dado ao magistrado prolatar o *non liquet* romano, esquivando-se de decisão quando os fatos não estiverem comprovados, distribui-se entre as partes o ônus desta produção.

Trata-se de regra que será de grande relevância no momento do julgamento. Não sendo comprovados os fatos alegados pelas partes, recairá, sobre aquela que detinha, o dever de provar o ônus pelo insucesso no convencimento. As regras de distribuição do dever de comprovação dos fatos talvez seja a maior prova de que devemos, no plano processual, contentar-nos com a verdade possível ou provável.

²⁷ Não foi outra a conclusão de Isabel Alexandre ao examinar a questão sob o holofote da constituição portuguesa, entendendo pela infringência ao direito de acesso aos tribunais previsto no art. 20º, nº a e 4 da CRP. (ALEXANDRE, Isabel. *Idem*, p. 45/46)

²⁸ Para quem deseje aprofundar-se na matéria indica-se bela obra de Darci Guimarães Ribeiro (*Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998). Ressalvamos apenas nossa reserva quanto a inclusão das presunções dentre os meios atípicos de prova, por nós substituídos pelos indícios. Com bem expressa Barbosa Moreira "... a passagem da prova (documental, testemunhal etc.) ao indício faz-se através da qual se passa do indício à presunção. Na primeira, trata-se de examinar e valor um quid material, sensível, em que, por hipótese, se acha representado certo fato, exatamente para alcançar o conhecimento do fato representado. Na segunda, trata-se apenas de efetuar um raciocínio de tipo silogístico: o fato de cuja existência se indaga não está representado no indício da mesma forma que este se encontrava representado no documento ou no depoimento da testemunha; mas o indício serve de premissa lógica para a afirmação (ou a negação) do outro fato. ... O indício, para resumir, é ponto de partida em confronto com a presunção, e é ponto de chegada em confronto com a prova documental ou testemunhal. ...” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova*. Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 58-59)

Concordamos, todavia, com Darci Guimarães Ribeiro que a diferenciação entre estes institutos é de extrema complexidade e ainda hoje causa tormento na doutrina.

A busca por uma verdade absoluta poderia despende longo período de tempo e demora na prestação jurisdicional, com prejuízo e desvirtuamento da função jurisdicional, mencionada no limiar do presente estudo.

O direito brasileiro adotou o regime estático do ônus da prova, distribuindo ao autor o dever de provar os fatos constitutivos de seu direito (inciso I, do art. 333, CPC) e ao réu o dever de provar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (inciso II, do art. 333, CPC).

Convivemos, ainda, com a possibilidade de inversão do ônus probatório, que pode dar-se *ope judicis* e *ex vi legis*. O microsistema, instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, possui regras exemplificativas de ambas²⁹. São inversões dependentes da convicção do julgador aquelas baseadas no art. 6º, VIII, CDC; e, decorrem da lei, por uma presunção prévia estabelecida pelo legislador de dificuldade na produção desta, as inversões estabelecidas nos artigos 12 e 14, bem como a do artigo 38 do CDC.

Essas inversões decorrem, portanto, de uma presunção legal ou da convicção pessoal do julgador no exame dos fatos, de que a parte contrária possui melhores condições de produzir a prova devido à hipossuficiência da adversa.³⁰

Recorde-se que a inversão do ônus probatório *ope judicis* deve-se dar na abertura da fase instrutória do feito, oportunizando-se, sem surpresas ou retroatividade, à parte uma efetiva possibilidade de produzir a prova cuja ausência lhe prejudicará³¹.

5.1. Teoria da carga probatória dinâmica

A característica estática do ônus probatório é de longa data questionada na doutrina estrangeira. DANILO KNIJNIK³² lembra que, já no processo civil romano clássico, falava-se

²⁹ ALVES, Maristela da Silva. *Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil*. Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório. KNIJNIK, Danilo. (Coord.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 210.

³⁰ Lembre-se que as presunções podem ser judiciais ou simples (*praesumptiones hominis*) ou legais (*praesumptiones iuris*). Estas por sua vez, podem ser sub-dividas em presunções legais absolutas (*iuris et de iure*) e relativas (*iuris tantum*), conforme admitam ou não prova em contrário.

