

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC – SP  
COGEAE – CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU

ALINE VEIGA CARREO

---

**POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO  
PROCESSO CIVIL.**

---

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

São Paulo

2013

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC – SP  
COGEAE – CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU

ALINE VEIGA CARREO

**POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO  
PROCESSO CIVIL.**

Trabalho de Conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação da prof<sup>a</sup> Maria Antonieta Zanardo Donato.

São Paulo  
2013

**BANCA EXAMINADORA:**

---

---

## **RESUMO**

Tem o presente trabalho o intuito de discorrer sobre a Possibilidade de Utilização de Provas Ilícitas no Processo Civil.

Inicialmente abordaremos o conceito, objeto e finalidade da prova, em seguida os meios de prova, isto é, confissão, documentos, testemunhas, presunção e perícia.

Após analisaremos as limitações ao direito de produzir provas, bem como as provas ilícitas especificamente. Trataremos da distinção entre prova ilícita e ilegítima, estudaremos as provas atípicas e ilícitas no processo civil.

Na parte final deste trabalho analisaremos as excludentes de ilicitude, a teoria dos frutos podres da árvore envenenada, o princípio da proporcionalidade e ponderação de interesses. No último capítulo apresentaremos a conclusão deste trabalho.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>7</b>
<b>1. PROVA NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL</b>	<b>11</b>
1.1 CONCEITO, OBJETO E FINALIDADE	11
<b>2. MEIOS DE PROVA</b>	<b>17</b>
2.1 CONFISSÃO	17
2.2 DOCUMENTOS	18
2.3 TESTEMUNHAS	19
2.4 PRESUNÇÃO	20
2.5 PERÍCIA	21
<b>3. LIMITAÇÕES AO DIREITO DE PRODUZIR PROVAS</b>	<b>22</b>
<b>4. PROVAS ILÍCITAS</b>	<b>25</b>
4.1 DISTINÇÃO ENTRE PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS	25
4.2 PROVAS ATÍPICAS	32
4.3 DA PROVA ILÍCITA	34
4.4 PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL	35
<b>5. EXCLUDENTES DE ILICITUDE</b>	<b>45</b>
<b>6. TEORIA DOS FRUTOS PODRES DA ÁRVORE ENVENENADA</b>	<b>48</b>
<b>7. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE</b>	<b>62</b>
7.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	71

7.2 DISTINÇÕES E SEMELHANÇAS ENTRE O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O DA RAZOABILIDADE 84

7.3 A PONDERAÇÃO DE INTERESSES NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE 85

**8. CONCLUSÃO 92**

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 97**

## **Introdução:**

O objetivo deste trabalho é analisar as principais questões acerca da utilização da prova ilícita no processo civil brasileiro, partindo-se da pesquisa de fontes doutrinárias, jurisprudenciais e também no direito comparado, uma vez que se torna inevitável a análise do tema no âmbito do ordenamento jurídico internacional, em especial no ordenamento jurídico alemão e norte americano. Vale destacar que no processo penal este tema é mais usual e está presente na maioria das decisões jurisprudenciais pesquisadas.

De forma especial temos como objetivo analisar a vedação da utilização da prova ilícita prevista no art. 5º, LVI da Constituição Federal e que dispõe: “*não serão admitidas no processo as provas obtidas por meios ilícitos*”, que a nosso ver não é absoluta e no caso concreto poderá ter a ilicitude afastada, em especial pela aplicação do princípio da proporcionalidade como meio de sopesar os interesses e valores constitucionais em conflito.

Para tanto, iniciaremos nosso estudo com uma breve análise sobre o conceito, objeto e finalidade da prova em linhas gerais, destacando a sua importância no processo judicial, como meio de levar ao juiz o conhecimento da

verdade dos fatos e em alguns casos do próprio direito, com a finalidade de formar sua convicção para que ele dê a melhor solução à lide. Abordaremos os meios de prova admitidos no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: a confissão, o documento, a testemunha, a presunção e, finalmente, a perícia. Trataremos também das limitações ao direito de produzir prova como forma de preservar as garantias e direitos fundamentais.

Nesse sentido, discorreremos sobre a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas. Analisaremos o conceito de prova atípica e as duas correntes existentes sobre o tema. A primeira entende que somente as provas que a lei admite e indica expressamente podem ser utilizadas. Para a segunda corrente, que se mostra majoritária no direito pátrio, por sua vez, não há norma que impeça a utilização e aceitação de outros meios de prova não fixados em lei.

Trataremos então das excludentes de ilicitude no âmbito civil que encontram arrimo no art. 188 do Código Civil, e da Teoria dos Frutos Podres da *Árvore Envenenada* (*fruits of the poisonous tree*) que estabelece não ser admitida nenhuma prova derivada de outra prova anterior considerada ilícita e que, entretanto, como veremos a partir do estudo de casos práticos oriundos de decisões da Suprema Corte Norte Americana, não se mostra absoluta na medida em que existem limitações que permitem a utilização de provas oriundas de prova ilícita.

São elas: Limitação da Fonte Independente, Limitação da Descoberta Inevitável e Limitação da Contaminação Expurgada.

No capítulo seguinte trataremos do princípio da proporcionalidade cujo surgimento ocorre entre o século XVII e XVIII na Inglaterra como limitador a atuação dos governantes em favor da proteção dos direitos dos cidadãos e no século XIX chega ao direito administrativo. Após a Segunda Guerra foi difundido na Alemanha e passa a ser considerada uma norma constitucional derivada do Estado Democrático de Direito. Para a doutrina Norte Americana a proporcionalidade deriva do princípio do devido processo legal.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade é admitido, conquanto não encontre previsão expressa. Para alguns doutrinadores o fundamento jurídico deste princípio está no artigo 5º. § 2º da Constituição Federal, para outros é norma constitucional não escrita inerente ao Estado Democrático de Direito e, finalmente, há quem entenda que derivam de outros princípios como o devido processo legal ou da isonomia. Independentemente da posição doutrinária adotada há que se ressaltar que a jurisprudência brasileira vem aplicando o princípio em vários ramos do Direito e com diversas fundamentações.

Finalizando, abordaremos a aplicação do princípio da proporcionalidade como instrumento de interpretação jurídica pela ponderação de interesses, tendo em vista que a coexistência de diversos princípios dentro do mesmo ordenamento jurídico, pode, muitas vezes, gerar conflitos entre eles e, no intuito de solucionar o caso concreto, torna-se necessário ponderar os interesses envolvidos.

## **1. Prova no âmbito do processo civil:**

### **1.1 Conceito, objeto e finalidade.**

Provar é buscar a verdade sobre fatos que ficaram no passado. Tem o intuito de convencer o juiz sobre a verdade dos fatos que se discute nos autos, a fim de que este possa julgá-lo com convicção.

Trata-se de uma reprodução de fatos que já ocorreram e que são trazidos pelas partes mediante apresentação de documentos, testemunhas, depoimentos, perícia, entre outros meios de prova, tendo como destinatário o juiz.

Observa-se, entretanto, que o termo “prova” pode ser conceituado de diversas maneiras pela doutrina, sempre buscando a verdade dos fatos.

Na conceituação de Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>1</sup> temos como destaque as diferentes acepções a que o termo é empregado no processo, ou seja, a produção dos atos tendentes ao convencimento do juiz, a forma pelo qual a prova será produzida, a fonte da prova ou ainda o resultado do convencimento do juiz:

**“Do próprio significado do termo “prova” já se percebe a possibilidade de sua utilização em diversos sentidos. No campo processual o termo é empregado em diferentes**

---

<sup>1</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 4ª edição. São Paulo: Editora Método. 2012.p.408

**acepções, fator complicador de sua exata conceituação: a) pode significar a produção de atos tendentes ao convencimento do juiz, confundindo-se nesse caso com o próprio procedimento probatório (por exemplo, o autor tem o ônus de provar, ou seja, de praticar os atos atinentes à formação do convencimento do juiz); b) pode significar o próprio meio pelo qual a prova será produzida (prova documental, prova testemunhal etc.); pode significar a coisa ou pessoa da qual se extrai informação capaz de comprovar a veracidade de uma alegação, ou seja, a fonte de prova (documento, testemunha); pode significar o resultado de convencimento do juiz (por exemplo, “esse fato está devidamente provado nos autos”).”**

Segundo Gildo dos Santos<sup>2</sup> o objeto da prova é sempre um fato controvertido e relevante para a solução da lide: *“...é preciso que, além de controverso, seja relevante para a solução da lide. Se há um aspecto controverso, mas, apesar disso, não apresenta interesse ou relevância para a solução da lide, sobre ele não se há de fazer prova”*.

Giuseppe Chiovenda<sup>3</sup> também destaca que o objeto da prova é sempre um fato controverso, excepcionando, entretanto, as normas de direito consuetudinário e de direito estrangeiro que embora não se trate de fato incontroverso efetivamente, o juiz não é obrigado a conhecer:

---

<sup>2</sup> SANTOS, Gildo dos. **A Prova no Processo Civil**. 3ª edição. Revista dos tribunais. 2010. p.21.

<sup>3</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4ª edição. Bookseller Editora. 2009.p 1051

**“Objeto da prova constituem os fatos que não sejam reconhecidos e notórios, porquanto os fatos que não se possam negar *sine tergiversatione* dispensam prova. As normas jurídicas, visto que devem ser conhecidas do juiz, não representam objeto de prova no sentido de que falta de prova dela possa prejudicar qualquer das partes. Da mesma forma as regras de experiência. Faz-se exceção, todavia, quanto às normas que o juiz cumpra, de fato, aplicar, no caso de provadas, mas que não é obrigado a conhecer, ou seja, as normas de direito consuetudinário e as normas de direito estrangeiro.”**

Na lição do saudoso prof. Moacyr Amaral Santos, o objeto da prova é o fato por provar-se. Podem ser provas diretas ou indiretas. Será direta se referir-se ao próprio fato a ser provado. Ao passo que se referir-se a outro fato diverso ao probando, que se chegará a ele por outros meios racionais e análise de hipóteses, a prova será indireta.

Vale destacar que não só fatos podem ser objeto de prova, mas também o próprio direito em casos excepcionais quando a parte invoca direito estadual, municipal, singular, estrangeiro ou consuetudinário, conforme dispõe o art. 337 do Código de Processo Civil.

Conforme já destacado, as provas são sempre endereçadas ao magistrado que vai examiná-las, mesmo que as partes não tenham se manifestados acerca de seu conteúdo, cabendo ao juiz formar livremente seu convencimento.

Nesse sentido a conceituação de Moacir Amaral Santos<sup>4</sup> ao enfatizar que a prova judiciária destina-se a levar o juiz ao conhecimento da verdade dos fatos da causa e deve ser compreendida como um todo, reunindo seus caracteres subjetivos e objetivos, a saber:

**“Costuma-se, assim, conceituar prova no seu sentido objetivo, como os meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo. Mas a prova, no sentido subjetivo, é aquela que se forma no espírito do juiz, seu principal destinatário, quanto à verdade desses fatos. A Prova, então, consiste na convicção que as provas produzidas no processo geram no espírito do juiz quanto à existência ou inexistência dos fatos. Esta, a prova no sentido subjetivo, se forma do conhecimento e ponderação das provas no sentido objetivo, que transportam os fatos para o processo”**

Quanto à finalidade da prova, trata-se da apuração da verdade dos fatos narrados na ação ou na defesa, a fim de formar a convicção do juiz para que este dê, segundo seu entendimento, a melhor solução a lide.

---

<sup>4</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 2º volume. 23ª edição ver. atual. Por Aricê Moacyr Amaral Santos. P339

Destacamos, ainda, a importância da prova em nosso ordenamento jurídico uma vez que dentre as garantias constitucionais vigentes, há no art. 5º, LV, da Constituição Federal a previsão do princípio da ampla defesa que consiste na possibilidade de utilização de todos os meios de prova e recursos legais para defesa do interesse das partes em juízo.

**“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:**

**LV - 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;...”**

Sobreleva salientar que as provas somente poderão ser consideradas válidas se obtidas por meio idôneo, lícito, sem violação a qualquer preceito legal.

Assim determina a Constituição Federal de 1988, que veda expressamente a utilização de prova ilícita (art. 5º, LVI) que dispõe: *“não serão admitidas no processo as provas obtidas por meios ilícitos”*. Isso significa que a demonstração dos fatos alegados pelas partes deve decorrer por meios admitidos ou impostos pela lei.

Entretanto, em que pese a vedação constitucional, a aplicação da prova ilícita será analisada neste trabalho em capítulo próprio, mediante a ponderação dos princípios e da aplicação da proporcionalidade como regra capaz de permitir a coexistência ou de fazer prevalecer um princípio diante de outro sem que um deles tenha que ser eliminado em abstrato.

## **2. Meios de prova:**

Os meios de prova expressamente admitidos em nosso ordenamento jurídico são aqueles através dos quais os fatos são comprovados nos autos. São eles, I – confissão, II- documento, III – testemunha, IV – presunção e V – perícia, todos previstos no art. 212 do Código de Processo Civil.

### **2.1. Confissão:**

A confissão ocorre quando, nos termos do art. 348 do CPC, a parte admite a verdade de um fato contrário ao seu interesse e favorável ao adversário.

Nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>5</sup>, a confissão envolve três elementos: “*a) reconhecimento de um fato alegado pela parte contrária; b) voluntariedade da parte que reconhece o fato; c) prejuízo ao confitente decorrente de seu ato.*”

Registre-se que conquanto o Código de Processo Civil classifique a confissão como meio de prova, o professor Daniel Amorim Assumpção Neves entende mais adequado classificá-la como resultado de outros meios de prova, como o depoimento pessoal e a prova documental que serão estudadas mais adiante neste capítulo.

---

<sup>5</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 4ª edição. São Paulo: Editora Método. 2012.p 441.

Ainda segundo o mesmo autor<sup>6</sup>, a confissão para ser considerada eficaz deve preencher os seguintes requisitos:

**“a) o confitente deve ter capacidade plena (art. 213, caput, do CC), não podendo confessar os incapazes ou os seus representantes legais; b) inexigibilidade de forma especial para a validade do ato jurídico como, por exemplo, ocorre no casamento ou falecimento, que exigem para a sua demonstração as respectivas certidões; c) disponibilidade do direito relacionado ao fato confessado, não se admitindo a confissão de fatos que fundamentam direitos indisponíveis (art. 351 do CPC).”**

Nestes casos a confissão não será eficaz, entretanto poderá ser considerada pelo juiz para embasar seu convencimento, podendo considerá-la como prova atípica. As provas atípicas são aquelas não previstas expressamente no ordenamento jurídico pátrio, mas admitidas nos termos do art. 332 do CPC que estabelece que: *“são admissíveis todos os meios de prova moralmente legítimos, ainda que não previstos neste Código”*.

## **2.2: Documento:**

A prova documental em regra deve ser produzida na fase inicial do processo, inobstante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que admite a possibilidade de ser produzidas no decorrer da instrução probatória, desde que

---

<sup>6</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 4ª edição. São Paulo: Editora Método. 2012.p 441.

respeitado o princípio do contraditório, porém não se trata de entendimento pacífico. O mesmo Tribunal já proferiu decisões no sentido de admitir a preclusão na produção de prova, limitando a juntada de documentos à previsão do art. 397 do CPC que prevê: *“É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.”*

### **2.3: Testemunha**

A prova testemunhal consiste na declaração feita em juízo por um terceiro sobre fatos que presenciou ou tomou conhecimento. É admitida desde que não haja previsão legal dispendo de modo contrário.

Em regra qualquer pessoa pode ser testemunha desde que não haja incapacidade, impedimento ou suspeição, nos termos do art. 405, *caput*, do CPC: *“Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.”*

Todavia, podem ser ouvidos como informantes os incapazes, segundo previsão do art. 228, parágrafo único, do Código Civil. Além disso, os impedidos poder ser ouvidos pelo juiz nos casos em que houver interesse público ou nas ações de estado da pessoa, quando a prova não puder ser feita de outra

forma. Os suspeitos também podem ser ouvidos quando não houver outra forma de produção da prova, porém estes assim como os impedidos estão dispensados de prestar compromisso e seus depoimentos serão sopesados de acordo com o entendimento do magistrado.

#### **2.4: Presunção:**

A presunção da veracidade de determinado documento com intuito de fazer prova sobre determinado fato deve ser relativa, isto é, admite prova em contrário.

Há presunção relativa na apresentação de documento público, conforme aduz o art. 364 do CPC: “*O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.*” No entanto, pode ser afastada por outras provas produzidas nos autos.

Entretanto, se a lei exigir a realização de determinado ato apenas por instrumento público, nenhuma outra prova poderá ser exigida para suprir esta falta por ser requisito de validade do ato, como, por exemplo, a escritura pública de compra e venda de imóvel acima de determinado valor.

No que tange ao documento particular, as declarações nele contidas presumem-se verdadeiras em relação ao signatário. Ressalte-se que se trata de presunção relativa somente quanto à declaração, mas não quanto ao objeto. São considerados documentos particulares também fotografias, filmes, gravações etc., que se for impugnada o juiz determinará a realização de perícia.

### **2.5: Perícia:**

A prova pericial é realizada quando há necessidade de um *expert* para produção de determinada prova, pois nem o juiz, nem as partes são especialistas em todas as matérias possíveis que demandam a solução de determinada lide. De acordo com o art. 420, *caput*, do CPC: “A *prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.*” Tem como objeto bens, pessoas, coisas, documentos etc.

### **3. Limitações ao direito de produzir prova:**

O ordenamento jurídico pátrio limita o direito de produzir provas, pois se assim não fosse, teríamos processos que durariam tempo indeterminado num claro atentado ao princípio constitucional da razoável duração do processo, além disso, sujeitariam as pessoas a produção de provas sem qualquer limite ético e moral.

Dentre dos princípios constitucionais limitadores da produção de prova, além do já mencionado no parágrafo anterior, encontramos o princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF) e o princípio do devido processo legal (art.5º, LIV, da CF) que fundamentam referido controle.

O princípio do contraditório e da ampla defesa visa garantir aos litigantes o direito de requerer provas e de produzi-las durante a instrução processual, no entanto deve ser feito no momento processual oportuno.

O princípio do devido processo legal estabelece que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Trata-se de um princípio fundamental num Estado Democrático de Direito e está previsto também na Declaração Universal dos Direitos Humanos: “*Art.8º: Todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os*

*atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.*”. E na Convenção de São José da Costa Rica, o devido processo legal é assegurado no art. 8º:

***“Garantias judiciais 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”***

Ora, se assim não fosse, outros princípios constitucionais seriam fatalmente afrontados no afã da parte em provar o direito em litígio. A busca da verdade jamais poderá ser considerada um direito absoluto, não se admitindo qualquer espécie de prova, a qualquer momento do processo e sob qualquer forma.

Importante salientarmos que os princípios devem conviver entre si, e não anular ou entrar em conflito em relação aos outros. O direito a prova deve conviver com outros princípios, tais como o da proteção à privacidade (art. 5º, X, da CF) e do sigilo profissional (art. 5º, LIX da CF).

Dentro desse contexto, a produção de prova não pode lesionar direito de terceiros ou da parte adversa no que diz respeito à honra, à imagem, à

intimidade, ao sigilo de correspondência e das comunicações telefônicas, entre outros.

#### 4. Provas Ilícitas:

##### 4.1) Distinção entre Provas Ilícitas e Ilegítimas:

Inicialmente é necessário diferenciar prova ilícita e prova ilegítima. A primeira decorre de violação de direito material ou substancial, isto é, há violação de direito individual, sobretudo às normas de direito constitucional, ao passo que a prova ilegítima decorre de violação de norma processual.

Conforme nos ensina Luis Francisco Torquato Avolio<sup>7</sup>

**“as provas ilícitas são colocadas como espécie das provas vedadas, que compreendem: as provas ilícitas, propriamente ditas, e as provas ilegítimas. A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual. Prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material, sobretudo de direito constitucional. Na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo, a prova ilícita pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a este”.**

Ainda segundo definição do prof. Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>8</sup>:

---

<sup>7</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999, p. 42-43

**“prova ilegal é toda prova produzida com ofensa à norma legal, podendo se dividida em: a) prova ilegítima, quando violar norma de direito processual, verificável no momento da produção de prova no processo; b) prova ilícita, quando violar norma de direito substancial, verificável no momento da colheita de prova.”**

João Batista Lopes<sup>9</sup>, citando Joan Pico I Junoy, aponta outros conceitos para prova ilícita, vejamos:

**“Provas ilegais ou irregulares são obtidas contra disposições legais ou apresentadas em juízo em conflito com o procedimento adequado; Provas viciadas são as que, produzidas embora com observância das formalidades legais, se mostrem comprometidas em sua credibilidade ou veracidade; Provas clandestinas são as obtidas de modo oculto, sem publicidade.”**

O professor Nelson Nery Jr.<sup>10</sup> também abordou o tema:

**“O que é prova ilícita? Conceituar prova obtida ilicitamente é tarefa da doutrina. Há alguma confusão reinando na literatura a respeito do tema, quando se verifica o tratamento impreciso que se dá aos termos prova ilegítima, prova ilícita, prova ilegitimamente admitida, prova obtida ilegalmente.**

---

<sup>8</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 4ª edição. São Paulo: Editora Método. 2012.p 430

<sup>9</sup> LOPES, João Batista. **Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil**. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Estudos de direito processual civil**. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo; RT 2006.p.96

<sup>10</sup> NERY JR.,Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª edição. São Paulo: RT p.199 a 200.