³¹ Nesse sentido, a título exemplificativo o Recurso Especial n. 662.608/SP, 4ª Turma do STJ, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. em 12.12.2006, p. no DJ 05.02.2007, p. 242.

na denominada *probatio diabolica* por meio da ação publicana, que admitia a aplicação móvel do ônus probatório sempre que se apresentasse excessivamente difícil a uma parte a comprovação do fato juridicamente relevante.

Com base na idéia da distribuição móvel do ônus probatório, floresceu na doutrina argentina a denominada teoria da *carga probatória dinâmica*, que vem sendo recepcionada em algumas decisões prolatadas por nossos tribunais, em que pese ainda a ausência de previsão legal³³.

Para a referida doutrina, a prova deve recair sobre a parte que possui melhores condições de provar. Não se trata de inversão do ônus probatório, como uma visão preliminar possa indicar, mas de conceder, excepcionalmente e de forma direta, o ônus a quem tem melhores condições de comprovar o fato, seja por ser o único a possuir tais meios, seja porque as dificuldades que a parte contrária (em geral, por motivos financeiros) teria para fazê-la, na verdade acabaria por impedi-la de provar.

Como bem expressa DANILO KNIJNIK³⁴, essa doutrina pode ser sintetizada sob dois fundamentos distintos. De um lado, *a igualdade material* que o processo deve buscar para as partes litigantes, com o que não é incomum que uma parte por elevado poder econômico tenha maior facilidade na comprovação do fato do que outra, e, de outro lado, *o dever de lealdade e colaboração das partes*, as quais devem colaborar entre si para que o processo chegue o mais próximo possível da verdade.

O autor defende, por fim, sua aplicação no direito brasileiro sempre que a aplicação estática do ônus probatório representar *probatio diabolica*, seja porque a parte não onerada (estaticamente) detém um conhecimento especial, seja porque provas relevantes estão em seu poder. A incidência dessa teoria também ocorreria quando a prova se tornasse

³² *As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica. In Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. FUX, Luiz; NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 944.*

³³ Já tramita atualmente na Câmara dos Deputados, projeto de lei que implementa a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova ou das cargas probatórias dinâmicas no Brasil, através da alteração do art. 333 do CPC. (PL nº 3.015).

³⁴ *Idem*, ibidem, p. 945.

“inacessível à parte estaticamente onerada, seja por força de conduta culposa, seja por violação dos deveres de colaboração pela parte adversa.”³⁵

Neste ponto, ousamos divergir respeitosamente do ilustre autor, já que não nos parece conveniente a adoção desta possibilidade, enquanto ausente norma processual permissiva; entendimento que decorre, bem verdade, de nossa pessoal descrença quanto às regras processuais dependentes do bom senso, senso comum, máximas da experiência ou qualquer outro critério aberto relacionado ao subjetivismo do julgador. Nas palavras de LEO ROSENBERG, “a distribuição proporcionada e invariável da carga da prova é um postulado de segurança jurídica.”³⁶

6. Prova ilícita, prova ilegítima e prova vedada

Uma das grandes dificuldades na compreensão do tema decorre da absoluta ausência de uniformidade na terminologia dos fenômenos. Não é incomum ver a doutrina usar os termos provas ilegítimas, provas proibidas, vedadas, ilegais, inadmissíveis, irregulares, e, até mesmo, proibições probatórias; às vezes como sinônimos, às vezes como gêneros e espécies, sempre com algumas variações terminológicas.

Prova vedada ou inadmissível é a prova obtida mediante meios ou comportamentos ilegais, ou seja, prova obtida por intermédio de atitude reprovada pelo ordenamento jurídico, seja de que natureza for essa norma.

As doutrinas italiana, portuguesa e brasileira têm preferido a utilização do termo ilegítima especificamente para denominar as provas obtidas mediante violação de norma processual; parece-nos adequado, razão pela qual adotaremos-na neste ensaio.

De outra banda, ilícita será “a prova cujo modo de obtenção o direito material reprovava, quer essa ilicitude se verificasse dentro ou fora da órbita processual”³⁷. Serão exemplos de prova ilícita fora da órbita processual: a escuta telefônica sem autorização judicial ou a obtenção delituosa de informações que chegam aos autos através de prova

³⁵ *Idem, ibidem*, p. 951.

³⁶ Apud KNIJNIK, Danilo. *Idem*, p. 945.