Utilizando-se, entretanto, a terminologia de prova vedada, sugerida por Nuvolone, tem-se que há prova vedada em sentido absoluto (quando o sistema jurídico proíbe sua produção em qualquer hipótese) e em sentido relativo (há autorização do ordenamento, que prescreve, entretanto, alguns requisitos para a validade da prova).

Resumindo a classificação de Nuvolone, verifica-se que a prova será ilegal sempre que houver violação do ordenamento como um todo (leis e princípios gerais), quer sejam de natureza material ou meramente processual.

Ao contrário, será ilícita a prova quando sua proibição for de natureza material, vale dizer, quando for obtida ilicitamente.

Em outra classificação, a prova pode ser ilícita em sentido material e em sentido formal. A ilicitude material ocorre quando a prova deriva a) de um ato contrário ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório (invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, quebra de segredo profissional, subtração de documentos, escuta clandestina, constrangimento físico ou moral na obtenção de confissões ou depoimentos testemunhais etc.) Há ilicitude formal quando a prova decorre de forma ilegítima pela qual ela se produz, muito embora seja lícita a sua origem. A ilicitude material diz respeito ao momento formativo da prova: a ilicitude formal, ao momento introdutório da mesma.”

Ainda segundo o professor Nelson Nery Jr., a ilicitude material é viciada porque contraria algum dispositivo legal referente ao direito material, ao passo que a ilicitude formal é contrária a algum dispositivo processual.

O aludido mestre<sup>11</sup>, à luz do direito alemão, diz:

**“A moderna doutrina alemã do direito processual civil tem-se pronunciado no sentido de que não mais vige, em toda sua inteireza, o princípio da busca da verdade real, de modo que devem ser impostas algumas restrições à obtenção da prova, a fim de que sejam respeitados os direitos personalíssimos e os direitos fundamentais. De consequência, a invalidade material do meio de prova acarreta, de regra, a inadmissibilidade de sua utilização no processo. Exemplo da invalidade da prova é sua obtenção mediante ofensa a um direito fundamental garantido pela Constituição Federal (Grundgesetz), notadamente no art. 1º, 2 (GG 1º, 2). Outros exemplos de prova ilícita do direito alemão são dados pela doutrina e jurisprudência daquele país: a) a gravação de conversa telefônica sem o consentimento dos partícipes; b) a exibição de fotografia com ofensa a direitos da personalidade; c) leitura indevida de diário pessoal; d) o depoimento de alguém que observou, ilegalmente, o cônjuge réu em sua própria casa; e) o depoimento de uma testemunha em segredo.”**

As consequências decorrentes da utilização de prova ilícita e de prova ilegítima também são importantes para sua distinção. Pode-se destacar como consequência da utilização de prova ilícita a capacidade de gerar a ampla responsabilidade pela lesão ao direito material violado, ao passo que a prova ilegítima tem como consequência a sua admissibilidade ou não como meio de prova, como por exemplo, a prova testemunhal obtida por meio de tortura.

---

<sup>11</sup> NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª edição. São Paulo: RT. P.195 e 196.

Quanto ao momento da caracterização da ilicitude, Ricardo Raboneze citado por Elias Marques de Medeiros Neto<sup>12</sup>, aponta que a prova que viola um preceito de direito material se torna ilícita no momento em que ocorreu infração à norma. De outra banda, a prova que viola preceito de direito processual se torna ilegítima no momento de sua produção nos autos.

Sérgio Shimura, citado pelo mesmo autor, escreveu sobre o tema<sup>13</sup>:

**“Com efeito, a prova ilícita vem marcada com ilegalidade ocorrida em momento anterior à sua produção em juízo, isto é, diz com o momento de sua obtenção. O documento, por exemplo, por si só, é um dos meios de prova, porém obtido pela prática de furto, tortura, violação de correspondência ou de domicílio, a prova mostra-se viciada, por desrespeito à norma material; quando levada ao processo, a prova já se apresenta contaminada, porque transgressora do ordenamento jurídico. E como exemplo de ilegítima, pode-se mencionar o testemunho sob coação ou ameaça. De todo modo, ilícita ou ilegítima, ambas são vedadas porque ilegais, levando à inaptidão de seu uso no processo, seja civil, penal, ou administrativo.”**

Para o autor argentino Hernando Devis Echandia<sup>14</sup> a identificação da prova ilícita deve ser separada em momento:

---

<sup>12</sup> RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. 3a edição. São Paulo: Síntese, 2000. *Apud* MEDEIROS NETO, Elias Marques de. **Proibição da Prova Ilícita no Processo Civil**. Editora Fiuza, 2010. p.53 e 54.

<sup>13</sup> SHIMURA, Sérgio. Princípio da proibição da prova ilícita. In: NETO, Olavo de Oliveira; CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de (Coord) *Apud* MEDEIROS NETO, Elias Marques de. **Proibição da Prova Ilícita no Processo Civil**. Editora Fiuza, 2010. P 54.

- a) **Verificação da ilicitude do procedimento empregado para a obtenção da prova (confissão mediante tortura, juntada de documentos em processo sem a devida observância do regular rito, entre outros);**
- b) **Verificação da ilicitude da prova, ainda que o procedimento para sua obtenção seja previsto em lei (inspeção judicial em caso de estupro);e**
- c) **Verificação se há proibição legal para investigar determinado fato.**

Enfim, após a apresentação de diversas teorias sobre o tema, adotaremos neste trabalho o entendimento que afirma ser a prova ilícita aquela que viola disposições legais ou constitucionais na sua produção, introdução nos autos ou na própria licitude da prova pretendida.

No sistema brasileiro a prova ilícita é rejeitada, conforme já exposto acima, em razão da previsão constitucional.

Neste sentido, Julio Fabbrini Mirabete<sup>15</sup> assevera:

**“Cortando cerce qualquer discussão a respeito da admissibilidade ou não de provas ilícitas em juízo, a Constituição Federal de 1988 expressamente dispõe que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Deu o legislador razão à corrente**

---

<sup>14</sup> ECHANDIA, Hernando Devis. Pruebas Ilícitas. Revista de processo 32, Ano VIII, 1983, p.85 *Apud* MEDEIROS NETO, Elias Marques de. **Proibição da Prova Ilícita no Processo Civil**. Editora Fiuza, 2010. P 54.

<sup>15</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal.8ª edição. São Paulo. Atlas, 1997. *apud* MEDEIROS NETO, Elias Marques de. **Proibição da Prova Ilícita no Processo Civil**. Editora Fiuza, 2010. P 58.

**doutrinária que sustentava não ser possível ao juiz colocar como fundamento da sentença prova obtida ilicitamente. A partir da vigência da nova carta magna, pode-se afirmar que são totalmente inadmissíveis no processo civil e penal, tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual, quanto às provas ilícitas, obtidas com violação das normas de direito material. Estão assim proibidas as provas obtidas com violação de correspondência, de transmissão telegráfica e de dados, e com captação não autorizada judicialmente das conversas telefônicas (artigo 5, XII); com violação de domicílio, exceto nas hipóteses de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou determinação judicial (artigo 5, XI); com violação da intimidade, como as fonográficas, de fitas gravadas de contatos em caráter privado e sigiloso (art. 5, X); com abuso de poder, como a tortura, p.ex., com a prática de outros ilícitos penais, como furto, apropriação indébita, violação de sigilo profissional, etc.”**

Humberto Theodoro Júnior afirma que a proibição da prova ilícita no sistema jurídico brasileiro tem o intuito de inibir a violação das garantias constitucionais previstas no ordenamento jurídico pátrio, em especial as relativas à dignidade humana.

Conclui-se, portanto, que o sistema probatório brasileiro adota o princípio da proibição das provas ilícitas, entretanto há exceções a serem analisadas em capítulo posterior.

#### 4.2) Provas Atípicas:

Gilson dos Santos<sup>16</sup> nos ensina que há duas correntes sobre meios de prova. A primeira diz que somente as provas que a lei admite e indica expressamente podem ser utilizadas, não permitindo o legislador o acréscimo de qualquer outro meio de prova além dos previstos pela norma jurídica. A segunda corrente, por sua vez, aduz que conquanto haja indicação de provas permitidas, não há na norma jurídica nacional o impedimento para utilização pelas partes e aceite pelo julgador de outros meios de prova não fixados em lei.

Para o professor Moacyr Amaral Santos, o nosso direito filia-se a segunda corrente. O que se depreende da leitura do art. 332 do Código de Processo Civil. *“Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”*

Com os avanços tecnológicos atuais seria impossível ao legislador prever todos os meios de prova possíveis a serem aplicados no âmbito processual. E, por outro lado, se essa fosse sua intenção, causaria, certamente, um engessamento nos meios de prova à disposição da sociedade moderna.

---

<sup>16</sup> SANTOS, Gildo dos. **A Prova no Processo Civil**. 3ª edição. Revista dos tribunais. 2010. P31.

Portanto, os meios de prova não expressamente previstos no ordenamento jurídico pátrio são permitidos, porém são considerados atípicos. Insta elencar novamente os meios de prova expressamente previstos no ordenamento jurídico brasileiro que são: confissão, documento, testemunha, presunção e perícia, conforme dispõe o art. 212 do Código Civil.

Ao referir-se a este dispositivo legal, o conhecido autor Silvio de Salvo Venosa<sup>17</sup>, afirma:

**“Desse modo, filmes, gravações de voz e imagem, pelos meios técnicos cada vez mais aperfeiçoados, devem ser admitidos como prova lícita, desde que não obtidos de forma oculta, sem o consentimento das partes, o que os tornaria moralmente ilegítimos, e desde que provada sua autenticidade. Assim se posta o novo Código, no art. 225. Dentro desse diapasão, deve ser colocado o correio eletrônico. O jurista não pode ficar insensível aos avanços da ciência, em seus vários campos.”**

Ressalte-se que conquanto atípicos, não podem ferir princípios basilares em vigor, ou seja, não pode haver ofensa a princípios constitucionais como o contraditório ou violar a legislação.

---

<sup>17</sup> VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil – Parte geral**. Vol. 1. 3ª edição. São Paulo:Atlas, 2003. P552.

### **4.3)Da prova ilícita:**

Em que pese a previsão que veda a utilização da prova ilícita no ordenamento pátrio, é inegável que com o advento do avanço tecnológico, o homem vem conquistando meios sofisticados de obtenção de informações. Exemplos são as gravações magnéticas e conversas telefônicas, e mais recentemente de dados constantes de e-mails, contatos por meio de programas como MSN, ou webcam, todos por intermédio de computadores que ocupam lugar de relevância nesta matéria.

Há quem se manifeste a favor da admissibilidade processual das provas colhidas com infração a norma de direito material, preconizando apenas a punição do infrator pelo ilícito cometido no momento de obtenção da prova.

A Constituição Federal de 1988 veda expressamente a utilização de prova ilícita (art. 5º, LVI) que dispõe: “*não serão admitidas no processo as provas obtidas por meios ilícitos*”. Isso significa que a demonstração dos fatos alegados pelas partes deve decorrer por meios admitidos ou impostos pela lei.

Entretanto, a nosso ver, a aplicação da prova ilícita será possível através da ponderação de interesses e da aplicação do princípio da proporcionalidade como regra capaz de permitir a coexistência ou de fazer

prevalecer um princípio diante de outro sem que um deles tenha que ser eliminado em abstrato, como veremos em capítulo adiante.

#### **4.4) Prova Ilícita no Processo Civil:**

Conforme visto anteriormente, a Carta Magna veda de modo genérico a utilização de provas obtidas por meios ilícitos. Entretanto, na legislação infraconstitucional é possível identificar norma jurídica que aborda de modo mais específico.

No Código de Processo Penal, no art. 157, está prevista a vedação à prova ilícita: *“Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”*

Registre-se no que tange a prova ilícita no processo penal, a doutrina nacional e estrangeira é farta, ao passo que no processo civil não há este mesmo interesse sobre o assunto. As obras no processo civil e até mesmo a jurisprudência são bastante limitadas em cotejo com a área penal.

Ressalte-se que a proibição das provas obtidas por meios ilícitos, prevista no art. 5º, LVI da CF, aplica-se a qualquer processo, e não apenas ao processo penal ou ao processo civil.

Originalmente a vedação das provas ilícitas surgiu na Jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana como consequência a violação de direitos fundamentais previstos na Constituição daquele país. Com o passar do tempo, este entendimento foi pulverizado para outros países.

É certo que as garantias fundamentais previstas principalmente nas Constituições Federais têm primeiramente o intuito de limitar a atuação do próprio Estado em relação aos seus cidadãos. Ao analisar o processo penal, primordialmente temos a atuação do Estado *versus* alguém que cometeu um crime. Para regulamentar a atuação do Estado nestes processos é necessária a imposição de limites, caso contrário as pessoas viveriam numa eterna insegurança jurídica.

Poderia o Estado a qualquer custo e a qualquer tempo agir em face de determinado crime? Pensando estritamente no campo do processo penal, certamente que não. Ora, e no campo do processo civil? O mesmo deve ocorrer entre os cidadãos que se socorrem do judiciário em busca de uma prestação jurisdicional para resolver seus conflitos.

Deve-se analisar a proibição das provas de acordo com a natureza processual ou substancial da vedação. A primeira ocorre quando colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo; a segunda embora sirva a interesses processuais, tendo em vista atingir direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, também serve a interesses independentes do processo.

Será considerada ilegal toda vez que sua obtenção caracterizar violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando esta proibição decorrer de lei processual, será considerada prova ilegítima, ao passo que se esta proibição for de natureza material a prova será considerada ilícita.

Caso haja violação à norma processual a sanção é aplicada mediante a decretação da nulidade do ato cumprido e da ineficácia da decisão fundamentada sobre determinada violação. Em contraponto, será considerada prova ilícita aquela colhida com infração de normas ou princípios constitucionais ou infraconstitucionais com o intuito de proteger as liberdades públicas e os direitos da personalidade e o direito à intimidade.

Podemos citar as seguintes violações previstas na Constituição Federal obtidas como provas ilícitas: violação de domicílio (art. 5º, XI); violação

das comunicações (art. 5º, XII); as obtidas mediante tortura ou maus-tratos (art. 5º, III); as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X), entre outras.

Nos ensina Ada Pellegrini Grinover<sup>18</sup>:

**“O problema das provas ilícitas, assim delimitado, está circunscrito à ilegalidade própria de um ato anterior ou não coincidente com aquele da produção em juízo; por outro não concerne ao problema do conteúdo e da veracidade da prova, o qual se projeta no âmbito de sua valoração.**

**O tema oferece dois aspectos distintos, um de direito substancial e outro de direito processual. O primeiro concerne à constatação do ato ilícito; o segundo diz respeito à admissibilidade e, na hipótese de sua introdução no processo, à utilização da prova ilícita.”**

Segundo o prof. Cássio Scarpinella Bueno<sup>19</sup>, há diferença entre a prova ilícita e a prova lícita, porém obtida por meio ilícito. Para ele, apenas a prova lícita obtida por meio ilícito pode sujeitar-se ao princípio da proporcionalidade, de acordo com o caso concreto. Vejamos:

**“O art. 5, LVI, da Constituição Federal, permite a distinção entre provas ilícitas e entre provas obtidas por**

---

<sup>18</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 6ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1999, São Paulo.

<sup>19</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2007 apud MEDEIROS NETO, Elias Marques de. **Proibição da Prova Ilícita no Processo Civil**. Editora Fiuza, 2010. P 70-71.

**meios ilícitos. Prova Ilícita é aquela que, em si mesma considerada, fere o ordenamento jurídico. Assim, por exemplo, a tortura, expressamente proibida pelo artigo 5º, III, da Constituição Federal. Prova obtida por meios ilícitos é aquela que, em si mesma considerada, é admitida ou tolerada pelo sistema, mas cuja forma de obtenção, de constituição, de formação, fere o ordenamento jurídico. Bem ilustra a situação o desrespeito ao sigilo de correspondência ou a oitiva de conversas telefônicas não autorizadas nos termos da lei.**

**A prova ilícita ou obtida de forma ilícita deve ser entendida como não produzida perante o magistrado. Ela não pode ser levada em conta pelo magistrado na formação de sua convicção. Como a vedação decorre, contudo, de princípio constitucional, a aparente rigidez desta vedação pode admitir exceções ou temperamentos consoante a necessidade de cada caso concreto. Assim, por exemplo, não é equivocado o entendimento de que a prova lícita obtida de forma ilícita pode ser utilizada válida e eficazmente se ela for o único meio de provar o fato que diga respeito a interesses maiores, à segurança pública, por exemplo, ou se ela puder beneficiar o acusado. Trata-se, uma vez mais, da aplicação do princípio da proporcionalidade..A prova ilícita, contudo, não deve tolerar qualquer gradação ou qualquer temperamento. Ela, por violar os valores mais caros ao Estado brasileiro, a dignidade da pessoa humana, deve ser sempre rejeitada, sem prejuízo, evidentemente, de os responsáveis pela sua obtenção serem responsabilizados pelos seus atos.”**

A proibição constitucional à utilização da prova ilícita visa coibir e desestimular a violação às garantias previstas na Constituição Federal e no

ordenamento jurídico infraconstitucional, indispensáveis à dignidade da pessoa humana e à manutenção do poder impositivo da lei.

Contudo, esta proibição constitucional da prova ilícita não é uma proibição absoluta, haja vista que, no caso concreto, tal princípio pode ser afastado quando em confronto com outro princípio, isto é, o princípio da proporcionalidade, momento em que a prova ilícita poderá ser acolhida, visando a mais justa solução possível para o caso concreto.

Segundo Barbosa Moreira<sup>20</sup>:

**"De acordo com a primeira tese devem prevalecer em qualquer caso o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, de sorte que a ilicitude da obtenção não subtraia à prova o valor que possua como elemento útil para formar o convencimento do juiz, a prova será admissível, sem prejuízo da sanção a que fique sujeito o infrator. Já para a segunda tese, o direito não pode prestigiar o comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegitimamente obtida".**

Assim, temos que a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos constitui direito fundamental. Porém, sua proibição absoluta pode colidir

---

<sup>20</sup> MOREIRA, Barbosa. **Temas de Direito Processual**. 6ª edição, Saraiva, São Paulo, p. 108.

com outros direitos fundamentais, principalmente o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Os valores colidentes devem possuir valores distintos, ou seja, uns devem prevalecer sobre outros, em virtude de sua maior importância e é justamente em função dessa escala de valoração que se irá optar pela inadmissibilidade ou não da prova ilícita.

Deve-se, portanto, ponderar entre os direitos fundamentais do homem e sua inviolabilidade e os princípios processuais civis, aliados à tentativa da busca da verdade com o intuito de atingir um dos direitos constitucionais que é o acesso ao provimento jurisdicional. Cada caso concreto deve ser analisado para verificar a possibilidade ou não da admissão da prova ilícita.

Cabe ao julgador identificar os critérios de cada caso concreto a fim de verificar se a prova ilícita poderá ou não ser utilizada para provar os fatos alegados pela parte que as apresenta nos autos.

Luiz Guilherme Marinoni<sup>21</sup> identifica dois critérios para auxiliar o órgão jurisdicional:

**“(...) em primeiro lugar, é fundamental que os valores postos à ponderação sejam devidamente identificados e explicitados pelo órgão jurisdicional; em segundo lugar, saber se tinha a parte que postula a admissão da prova**

---

<sup>21</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Código de Processo Civil**, 4ªed., SP: ed. RT, 2008, p.335.

**ilícita no processo outro meio de prova à sua disposição ou não para prova de suas alegações. Nesse sentido, é imprescindível a análise da necessidade da prova ilícita para a formação do convencimento jurisdicional para saber se ela pode ou não ser aproveitada em juízo.”**

Ponderando-se os interesses em conflito, verificar-se-á se a transgressão é necessária e torna escusável o comportamento da parte, neste caso a prova deverá ser admitida, caso contrário, se a parte poderia ter provado suas alegações por meios regulares, tendo a infração gerado dano superior ao benefício trazido à instrução do processo, não haverá que se falar em admissibilidade da prova ilícita.