³⁷ ALEXANDRE, Isabel. *Idem*, p. 21.

testemunhal. Exemplo de prova ilícita dentro do processo é a inquirição de testemunha sob coação.

Sendo assim, prova vedada ou inadmissível é gênero dos quais são espécies a ilegítima e a ilícita. Recorde-se que, aos falarmos em prova vedada, referimo-nos sempre aos seus meios de obtenção, já que acreditamos que todas as fontes de provas são lícitas, enquanto provas do fato.

Cumpre-nos investigar se nossa Constituição Federal, ao vedar as provas obtidas por meios ilícitos, em seu art. 5º inciso LVI, referia-se às provas inadmissíveis ou às provas ilícitas, tendo por base os conceitos e terminologias acima aduzidos.

7. Classificação das proibições: proibições de produção e proibições de valoração da prova.

Classificação mais comum na doutrina é a divisão das proibições de prova entre proibição de produção e proibição de valoração da prova. As proibições de produção de prova inadmitem certos objetos (fontes), meios ou métodos de prova. A proibição à produção da prova interessa-nos com maior relevo por ser inerente às provas produzidas em desacordo com a violação ao direito material.

Proibições de tema de prova “traduzem-se em proibições de demonstração da realidade de certo facto, independentemente do meio de prova utilizado.”³⁸ Exemplo dessa proibição, pode ser o depoimento sobre um fato quanto a depoente que tem dever de sigilo profissional sobre ele.

Proibições de meios são aquelas ilicitudes que contrariam valores materiais protegidos. Exemplo prático é o caso da utilização de diário íntimo contra a vontade do autor.

Proibições de método seriam as provas obtidas mediante ofensa à integridade física, a exemplo, das confissões obtidas mediante violência.

³⁸ ALEXANDRE, Isabel. *Idem*, p. 53.

De outro lado, as proibições de valoração da prova, por sua vez, não se relacionam com a admissão ou não prova, mas com seu aproveitamento ou sua utilização como meio de convencimento do juiz.

Por sua vez, as proibições de valoração da prova podem ser dependentes ou independentes. A proibição de valoração tem sua origem na violação de uma proibição de produção. Por ser proibida sua produção, também não poderá ser valorada no julgamento.

A proibição de valoração independente demonstra-se de alto relevo. E, aparentemente, só se apresentam em dois exemplos: “quando as partes ou terceiros, no exercício do direito, que em dadas circunstâncias lhes assiste, de recusar a colaboração na descoberta da verdade (art. 519, nº 3 CPC), não prestam informações, não se sujeitam a exames ou não entregam documentos (já que a atribuição a esses comportamentos negativos de um qualquer valor probatório, destituiria tal direito de conteúdo útil); b) quando, na seqüência de um meio de obtenção de prova (uma busca, uma apreensão de correspondência, uma escuta telefônica) legalmente realizada, se adquirem, por mero acaso, conhecimentos não relacionados com o facto que se pretendia investigar (os denominados conhecimentos fortuitos).”³⁹

Como dito alhures, o comportamento processual das partes é meio atípico de prova, fato que hoje não demanda grande divergência da doutrina. Todavia, deve-se harmonizar tal possibilidade com a máxima de que ninguém pode ser coibido a produzir prova contra si mesmo. Eventual presunção, decorrente da omissão da produção da prova, pode ser tida como ilícita, por infringir tal direito.

Outra ilicitude decorre da comprovação de fato descoberto mediante autorização judicial para fim diverso. Exemplo, autoriza-se judicialmente o implemento de escuta telefônica em decorrência de tráfico de drogas e através dessas escutas descobre-se que o investigado também comete outros ilícitos independentes, como fraudes à licitações. A autorização não serviu a este fim, sendo ilícita sua valoração em demanda que busque a condenação para este crime.

³⁹ ALEXANDRE, Isabel. *Idem*, p. 61-62.

8. A garantia constitucional da proibição do uso da prova obtida por meios ilícitos e sua correlação aos direitos fundamentais à liberdade e à intimidade

O art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso LVI dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Como se depreende das observações doutrinárias⁴⁰, trata-se de garantia constitucional (fundamental) a zelar pelo direito fundamental à liberdade e à intimidade disciplinada nos incisos X⁴¹ e XI⁴² do art. 5º da Carta Constitucional.