Entretanto, a utilização do princípio da proporcionalidade é criticada por alguns autores. Segundo Ricardo Raboneze<sup>22</sup>, valendo-se da lição de Nicolás Trocker:

**“Do mesmo modo, TROCKER anota que a primeira impressão é a da grave incerteza que surge da aplicação prática do princípio da proporcionalidade, não se espantando com o ceticismo daqueles que veem no princípio da proporcionalidade um parâmetro excessivamente vago e perigoso, para uma satisfatória sistematização das vedações probatórias.**

**Indubitavelmente, diz ele, existe perigo na definição da *fattispecie* singular, de que os juízes venham a orientar-se, somente, com base nas circunstâncias**

---

<sup>22</sup> RABONEZE, Ricardo. Provas obtidas por meios ilícitos. 3ª edição. São Paulo: Síntese apud MEDEIROS NETO, Elias Marques de. **Proibição da Prova Ilícita no Processo Civil**. Editora Fiuza, 2010. P 72.

**particulares do caso concreto e percam de vista as dimensões do fenômeno no plano geral.**

**De outro lado, insiste, não se deve esquecer que se trata de uma “regra de exclusão” que não prescinde da existência de um critério geral.**

**E encerra TROCKER indicando os pressupostos de aplicação do princípio da proporcionalidade, determinando-lhe: a) dos valores em jogo; b) da ordem (normativa) das prioridades; c) do cânone da proporcionalidade (entre o meio empregado e o fim obtido).”**

A aplicação do princípio da proporcionalidade para os que o criticam, fundamenta-se na grave incerteza que pode surgir da sua aplicação, por ser, muito vago e perigoso.

O mesmo autor tenta formular um critério para a adequada aplicação daquele princípio, sendo, para ele, de crucial importância: (i) determinar quais são os valores em jogo; (ii) verificar a ordem normativa de prioridades; e (iii) determinar o cânone da proporcionalidade (entre o meio empregado e o fim a ser obtido).

Barbosa Moreira<sup>23</sup> ensina quais aspectos devem ser valorados pelo magistrado, de acordo com os critérios de aplicação do princípio da proporcionalidade: *“A gravidade do caso, a índole da relação jurídica*

---

<sup>23</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. Temas de Direito Processual. 6 série. São Paulo: Saraiva, 1997 apud MEDEIROS NETO, Elias Marques de. **Proibição da Prova Ilícita no Processo Civil**. Editora Fiuza, 2010. P 73.

*controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano, outras circunstâncias, o julgador decidiria qual dos interesses em conflito deve ser sacrificado, e em que medida.”*

Elias Marques de Medeiros Neto<sup>24</sup> menciona a lição de Nelson Nery Jr., acerca do subjetivismo próprio do princípio da proporcionalidade, que o mesmo pode ser tido como verdadeira expressão do devido processo legal, sendo uma das garantias para que o processo atinja seu fim.

---

<sup>24</sup> MEDEIROS NETO, Elias Marques de. **Proibição da Prova Ilícita no Processo Civil**. Editora Fiuza, 2010. P 73-74.

### 5) Excludentes de Ilicitude:

Inicialmente ao abordar as excludentes de ilicitude provavelmente o primeiro pensamento é na sua aplicabilidade no âmbito penal. O art. 23 do Código Penal prevê que não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito.

Porém, o intuito deste trabalho é abordar o tema no âmbito civil e na leitura do Código Civil é possível encontrar o mesmo tema no art. 188 que dispõe: *não constituem atos ilícitos: I – os atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão de pessoa a fim de remover perigo iminente.*

Mas qual seria a definição de ato ilícito no âmbito civil? O art. 186 do Código Civil que define ato ilícito é impreciso, porém, da sua leitura pode-se entender que somente se a violação do direito causar dano o ato será considerado ilícito. Faz crer que somente com a existência do dano o ato ilícito existiria.

Entretanto, este não é o entendimento correto. A existência do dano é pressuposto para que haja o dever de reparação do ato ilícito, mas se não houver dano o ato ilícito continuará existindo.

Se determinado ato é praticado em determinada situação que se enquadre numa excludente de ilicitude, não há que se falar em ato ilícito, mas ao contrário, será considerado ato lícito, assim as provas oriundas destes atos serão obviamente consideradas lícitas.

Nesse sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>25</sup>:

**“O que é inadmissível é a prova ilícita. Havendo situações reconhecidas pelo Direito como suficientes a afastar a ilicitude, as provas, assim produzidas, serão validamente aproveitadas em processo penal. A exclusão poderá ocorrer em razão da presença de fatos ou circunstâncias que afastam a ilicitude da ação praticada, como também em razão de nem sequer se ter por configurada a hipótese de violação de qualquer direito e, por isso, não configurada a hipótese da ilicitude.”**

Ainda de acordo com o mesmo autor<sup>26</sup>:

**“Quando o agente, atuando movido por algumas das motivações anteriormente mencionadas (causas de justificação), atinge determinada inviolabilidade alheia para o fim de obter prova da inocência, sua ou de terceiros, estará afastada a ilicitude da ação. Em consequência, estará também afastada a ilicitude da obtenção da prova, podendo ela ser regularmente introduzida e valorada no processo penal.”**

---

<sup>25</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 325.

<sup>26</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 325.

Portanto, deve-se analisar a licitude e a eventual existência de excludentes de ilicitude na obtenção das provas ante a aplicação da norma que veda a admissibilidade das provas ilícitas, para que, se for o caso, haja a correta aplicação da teoria do fruto da árvore envenenada ou da aplicação do princípio da proporcionalidade.

## 6) Teoria dos Frutos Podres da Árvore Envenenada:

Esta teoria advém do direito norte-americano (*fruits of the poisonous tree*), que estabelece não ser admitida nenhuma prova derivada de outra prova anterior considerada ilícita. Esta teoria tem limitações para que não seja considerada ilícita, conforme nos ensina o professor Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>27</sup>:

**“Para que a chamada prova ilícita por derivação não seja admitida, deve-se observar: a) nexos de causalidade, ou seja, a contaminação só atinge as provas que tenham efetivamente derivadas da prova ilícita (*hypothetical independent source rule* ou *independent source limitation*); b) a descoberta inevitável (*inevitable Discovery*), ou seja, a prova deve ser admitida sempre que se demonstre que seria possível obtê-la por meios lícitos; c) limitação da descontaminação (*purged taint limitation*), quando o vício pode ser convalidado mediante acontecimento posterior, como ocorre na confissão espontânea da parte.”**

A aplicação destas limitações elimina a contaminação da prova derivada, sendo esta lícita para todos os fins a que se destinar. Equivale a uma excludente de ilicitude não sendo necessária a ponderação para a sua aplicação.

---

<sup>27</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 4ª edição. São Paulo: Editora Método. 2012.p 432.

Importante frisar que inobstante a eventual inexistência de limitações, ainda será possível a aplicação do princípio da proporcionalidade, mesmo que a prova seja considerada ilícita. Este será o tema do próximo capítulo.

A primeira teoria conhecida no direito norte americano como *Independent Source Limitation*, é chamada no Brasil de Limitação da Fonte Independente. Esta teoria aduz que a prova derivada da ilícita não será considerada ilícita se decorrer de fonte independente, ou seja, a produção de determinada prova ilícita não tem capacidade de atingir as provas posteriores produzidas independentemente desta. A existência da prova independe da prova ilícita.

Conforme nos ensina o Professor Luis Flávio Gomes<sup>28</sup>:

**“Exceção ou teoria da fonte independente (independent source): alguns autores chegam a admitir como exceção a prova independente. Mas convenhamos: se a prova é independente ela possui validade absoluta e total e não tem nada a ver com a teoria da prova derivada. Em síntese: a prova independente é autônoma, não pode ser vinculada com a prova derivada. Por isso que não é exceção. Por força do 1º do art. 157 do CPP são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando (...) as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. No parágrafo seguinte (2º) o legislador preocupou-se em definir o que (no entender dele) seria essa fonte independente: Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os**

---

<sup>28</sup> Disponível em <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais> acessado em 25 de agosto de 2.013.

trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

O legislador aqui fez uma grande confusão entre prova independente e descoberta inevitável. A prova independente, de outro lado, não tem nada a ver com a prova derivada. Não pode ser invocada como uma exceção, sim, ela possui validade plena e absoluta.”

O direito norte americano é farto em casos práticos em decisões da Corte daquele país. Podemos citar um caso clássico, muito utilizado na doutrina, no qual houve a aplicação desta teoria. Trata-se do caso *Murray v. United States*, de 1988.<sup>29</sup>

*“While surveiling petitioner Murray and others suspected of illegal drug activities, federal agents observed both petitioners driving vehicles into, and later out of, a warehouse, and, upon petitioners' exit, saw that the warehouse contained a tractor-trailer rig bearing a long container. Petitioners later turned over their vehicles to other drivers, who were in turn followed and ultimately arrested, and the vehicles were lawfully seized and found to contain marijuana. After receiving this information, several agents forced their way into the warehouse and observed in plain view numerous burlap-wrapped bales. The agents left without disturbing the bales and did not return until they had obtained a warrant to search the warehouse. In applying for the warrant, they did not mention the prior entry or include any recitations of their observations made during that entry. Upon issuance of the warrant, they reentered the warehouse and seized 270 bales of marijuana*

---

<sup>29</sup> Disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/533/case.html> acesso em 13 de agosto de 2.013.

*and other evidence of crime. The District Court denied petitioners' pretrial motion to suppress the evidence, rejecting their arguments that the warrant was invalid because the agents did not inform the Magistrate about their prior warrantless entry, and that the warrant was tainted by that entry. Petitioners were subsequently convicted of conspiracy to possess and distribute illegal drugs. The Court of Appeals affirmed, assuming for purposes of its decision on the suppression question that the first entry into the warehouse was unlawful."*

Data vênia, nesta livre tradução, infere-se que policiais que estavam vigiando Murray tinham indícios de que ele estava envolvido com tráfico ilícito de entorpecentes. Os policiais viram que ele e outros comparsas saíram de um armazém em dois veículos distintos. Revistados os veículos, apreenderam maconha. Entraram no armazém sem mandado e encontraram grande quantidade da droga, sem, todavia, retirá-la, mas apenas ficaram vigiando o local. Sem referência à diligência ilegal, obtiveram o mandado e apreenderam a droga. A Suprema Corte entendeu que a prova era válida, pois ainda que os policiais não houvessem realizado a primeira violação (a primeira entrada no armazém era ilegal), de qualquer forma seria obtido o mandado a justificar a segunda entrada legal, com base apenas nos indícios iniciais.

A segunda teoria conhecida no direito norte americano de *Inevitable Discovery* no Brasil é chamada de Limitação da Descoberta Inevitável. Esta teoria entende que se a obtenção da prova for possível por meios lícitos, então deve ser admitida. A relação de causalidade é desconsiderada em razão de inexistência de vínculo jurídico ou conexão, pois se a prova ilícita não tivesse existido e derivada seria descoberta inevitavelmente.

Conforme nos ensina Eugenio Pacelli Oliveira<sup>30</sup>:

**“Na descoberta inevitável admite-se a prova ainda que presente eventual relação de causalidade ou de dependência entre as provas (a ilícita e a descoberta), exatamente em razão de se tratar de meios de prova rotineiramente adotados em determinadas investigações. Com isso, evita-se a contaminação da totalidade das provas que sejam subsequentes à ilícita.”**

Ainda de acordo com o Professor Luis Flávio Gomes<sup>31</sup>:

**“exceção da descoberta inevitável (inevitable discovery) : o sujeito, mediante tortura, confessou o fato e indicou o local onde se encontrava o corpo da vítima. A polícia para lá se dirigiu, encontrou o procurado corpo mas, ao mesmo tempo, se deparou com mais de uma centena de pessoas (com pás e enxadas) que precisamente procuravam, no parque indicado, o referido corpo. A**

---

<sup>30</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 319.

<sup>31</sup> Disponível em <http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais> acessado em 25 de agosto de 2.013.

descoberta seria inevitável. Logo, a prova obtida pelos policiais é ilícita por derivação (em razão de ter havido tortura na confissão) mas é válida. Por quê? Porque ela seria descoberta inevitavelmente.

O 2º do art. 157 diz: Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. Ele chamou de prova independente o que, na verdade, é a descoberta inevitável. E ainda descreveu mal a descoberta inevitável, porque ela pode ter como protagonista um particular (ou particulares) (daí a impropriedade de se falar em trâmites típicos e de praxe próprios da investigação ou instrução criminal).”

É possível encontrar exemplos no direito norte americano. Podemos citar um caso clássico, muito utilizado na doutrina, no qual houve a aplicação desta teoria. Trata-se do caso *Nix v. Williams*, 467 US 431(1984)<sup>32</sup>.

*“Following the disappearance of a 10-year-old girl in Des Moines, Iowa, respondent was arrested and arraigned in Davenport, Iowa. The police informed respondent's counsel that they would drive respondent back to Des Moines without questioning him, but during the trip one of the officers began a conversation with respondent that ultimately resulted in his making incriminating statements and directing the officers to the child's body. A systematic search of the area that was being conducted with the aid of 200 volunteers, and that had been initiated before respondent made the incriminating statements, was terminated when respondent guided police to the body. Before trial in an Iowa state court for first-degree murder,*

---

<sup>32</sup> Disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/case.html> acessado em 14 de agosto de 2.013

*the court denied respondent's motion to suppress evidence of the body and all related evidence, including the body's condition as shown by an autopsy, respondent having contended that such evidence was the fruit of his illegally obtained statements made during the automobile ride. Respondent was convicted, and the Iowa Supreme Court affirmed, but later federal court habeas corpus proceedings ultimately resulted in this Court's holding that the police had obtained respondent's incriminating statements through interrogation in violation of his Sixth Amendment right to counsel. Brewer v. Williams, 430 U. S. 387. However, it was noted that, even though the statements could not be admitted at a second trial, evidence of the body's location and condition might be admissible on the theory that the body would have been discovered even if the incriminating statements had not been elicited from respondent. Id. at 430 U. S. 407, n. 12. At respondent's second state court trial, his incriminating statements were not offered in evidence, nor did the prosecution seek to show that respondent had directed the police to the child's body. However, evidence concerning the body's location and condition was admitted, the court having concluded that the State had proved that, if the search had continued, the body would have been discovered within a short time in essentially the same condition as it was actually found. Respondent was again convicted of first-degree murder, and the Iowa Supreme Court affirmed. In subsequent habeas corpus proceedings, the Federal District Court, denying relief, also concluded that the body inevitably would have been found.”*

Mais uma vez apresentamos esta livre tradução da qual se infere que nesse caso, a polícia prendeu o suspeito do assassinato de uma menina de dez anos em Des Moines, estado de Iowa, EUA, e interrogou-o sem a presença do seu

advogado, ocasião em que este confessou e revelou onde havia escondido o corpo, possibilitando a sua descoberta. Antes da prisão do suspeito, já havia sido iniciada uma busca, com a ajuda de 200 voluntários, no local onde se suspeitava que o cadáver estivesse escondido, de modo que este seria encontrado em algumas horas, mesmo que o suspeito não tivesse revelado o local exato. A Corte considerou que a confissão do acusado sobre o local onde o corpo se encontrava era uma prova ilícita, mas a apreensão do corpo era válida, pois sua descoberta era inevitável.

No ordenamento pátrio esta teoria encontra arrimo no art. 157, parágrafo 2º do Código de Processo Penal. *“São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais... § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.”*

Na jurisprudência nacional, em pesquisa ao sítio do Supremo Tribunal Federal é possível encontrar acórdão ratificando esta teoria, que inobstante ser oriundo do âmbito penal, é válida sua inserção neste trabalho.

**“HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO**

**DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÊU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA<sup>33</sup>.**

**(...)2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (fruit of the poisonous tree), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso Nix x Williams (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º(...).”**

Portanto, ficou consagrada na definição de fonte independente dada pelo parágrafo 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal, como acima referido. Apesar da referência expressa ao termo —fonte independente, cuida-se, de fato, da descoberta inevitável.

---

<sup>33</sup> Supremo Tribunal Federal. HC 91867/PA. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento 24/04/2012 e Dje 20/09/2012.

Encontra-se arrimo também em decisões do Superior Tribunal de Justiça, conquanto sejam poucas as decisões disponíveis sobre o tema, vejamos:

**“HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. OBTENÇÃO DE DOCUMENTO DE TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA. SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA SUPOSTAMENTE ILEGAL. ILICITUDE DAS DEMAIS PROVAS POR DERIVAÇÃO. PACIENTES QUE NÃO PODEM SE BENEFICIAR COM A PRÓPRIA TORPEZA. CONHECIMENTO INEVITÁVEL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA<sup>34</sup>.  
 (...)7. Acolhimento da teoria da descoberta inevitável; a prova seria necessariamente descoberta por outros meios legais. No caso, repita-se, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta era inevitável.(...)”**

A terceira teoria conhecida no direito norte americano de *Purged Taint Limitation* é chamada no Brasil de Limitação da Contaminação Expurgada. Esta teoria entende que em determinados casos o vício pode ser convalidado por meio de um acontecimento futuro.

Conforme Luis Flávio Gomes<sup>35</sup>:

---

<sup>34</sup> Superior Tribunal de Justiça. HC 52995/AL. Relator Ministro O.G. Fernandes. Julgamento 16/09/2010 e DJe 04/10/2010.

<sup>35</sup> Disponível em <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais> acessado em 25 de agosto de 2.013.

**“exceção da contaminação expurgada: o agente confessa mediante tortura e indica seu co-autor, que também confessa. Essa segunda prova é ilícita por derivação e não vale. Dias depois o co-autor, na presença de seu advogado, delibera confessar livremente o delito perante o juiz. A contaminação precedente fica expurgada. A nova confissão, feita na presença de advogado, possui valor jurídico. Ou seja: expurga a contaminação precedente.**

**Nisso reside a teoria da contaminação expurgada, que não foi acolhida expressamente pelo CPP brasileiro, mas é razoável. Cuida-se, pois, de teoria que pode ser admitida pelos juízes e tribunais brasileiros.”**

Este acontecimento futuro capaz de purgar o veneno ocorre em determinadas situações descritas pela doutrina, influenciada pelas decisões da Suprema Corte Norte Americana, desde que atendidos determinados requisitos: deve haver um largo espaço de tempo entre a ilegalidade do ato praticado e a obtenção da prova; deve haver intervenção de fatores independentes e adicionais; deve ser analisado o grau de ilegalidade da conduta do agente.

Mais uma vez buscamos no direito norte americano diversos casos utilizados frequentemente pela doutrina, em especial destacamos o caso *Brown x Illinois* 422 U.S. 590(1975)<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/422/590/case.html> acessado em 25 de agosto de 2013.

***“Petitioner, who had been arrested without probable cause and without a warrant, and under circumstances indicating that the arrest was investigatory, made two in-custody inculpatory statements after he had been given the warnings prescribed by *Miranda v. Arizona*, 384 U. S. 436. Thereafter indicted for murder, petitioner filed a pretrial motion to suppress the statements. The motion was overruled and the statements were used in the trial, which resulted in petitioner's conviction. The State Supreme Court, though recognizing the unlawfulness of petitioner's arrest, held that the statements were admissible on the ground that the giving of the *Miranda* warnings served to break the causal connection between the illegal arrest and the giving of the statements, and petitioner's act in making the statements was "sufficiently an act of free will to purge the primary taint of the unlawful invasion." *Wong Sun v. United States*, 371 U. S. 471, 486.”***

Em síntese, nesta livre tradução, pode-se inferir que neste caso o requerente foi preso sem que houvesse um mandado de prisão e sob circunstâncias que indicavam que a prisão era investigatória. Posteriormente indiciado por homicídio, o requerente apresentou uma recurso para suprimir suas as declarações. O recurso foi rejeitado e a declaração foi usada no julgamento, o que resultou na condenação do requerente. A Suprema Corte, embora reconhecendo a ilegalidade da prisão do requerente, considerou que a declaração fosse admissível na medida em que a entrega do aviso *Miranda* serviu para quebrar a conexão causal entre a detenção ilegal e a declarações do requerente foram suficientemente um ato de livre arbítrio para limpar o vício principal da invasão ilegal.