Na lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA⁴³ os direitos são bens e vantagens conferidas pelas normas, enquanto as garantias são meios (instrumentos) a tornarem efetivos estes direitos.

A garantia constitucional especial da proibição de uso da prova obtida por meios ilícitos demonstra-se, assim, essencial a preservar a efetividade dos direitos fundamentais à liberdade e à intimidade.

Outrossim, lembre-se que o direito à formação e acesso à prova será a regra.⁴⁴ O direito à prova integra os direitos constitucionais fundamentais do acesso à justiça e do devido processo legal.⁴⁵ Ao restringir-se o direito à prova relativiza-se, portanto, o devido processo legal, enquanto direito fundamental.

⁴⁰ Nesse sentido: BERGMANN, Érico R. *Prova ilícita*. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, 1992, p. 44.

⁴¹ São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

⁴² A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

⁴³ *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 413.

⁴⁴ Nesse sentido Michele Taruffo tece crítica a *Corte Costituzionale*, entendendo que ao invés de presumir que todos os limites probatórios sejam justificáveis, salvo se comprimirem excessivamente o direito à prova, dever-se-ia partir de princípio oposto, ou seja, nenhum limite é justificado, salvo se existirem razões especiais e relevantes a impô-lo.” (Apud ALEXANDRE, Isabel. *Idem*, p. 74)

⁴⁵ Michele Taruffo e Gian Antonio Micheli aduzem que o direito de acesso à justiça se correlaciona com o direito de acesso as provas e meios probatórios. Por sua vez, o direito a participar na formação e na administração da prova em juízo se relacionaria ao direito ao contraditório. (MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. *A prova* in Revista de processo, n. 16, out-dez de 1979, p. 164)

À luz de uma interpretação tópico-sistemática⁴⁶, adiantamos nosso entendimento de que apenas será ilícita, segundo a Carta Constitucional, a prova obtida com violação ao direito à intimidade da parte contrária.

Com isso não queremos dizer que a prova obtida mediante infringência de normas processuais seja irrelevante ao ordenamento jurídico ou não mereça repreensão. Exemplificando, a prova testemunhal obtida em desrespeito ao contraditório é obviamente inválida e, portanto, imprestável ao processo. Todavia, o fundamento para buscar sua anulação não deve ser o ora analisado, porque não se trata de prova que infrinja os direitos à liberdade ou à intimidade; trata-se de prova ilegítima que encontra repreensão nas próprias regras processuais.

9. As correntes formadas no Direito Brasileiro

Apenas recentemente o legislador preocupou-se em elaborar expressamente o conceito de prova ilícita, mediante a reforma do art. 157 do Código de Processo Penal⁴⁷ que, em seu caput estabelece como ilícitas as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Até então essa árdua tarefa vinha sendo realizada pela doutrina e jurisprudência pátria e, na busca desse conceito, algumas correntes se formaram.

Para parte minoritária da doutrina, a prova obtida por meios ilícitos deve ser aceita em nome da busca pela verdade real; àquele que dela beneficiou-se, imponham-se as sanções legais específicas pela violação de eventual direito à liberdade e à intimidade.

Para outros, a proibição deve ser vista de forma ampla, constituindo-se em um direito fundamental que deve ser preservado acima de tudo. A base dessa corrente,

⁴⁶ Nas palavras de Juarez Freitas: "... por interpretação sistemática, na ótica preconizada, entende-se a operação que consiste em atribuir, hierarquicamente, a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às regras ou normas estritas e aos valores jurídicos, fixando-lhes o alcance e superando antinomias em sentido amplo, tendo em vista solucionar casos de conflito (objetiva ou subjetivamente considerados). Isso deve ser feito a luz de uma hierarquização axiológica, atividade típica de interpretação, "que decide manter ou não as normas que se ponham, em maior ou menor grau, em rota de colisão com o sistema." (*A interpretação sistemática do direito*. 3 ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 99 e 150)

⁴⁷ Dispõe o caput do art. 157 do CPP, com a redação fornecida pela Lei nº 11.690, de 9 junho de 2008 que vigerá a partir de 10 de agosto de 2008: "São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais."

atualmente corroborada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é a doutrina norte-americana dos frutos da árvore venenosa (*the fruits of the poisonous tree doctrine*), que será ainda analisada com maior cuidado.

Uma terceira corrente, influenciada pelo direito alemão, e baseada no *princípio da proporcionalidade* vem defendendo a possibilidade da utilização da prova obtida por meios ilícitos, em “situações excepcionais”, mediante a confrontação de valores aparentemente antinômicos.

9.1. Pela admissibilidade da prova obtida por meios ilícitos

A jurisprudência, firme no direito brasileiro, afasta a admissibilidade da prova ilícita posteriormente à Constituição Federal de 1988, que categoricamente declarou sua vedação como meio de prova, elevando, inclusive, tal proibição à garantia constitucional.

Também, na doutrina, não se ouvem mais vozes pela admissão de forma explícita, senão pela via oblíqua da aplicação do princípio da proporcionalidade que será melhor analisado a seguir.

A busca por aderentes, na atualidade, apenas se faz possível no direito comparado, em Países onde não se explicita a adoção da inadmissibilidade; é o caso da Itália. Nesta linha, GIAN FRANCO RICCI⁴⁸ defende que, sendo o momento em que se verifica a ilicitude anterior ao próprio ajuizamento da demanda, essa ilicitude não poderia influenciar a valoração da prova no feito. Sanciona-se o infrator nas vias penais e cíveis, mas a prova ainda permanece válida.

9.2. Pela inadmissibilidade da prova

⁴⁸ *Le prove illecite* in Rivista di Diritti e proc. Civ. 1987, XLI, p. 70.

Assim como na França e na Espanha,⁴⁹ também o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema de inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Segundo JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, trata-se de opção inegavelmente ligada ao momento político vivido pelo País anteriormente à Carta Constitucional; época de ditadura, quando “ninguém podia considerar-se imune a diligências policiais arbitrárias ou ao ‘grampeamento’ de aparelhos telefônicos. Quis-se prevenir a recaída nesse gênero de violências.”⁵⁰

Verdade é que, mal influenciada ou não pelo momento político-histórico então existente, tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátrias vêm, de forma majoritária, posicionando-se em prol da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos. Todavia, parece-nos equivocada a interpretação que vem sendo dada ao texto constitucional.

Em decisão que representa bem o atual posicionamento do **Supremo Tribunal Federal**, assim se decidiu: *“A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do ‘due process of law’, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A ‘Exclusionary Rule’ consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do estado de produzir prova em sede processual penal. A Constituição da república, em norma revistida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive da transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em*

⁴⁹ Uma análise dos sistemas adotados nestes países é realizada por Isabel Alexandre. Idem, p. 161-171.

⁵⁰ *A constituição e as provas ilicitamente obtidas*. Temas de direito processual: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 122.

conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do 'male captum, bene retentum'. Doutrina. Precedentes."⁵¹

Vê-se, claramente, da leitura da decisão, duas conclusões centrais: a adoção do sistema das regras de exclusão (*exclusionary rules*) do direito norte-americano, inclusive com adesão a doutrina dos frutos da árvore venenosa, e a formação de um conceito de prova ilícita que abrange a violação, tanto de normas de direito material, seja de direito fundamental ou não, como a violação de normas processuais.

Sendo assim passa-se a examinar o sistema das regras de exclusão que norteiam o sistema norte-americano e a doutrina dos frutos da árvore venenosa, no intuito de examinar com minúcia a essencial do entendimento que vem sendo acolhido junto ao Supremo Tribunal Federal.

9.2.1. O sistema das regras de exclusão e a doutrina dos frutos da árvore venenosa (*the fruits of the poisonous tree doctrine*)

O sistema norte-americano rege-se pelas regras de exclusão, sendo assente que todas as provas são admissíveis, exceto quando devam ser excluídas por força de regra.

Essas regras podem proibir a comprovação de certos fatos ou que podem proibir a utilização de certos meios probatórios para comprovação de fatos. É proibida, assim, a negação das próprias afirmações (*Estoppel*), com o que nenhum meio de prova pode ser utilizado para alcançar esse interesse. Também não podem ser utilizados como meios de prova os relatórios militares ou as correspondências entre Ministérios (*Public Police*). Por outro lado, as regras de exclusão quanto aos meios de prova podem ser divididos em *Privileges* – quando certos meios de prova são vedados no intuito de proteger certos direitos das partes (v.g., a parte não pode ser coagida a prestar informação que implique crime contra si mesma) – e *Hearsay* – que proíbem provas baseadas no ouvir-dizer;

⁵¹ Habeas Corpus nº 82.788-8/RJ, 2ª Turma do STF, rel. Min. Celso de Mello, j. em 12/04/2005.

segundo esta regra apenas pode ser permitido o testemunho daquele que tomou conhecimento do fato.⁵²

Baseado neste sistema brevemente esposado, gerou-se na Suprema Corte Norte-Americana, a doutrina dos frutos da árvore venenosa, adotada pelo Supremo Tribunal Federal que identifica-se com a denominada prova ilícita por derivação.