Por fim, há ainda a quarta teoria oriunda do direito norte americano chamada de Limitação da Boa Fé. Segundo Luis Flávio Gomes<sup>37</sup>:

**“Da inadmissibilidade da exceção da boa-fé: no direito norte-americano também se menciona a exceção da *boa-fé*, que consistiria no seguinte: se a autoridade executora e produtora da prova atua de boa fé, mesmo que a determinação tenha emanado de uma autoridade judicial incompetente, a prova seria válida.**

**Isso no nosso sistema é inconcebível. Enquanto as exceções estudadas acima (quatro, no total) são admissíveis, esta última é inconciliável com o sistema jurídico nacional. Prova determinada por autoridade incompetente (por juiz distinto do juiz natural) ou por autoridade que não tinha poderes (naquele momento) para a determinação da prova, viola o devido processo legal, logo, também é inadmissível. A boa-fé do agente no momento da obtenção da prova em nada afasta a mácula original da ilicitude.**

**Imagine-se um juiz civilista determinando a produção de uma interceptação telefônica para fins civis. Cuida-se de autoridade totalmente incompetente para isso. A interceptação telefônica, de outro lado, só vale para fins penais (tal como dizem a Constituição e a lei respectiva). A boa-fé do executor dessa medida não elimina a mácula original. A prova continua, mesmo assim, sendo ilícita (e, portanto, inadmissível).”**

O intuito desta teoria é desestimular erros da polícia, ao invés de punir erros dos juízes ao expedirem mandados. Assim, se houver um vício no mandado não decorrente de falhas de policiais, como a falta de competência de

---

<sup>37</sup> Disponível em <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais> acessado em 25 de agosto de 2.013.

determinado órgão judicial, a colheita de prova não pode ser contaminada tendo em vista que o mandado foi cumprido de boa fé.

## 7) Princípio da proporcionalidade:

Inobstante a proibição constitucional da prova ilícita, esta proibição, conforme já mencionado no capítulo quatro deste trabalho, não é absoluta. Em cada caso concreto é possível que a ilicitude seja afastada em confronto com o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade surge entre os séculos XVII e XVIII na Inglaterra, da necessidade limitar a atuação dos governantes em favor da proteção dos direitos dos cidadãos.

Segundo nos ensina Suzana de Barros Toledo, citada por Daniel Sarmiento<sup>38</sup>:

**“o germe do princípio da proporcionalidade, pois, foi a ideia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados, decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII.”**

---

<sup>38</sup> BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais, *apud* SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ª Edição. Lumen Juris 2002. P. 78-79.

No século XIX este princípio chega ao Direito Administrativo, onde passa a ser concebido como *medida para limitações administrativas da liberdade individual*, segundo J.J. Canotilho. Na França, a jurisprudência permitia ao cidadão postular a reforma de determinada decisão administrativa em casos de excesso de poder, isto é, quando agia com desvio de finalidade.

Com o desenvolvimento desta teoria permitiu-se que os atos da administração passassem a ser controlados de acordo com a sua compatibilidade com os interesses coletivos tutelados e a proporcionalidade desses interesses diante das restrições aos direitos dos administrados. Entretanto, como não existia o controle de constitucionalidade *a posteriori* no ordenamento jurídico francês, este princípio ficou com seu desenvolvimento prejudicado.

Posteriormente foi difundido na Alemanha, após a Segunda Guerra Mundial. O legislador germânico, no intuito de impedir as atrocidades até então cometidas pelos legisladores nazistas, levou ao direito constitucional alemão a aplicação do princípio da proporcionalidade para proteção dos direitos fundamentais de seus cidadãos. A partir deste momento passou a ser utilizado como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis.

Neste período pós-guerra, em diversos países da Europa, seguindo posição consolidada do Tribunal Constitucional Alemão, elevaram este princípio

ao plano do Direito Constitucional. Ressalte-se que nos países integrantes da *Common Law* este princípio encontra-se presente como um critério da razoabilidade que abrange este sistema jurídico como um todo.

Portanto, a proporcionalidade, seguindo os preceitos alemães, passa a ser considerada uma norma constitucional não escrita derivada do Estado Democrático de Direito. Neste compasso, mostra-se necessária a acomodação de diversos interesses diferentes, sendo imprescindível a racionalidade do Estado Democrático de Direito com o objetivo de garantir o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

A proporcionalidade a partir de então passou a ser compreendida como a especial forma de vinculação do legislador aos direitos fundamentais. Passa-se a partir deste momento a exigir a existência de leis proporcionais.

Entretanto, no direito português nota-se em sua Constituição que esta adota o posicionamento de derivar a proporcionalidade da própria organização jurídica do Estado de Direito, de maneira expressa em seu art. 18, II: “*A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*”

Assevera Willis Santiago Guerra Filho citado por André Ramos

Tavares<sup>39</sup>:

**“Essa norma, notadamente em sua segunda parte, enuncia a essência e destinação do princípio da proporcionalidade: preservar os direitos fundamentais. O princípio, assim, coincide com a essência e destinação mesma de uma Constituição que, tal como hoje se concebe, pretenda desempenhar o papel que lhe está reservado na ordem jurídica de um Estado de Direito Democrático.”**

A doutrina norte americana deriva a proporcionalidade do princípio do devido processo legal, que corresponde à limitação constitucional dos poderes do Estado, limitados aos direitos fundamentais correspondentes a vida, a liberdade e a propriedade.

Atualmente o princípio da proporcionalidade viabiliza aos julgadores o controle da proporcionalidade e da racionalidade da produção legislativa mediante a adequação das leis aos princípios fundamentais de direito.

Ainda segundo Paulo Bonavides<sup>40</sup>: *“O controle das leis, por meio do princípio da proporcionalidade deferido à judicatura dos tribunais, precisa,*

---

<sup>39</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais **Apud** TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva. 8ª edição. 2010.p.767

<sup>40</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição ver. atualiz. ampl. São Paulo. Editora Malheiros. 1997.p.382

*todavia, manter aberto e desimpedido o espaço criativo outorgado pela Constituição ao legislador para avaliar fins e meios, porquanto a determinação de meios e fins pressupõe sempre uma decisão política(...).”*

O princípio da proporcionalidade desenvolveu-se e passou a ser dividido em três subprincípios: adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Conforme nos ensina Wilson Antônio Steinmetz<sup>41</sup>:

**“O primeiro passo para a correta compreensão do princípio da proporcionalidade é a identificação e a análise de seus elementos estruturais, também denominados ou de princípios parciais, ou de subprincípios. Essa decomposição, realizada pela jurisprudência e doutrina alemãs, tornou operacional a compreensão e a aplicação do princípio, dando densidade concretizadora a um princípio que, à primeira vista, parece impreciso, indeterminado. Firmou-se que o princípio da proporcionalidade é constituído por três subprincípios parciais: princípio da adequação (*Grundsatz der Geeignetheit*); princípio da necessidade, por vezes denominado também de princípio da exigibilidade ou princípio da indispensabilidade (*Grundsatz der Erforderlichkeit*); e princípio da proporcionalidade em sentido estrito (*Grundsatz der Verhältnismässigkeit in engeren Sinne*).”**

---

<sup>41</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 148-149.

O primeiro subprincípio é o da adequação, que se refere à conformidade entre os meios utilizados para obtenção de determinado resultado pretendido. Preconiza que a medida administrativa ou legislativa emanada do Poder Público deve ser apta para atingir os fins que a inspiram. Este deve ser o primeiro subprincípio a ser considerado pelo julgador a fim de obter o resultado objetivado.

O julgador deve analisar em primeiro lugar quais os fins almejados pelo legislador ao editar determinada norma e, ato contínuo, deve analisar quais os resultados objetivados por ele ao elaborar a norma. Caso haja incongruência nesta análise, a norma será inconstitucional e deverá ser invalidada.

Conforme nos ensina Suzana de Toledo Barros citada por Daniel Sarmiento<sup>42</sup>: *“o exame da idoneidade da medida restritiva dever ser feito sob o enfoque negativo: apenas quando equivocadamente se apresentar como inidônea para alcançar seu objetivo é que a lei deve ser anulada.”*

---

<sup>42</sup> BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais, *apud* SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ª Edição. Lumen Juris 2002. p.88.

Nos ensina ainda J.J.Canotilho citado por André Ramos Tavares<sup>43</sup>:

*“(...) a exigência de conformidade pressupõe que se investigue e prove que o acto do poder público é apto para e conforme os fins que se justificaram a sua adopção (...). Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim.”*

O segundo subprincípio é o da necessidade ou exigibilidade. Aplica-se quando houver mais de uma possibilidade ou caminho para se obter determinado objetivo. Deve-se, com base neste subprincípio, buscar o caminho menos gravoso. Assim, tem como pressuposto a exigência de que qualquer medida a ser tomada deve ser a menos onerosa e mais eficaz possível. Nesta toada, o Tribunal Constitucional alemão acentuou que uma lei será inconstitucional *se se puder constatar, inequivocadamente, a existência de outras medidas menos lesivas*<sup>44</sup>.

Portanto, deve-se analisar não apenas a natureza da medida, como também a sua extensão temporal, espacial e subjetiva. Conforme J.J.Canotilho<sup>45</sup>:

---

<sup>43</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra:livr. Almedina, 1991 *Apud* TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva.8ª edição. 2010.p.773

<sup>44</sup> BVerfGE, 39:210(230-1), *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos, *apud* SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ª Edição. Lumen Juris 2002. p.88.

<sup>45</sup> CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional, 5ª edição, Ed. Coimbra:Almedina, 1998, *apud* SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ª Edição. Lumen Juris 2002. p.89

**“a) a necessidade material, pois o meio deve ser o mais poupado possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial, que apronta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade temporal, que pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva pelo poder público; d) a exigibilidade pessoal que significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados.”**

Nesse compasso, não se questiona a escolha do fim, mas apenas o meio utilizado em sua relação de custo-benefício. Assim, o operador do direito terá que buscar medidas alternativas para comparação e conclusão.

Por fim, o terceiro subprincípio é o da proporcionalidade em sentido estrito. Trata-se de estabelecer o maior índice de satisfação possível na aplicação de princípios concorrentes, isto é, relação entre meios e fins que seja juridicamente o melhor possível em relação à norma avaliada. Portanto, o ônus imposto pela norma deve ser inferior ao benefício por ela gerado. Quanto maior o índice de insatisfação, maior será a necessidade de busca de princípio concorrente para satisfação do direito pleiteado. Consiste basicamente no equilíbrio e ponderação na aplicação dos princípios.

Neste sentido, nos ensina Eduardo Cambi <sup>46</sup>:

---

<sup>46</sup> CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil Admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 71

**“é imprescindível que o juiz se valha do *princípio da proporcionalidade*, pelo qual se faz o balanceamento dos interesses e dos valores constitucionais em conflito, a fim de poder decidir qual dos direitos deve prevalecer e em que medida o outro deve ser sacrificado. Desse modo, o princípio da proporcionalidade é uma fórmula que permite a interpretação sistemática da Constituição, operacionalizando o equilíbrio dos vários valores e interesses, abstratamente contidos no texto constitucional, que podem se contrapor diante das circunstâncias particulares de cada causa”**

Assim, para satisfazer o princípio da proporcionalidade, determinada norma jurídica deverá, ao mesmo tempo, ser apta para os fins a que se destina, ser o menos gravosa possível para que se logrem tais fins e causar benefícios superiores às desvantagens que proporciona.