Não apenas a prova obtida por meios ilícitos, como também todas aquelas a que se chegou com base na primeira ou por informações nesta contidas, devem também ser rechaçadas, sendo inúteis ao deslinde do feito.

A doutrina dos frutos da árvore venenosa vem sendo muito difundida no Brasil devido a sua adoção pelo Supremo Tribunal Federal, todavia, suas limitações não vêm sendo examinadas com o mesmo cuidado. A esse respeito Danilo Knijnik, em célebre artigo doutrinário⁵³, demonstra que são cinco as principais limitações ao uso da doutrina:

Limitação da fonte independente (Wong v. United States, 1963): O Autor traz como exemplo o caso “Murray v U.S”, de 1988, onde a polícia tinha indícios suficientes para obtenção de mandado de busca em decorrência de crime de contrabando, todavia, sem requerê-lo, adentrou ilegalmente à residência do investigado, e encontrou a prova do crime. A partir daí, a polícia retirou-se do local sem referir o achado, e, apenas baseando-se nos indícios que já detinham, solicitaram um mandado de busca. Com o mandado procedeu-se a busca com apreensão do contrabando.

Nesse caso, como o mandado foi concedido sem levar em conta a prova ilicitamente obtida entendeu a Corte pela legalidade da prova, pela independência da fonte probatória.

Limitação da Descoberta Inevitável (Nix v. Williams, 1984): Deve-se examinar se a prova não seria descoberta inevitavelmente pelos meios legais.

De se ressaltar que o direito pátrio passou indubitavelmente a adotar, no âmbito penal, as limitações da fonte independente e da descoberta inevitável, através do parágrafo primeiro inserido no art. 157 do CPP, pela lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008, que

⁵² ALEXANDRE, Isabel. Idem, p. 63-67.

⁵³ KNIJNIK, Danilo. ‘A doutrina dos frutos da árvore venenosa’ e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93, *Ajuris* n. 66, ano XXIII, 1996, p. 61-84.

estabelece a ilicitude das provas derivadas, “salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.”

Limitação da Descontaminação (US v. Ceccolini, 1978): Embora obtida a prova por meios ilícitos, pode ocorrer um acontecimento capaz de purgar o veneno, imunizando os frutos, através da intervenção de um ato independente, como, por exemplo, a confissão espontânea. “Resumidamente, segundo Brown v. Illinois, de 1975, três seriam as hipóteses de descontaminação; a existência de um largo espaço de tempo entre a ilegalidade e a obtenção da prova; a intervenção de fatores independentes e adicionais; e o grau de ilegalidade na conduta do agente policial.”⁵⁴

Limitação da Boa fé (US v. Leon, 1984): A mais polêmica das limitações. Não se aplicará a doutrina da ilicitude por derivação, quando os agentes públicos crerem, sinceramente, que sua diligência foi realizada de acordo com a IV Emenda. Isso se deve ao escopo da *exclusionary rule* de justamente evitar arbitrariedades da Administração Pública e não impedir o alcance da verdade.

Limitação da Expectativa Legítima e Pessoal (Rakas v. Illinois, 1978): O pedido de ilicitude não pode ser formulado por pessoa ilegítima, sendo indispensável a legítima expectativa de intimidade e privacidade. Exemplo citado é o caso Rakas v. Illinois, de 1978, onde se denegou a supressão da prova em busca ilegal no interior de veículo relativamente a passageiros, porque não eram proprietários do veículo e por não deterem direito de privacidade quanto aos objetos ali contidos.

Vê-se, assim, que o sistema das regras de exclusão e da doutrina dos frutos da árvore venenosa merecem melhor atenção, para que não se o adote de forma indiscriminada, quando, mesmo em seu País de origem, vem sofrendo uma série de limitações.

10. A prova ilícita e o princípio da proporcionalidade

⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 80/81.

Em oposição ao sistema norte-americano, põe-se a doutrina alemã (*Beweisverbote*). O sistema alemão, baseado no princípio da proporcionalidade admite, em caráter excepcional, “a prova obtida com violação ao mandamento constitucional, desde que esta obtenção, bem como a admissibilidade desta prova, seja considerada como a única forma possível e razoável para proteger outros valores fundamentais e tidos como mais urgentes na concreta avaliação dos julgadores.”⁵⁵

A jurisprudência alemã, assim, reconhece a inconstitucionalidade da prova obtida por meios ilícitos. Todavia, “permite ao julgador cotejar a aceitação pura e simples das garantias constitucionais, fulminando a prova ilícita, e admissão da prova ilícita, sacrificando algum valor insculpido na constituição para escolher o caminho mais justo e buscar o apanágio da justiça.”⁵⁶

Ao postular a aplicação do princípio da proporcionalidade ao regime das provas ilícitas no sistema brasileiro alguns cuidados, por vezes, não são realizados pela doutrina. A Lei Fundamental de Bonn elevou a liberdade a direito fundamental, como valor decorrente do livre desenvolvimento da personalidade humana; mas, note-se, não erigiu à garantia constitucional expressa, a vedação à prova ilícita, como optou o constituinte brasileiro.

Por lá, a doutrina dividiu o direito à liberdade pelas suas esferas em íntima (*Intimphäre*), secreta (*Geheimnisphäre*) e privada (*Privatsphäre*), sendo somente a primeira considerada absoluta.⁵⁷

A aplicação do princípio da proporcionalidade nas provas ilícitas não tem sido aceita pela jurisprudência brasileira, tendo adeptos na doutrina; dentre estes, um de altíssimo relevo, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁵⁸.

⁵⁵ BERGMANN, Érico R. *Prova ilícita*. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, 1992, p. 16.

⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 16.

⁵⁷ MELLO, Rodrigo Pereira de. *Provas ilícitas e sua interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 50.

⁵⁸ “Fala-se, ao propósito, de um ‘princípio de proporcionalidade’, invocando, por exemplo, acerca do problema da admissibilidade das provas ilicitamente obtidas. Não se trata, contudo, de uma fórmula, mas de mera diretriz. Como aplicá-la bem, diante do caso concreto, é questão que só à consciência do juiz é dado resolver, naquele instante, dramático entre todos, em que lhe cumpre vencer quaisquer hesitações e fazer a final opção, sem auxílio exterior suscetível de atenuar-lhe a responsabilidade pessoal. Esse é o seu apanágio; e nada retrata com tão vívidas cores a miséria e a grandeza da função de julgar.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Alguns problemas atuais da prova civil*. Temas de direito processual: quarta série. São Paulo: Editora Saraiva, 1989, p. 160/161.

As raras utilizações deste princípio na jurisprudência ainda tem-se demonstrado, em nossa opinião, equivocada. Exemplificando, NELSON NERY JR.⁵⁹, adepto a esta tese intermediária, defende a correção das decisões que permitem a gravação da conversa telefônica por um dos interlocutores, com arrimo na proporcionalidade.

Ora, quando nossos tribunais, como a rigor, tem-se inclinado o Supremo Tribunal Federal⁶⁰, permitem a gravação da conversa pelo próprio interlocutor, não o fazem mediante a aplicação deste princípio fundamental, mas diante de uma correta restrição ao conceito de ilicitude, como garantia especial correlata ao direito à intimidade.

11. Reflexões conclusivas

Se meio ilícito é todo aquele viola regra de direito constitucional ou legal sem distinções, na recente visão de nosso legislador, parece-nos evidente que a proteção constitucional elevada à garantia fundamental tem por objetivo afastar as provas obtidas em violação aos direitos fundamentais de liberdade e intimidade e a estas tão somente.

Pode parecer, a primeira vista, pouco ou nada relevante a diferenciação acima, no momento em que qualquer prova obtida, mesmo em violação apenas de norma processual será inadmissível. Todavia, continuamos a visualizar importância na distinção no intuito de aplicar com correção o *princípio da proporcionalidade* que a nós parece ter espaço também no direito pátrio.

A prova obtida por meios que violem os direitos fundamentais à liberdade e à intimidade jamais comportará aplicação do princípio da proporcionalidade. Isto é, a busca pela verdade não pode suprimir estes valores. Relativizar esses direitos fundamentais, mediante a proporcionalidade seria, na verdade, alterar a hierarquia axiológica estabelecida pelo constituinte que se preocupou justamente em impor essa garantia fundamental para proteções destes direitos de equivalente valor.

⁵⁹ *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 198.

⁶⁰ Nesse sentido: Habeas Corpus n. 80.949-9/RJ, 1ª Turma do STF, rel. Min. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 30/10/2001.

O mesmo não se dirá de outras violações. Provas que violem normas de direito material ou processual, sem afrontar aqueles valores fundamentais ao Estado Constitucional podem, excepcionalmente, no caso concreto, quando imprescindível for ao convencimento do magistrado serem valoradas, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

E, com isso, não queremos defender a admissibilidade da prova obtida, mediante violação das regras processuais que, eventualmente, não será valorada em decorrência das sanções previstas no ordenamento jurídico processual (*lembre-se proibição de valoração e não de produção*), mas patrocinar a necessidade de se buscar os valores contidos nas normas. Valores estes que, por serem de menor relevo ao Estado Constitucional poderão, eventualmente, comportar relativização.

Afinal ao processo não podemos apenas incumbir a finalidade de pacificação social. Também a decisão arbitrária resolve os litígios e nem, por isso, é legítima. O processo deve acima de tudo buscar a efetiva proteção dos direitos substanciais, com o que alcançará a dita justiça material, não através da busca pela verdade absoluta, mas pelo convencimento calcado em provas e alegações que retratem com verossimilhança os fatos relevantes à decisão.

E é porque justamente essa é a finalidade maior da jurisdição que nos parece plausível a relativização de regras processuais internas para que tal desejo maior seja alcançado.

Bibliografia

ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em processo civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Problemas atuais da livre apreciação da prova*. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.) Prova Cível. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 51-64.

ALVES, Maristela da Silva. *Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil*. Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório. KNIJNIK, Danilo. (Coord.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 203-217.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A constituição e as provas ilicitamente obtidas*. Temas de direito processual: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Alguns problemas atuais da prova civil*. Temas de direito processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 145-161.

_____. *As presunções e a prova*. Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 55-71.

BENTHAM, JERMÍAS. *Tratado de las pruebas judiciales*. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa, 1971.

BERGMANN, Érico R. *Prova ilícita*. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, 1992.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, traduzido por Hiltomar Martins de Oliveira. 1. ed. São Paulo: Classic Book, 2000.

_____. *A Prova Civil*. Campinas: Editora Bookseller, 2001.

CAVALLONE, Bruno. *Crtica della teoria delle prove atipiche in Rivista di diritto processuale*, vol. XXXIII (II Serie) 1978.

FREITAS, JUAREZ. *A interpretação sistemática do direito*. 3 ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

KNIJNIK, Danilo. *As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica*. In *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao*

Professor José Carlos Barbosa Moreira. FUX, Luiz; NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 944.

_____. *'A doutrina dos frutos da árvore venenosa' e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93* in *Ajuris* n. 66, ano XXIII, 1996, p. 61-84.

_____. *Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório* in *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Coord. Danilo Knijinik. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil, vol. 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos*. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. FUX, Luiz; NERY JR., Nelson e ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MELENDO, Santiago Sentis. *La Prueba – Los Grandes Temas del Derecho Probatório*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1987.

MELO, Gustavo de Medeiros. *O aceso adequado à justiça na perspectiva do justo processo*. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. FUX, Luiz; NERY JR., Nelson e ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 684-706.

MELLO, Rodrigo Pereira de. *Provas ilícitas e sua interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

MICHELLI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. *A prova* in *Revista de processo*, n. 16, outubro de 1979.

MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. *Da prova ilícita no Direito Processual* in *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, Vol. 393, Set-Out de 2007.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2004.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

RICCI, Gian Franco. *Le prove illecite* in *Rivista di Diritti e proc. Civ.* 1987, XLI.

SILVA, Carlos Martinez. *Tratado de Pruebas judiciales*. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1947.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. *Prove Atipiche e convincimento del giudice in Rivista di Diritto Processuale*,. Padova: Cedam, 1973.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2 ed. Campinas: Editora Bookseller, 2000.