A aplicação do princípio da proporcionalidade no Brasil é admitida, porém não está expresso em nosso ordenamento jurídico. Há diversos posicionamentos quanto à previsão deste princípio na legislação pátria.

Há doutrinadores que sustentam que referido princípio está previsto no art. 5º, §2º da Constituição Federal. Podemos citar Maria Cecília Pontes Carnaúba que segundo ela: *“este dispositivo visa, justamente, evitar que haja injustiças decorrentes da aplicação intransigente de qualquer norma prevista no*

*artigo em que se insere. Assegura que as normas nele insertas são a regra desde que não excluam outros direitos igualmente tutelados pela Constituição.”*<sup>47</sup>

Por sua vez, o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso<sup>48</sup> entende que o princípio da proporcionalidade faz parte do Direito Constitucional, e pode ser aplicado pelo intérprete de acordo com cada caso concreto, estando, portanto, integrado implicitamente ao sistema normativo brasileiro, conquanto não escrito.

### **7.1) O Princípio da Proporcionalidade no Direito Brasileiro**

No Brasil, o pioneiro a tratar deste tema foi San Tiago Dantas<sup>49</sup>, que em 1948 já defendia no princípio da igualdade, a inconstitucionalidade da lei desarrazoada. Contudo, na jurisprudência anterior à Constituição Federal de 1988, conquanto não frequente, já era possível identificar a sua utilização como critério para valoração da constitucionalidade de leis em determinados casos.

---

<sup>47</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova ilícita**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 100.

<sup>48</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade do Direito Constitucional**. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro* n.º4, 1996, p. 174.

<sup>49</sup> DANTAS, San Tiago. “ A igualdade perante a lei e o *due process of law* (contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo), in RF 116:357 *apud* SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ª Edição. Lumen Juris 2002. P 91.

Para Luiz Guilherme Marinoni, o princípio da proporcionalidade é aplicado no sistema jurídico brasileiro em razão do conflito entre o princípio do livre acesso à justiça e o princípio da proibição da prova ilícita.

A única forma de resolver este conflito é mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade que consiste na aplicação da ponderação necessária entre os direitos e os bens jurídicos tutelados em determinada situação.

Ainda segundo o mesmo autor, atualmente a tecnologia tem desenvolvido diversas formas de obtenção de provas, podendo eventualmente agredir determinados direitos de personalidade.

Segundo ensinamento de Luiz Guilherme Marinoni, citado por Elias Marques de Medeiros Neto<sup>50</sup>:

**“Todavia, é de se observar que nem só a proibição do uso da prova ilícita é garantia constitucional; também o direito à prova o é. E por isso surge o delicado problema de investigar adequadamente o tema da prova ilícita, buscando solucionar, acima de tudo, o conflito que pode surgir entre os princípios constitucionais de acesso à justiça e do direito à prova, de um lado, e, de outro, o da proibição do uso da prova ilícita.**

**A questão das provas ilícitas cresce em importância diante da possibilidade, cada vez maior, do emprego de**

---

<sup>50</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 3ª edição. São Paulo: RT, 2006 *Apud* MEDEIROS NETO, Elias Marques de. **Proibição da Prova Ilícita no Processo Civil**. Editora Fiuza, 2010. P63.

**tecnologias capazes de permitir a obtenção de provas em detrimento dos direitos da personalidade.**

**(...)**

**Existindo o direito constitucional de se provar o que se alega em juízo e existindo, por outro lado, o direito constitucional de não ter contra si prova ilícita produzida, não há como fugir da consideração do princípio da proporcionalidade.**

**Como explica Karl Larenz, o princípio da proporcionalidade exige ponderação dos direitos e bens jurídicos que estão em jogo conforme o peso que é conferido ao bem respectivo na respectiva situação.(...)**

**O direito à prova é limitado pela legitimidade dos meios utilizados para obtê-la. Porém, se é necessária a tutela dos direitos que podem ser violados pela prova ilícita, também é necessária a tutela dos direitos que não podem ser demonstrados através de outra prova (que não seja a obtida de modo ilícito).**

Seguindo este mesmo posicionamento está Gisele dos Santos Fernandes Góes que assevera estar o direito a prova ligado ao devido processo legal. Entretanto, este direito deve conviver com a proibição constitucional de admissão da prova ilícita. Daí surge o princípio da proporcionalidade, isto é, da necessidade de equilibrar a previsão da proibição da prova ilícita com o direito de provar.

Ainda segundo a mesma autora, o princípio da proporcionalidade demanda a análise do caso concreto, com a aplicação da necessária ponderação sob o prisma da adequação e necessidade. Da proibição da prova ilícita não pode haver o posicionamento inflexível capaz de gerar injustiças.

Nas palavras de Gisele dos Santos Fernandes<sup>51</sup>:

**“A doutrina formal encerra o princípio como um procedimento cujo objetivo é alcançar a decisão do caso concreto. A aplicação da proporcionalidade, de cunho procedimental, alavanca e entra em contato com as normas substanciais, revelando-as em sentido, quando trabalha com a adequação, a necessidade e a lei da ponderação.**

(...)

**O art. 5º LVI, da Constituição de 1988 estatui que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos.**

**Deflui do texto legal que a norma constitucional vedou de forma terminante a possibilidade de acostar alguma prova obtida por meio ilícito.**

**O sentido restrito da norma não é coerente muitas vezes com os direitos em jogo na relação jurídica processual.**

**Por isso, a doutrina tem amenizado o rigor da norma constitucional com a aplicação da proporcionalidade, que deverá estabelecer os interesses veiculados no processo, as**

---

<sup>51</sup> GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no Processo Civil**. São Paulo. Saraiva, 2004.p.63 e 150. *Apud* MEDEIROS NETO, Elias Marques de. **Proibição da Prova Ilícita no Processo Civil**. Editora Fiuza, 2010. P64 e 65.

**prioridades, a necessidade, a adequação e a prática da menor restrição para atingir o objeto da justiça.”**

Neste contexto, Piero Calamandrei, citado por Elias Marques de Medeiros Neto<sup>52</sup>, nos ensina acerca da aplicação mais justa possível das normas:

**“E, entretanto, também a técnica dos juristas, se deve respeitar os limites do *ius conditum*, tem em si mesma, não obstante o limitado desses confins, um acorde moral que a inspira e vivifica. Se ao jurista, que é essencialmente um legalista, não lhe é permitido tomar parte ativa (enquanto quer seguir como jurista) na luta pela instauração de leis mais justas, é seu ofício, entretanto, igualmente importante, o de lutar ativamente a fim de que o direito vigente seja aplicado justamente; e também, com essa luta, mais modesta e mais próxima à Terra, se possa contribuir a fazer menos ásperas as misérias humanas e a defender a civilidade.”**

De acordo com Ada Pellegrini Grinover<sup>53</sup>:

**“A teoria predominante da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa corrigir possíveis distorções a que a rigidez poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado critério**

---

<sup>52</sup> CALAMANDREI, Piero. Estudos de direito processual na Itália. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p.88 *Apud* MEDEIROS NETO, Elias Marques de. **Proibição da Prova Ilícita no Processo Civil**. Editora Fiuza, 2010. P65 e 66.

<sup>53</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; Fernandes, Antonio Scarance; Gomes Filho, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1993.p.115, apud Raboneze, Ricardo. *Apud* MEDEIROS NETO, Elias Marques de. **Proibição da Prova Ilícita no Processo Civil**. Editora Fiuza, 2010. p66.

**de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem admitido a prova ilícita, baseando no equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.”**

Sobre o tema Nelson Nery Jr. traz a ponderação do prof. Vicente Greco Filho:

**“O texto constitucional parece, contudo, jamais admitir qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito. Veja-se, por exemplo, a hipótese de uma prova decisiva para a absolvição obtida por meio de uma ilicitude de menor monta. Prevalece o princípio da liberdade da pessoa, logo a prova será produzida e apreciada, afastando-se a incidência do inciso LVI do art. 5º da Constituição, que vale como princípio, mas não absoluto, como se disse. Outras situações análogas poderiam ser imaginadas.**

**A ilicitude do meio de obtenção da prova seria afastada quando, por exemplo, houver justificativa para a ofensa a outro direito por aquele que colhe a prova ilícita.**

**É o caso do acusado que, pra provar sua inocência, grava clandestinamente conversa telefônica entre duas pessoas. Age em legítima defesa, que é causa da exclusão da antijuridicidade, de modo que essa prova antes de ser ilícita, é, ao contrário, lícita, ainda que fira o direito constitucional de inviolabilidade da intimidade, previsto no art. 5º , X, CF, que, como já se disse, não é absoluto.”**

Precedente importante encontra-se na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 1977 no julgamento da Representação nº 930, onde se discutia a extensão da liberdade profissional e o significado de expressão *condições de capacidade*, inscrita no art. 153, §23, da Constituição de 1967/1969<sup>54</sup>. Em seu voto, o Ministro Relator Rodrigues Alckmin, disse:

**“A Constituição Federal assegura a liberdade de exercício de profissão. O legislador ordinário não pode nulificar ou desconhecer esse direito ao livre exercício profissional...Pode somente limitar ou disciplinar esse exercício pela exigência de condições de capacidade, pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos. Ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não.**

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo o princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) no direito brasileiro, sobretudo com fundamento no art. 5º, LIV, da Carta Constitucional que prevê a cláusula do devido processo legal.

---

<sup>54</sup> Apud Gilmar Ferreira Mendes, Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, ob. Cit., p.73 357 *apud* SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ª Edição. Lumen Juris 2002.p 92.

Pode-se citar como exemplo a decisão do Pretório Excelso na ADIN 2.019-MC, ajuizada contra lei do Estado do Mato Grosso do Sul, que instituíra programa de pensão de um salário mínimo para crianças geradas a partir de estupro. Segundo Informativo do STF nº 155<sup>55</sup>: *“o Tribunal entendeu não haver razoabilidade na concessão do benefício nos termos da lei impugnada, tendo em vista que não se levou em consideração o estado de necessidade dos beneficiários, mas tão somente a forma com que foram gerados.”*

Na jurisprudência recente de nossos tribunais podem-se encontrar decisões sobre o tema, conquanto no âmbito civil as decisões sejam esporádicas, sendo em sua grande maioria decisões no âmbito penal.

Segundo assevera Raphael Queiroz<sup>56</sup>: *“Os tribunais brasileiros durante muito tempo viram o princípio da razoabilidade com muita desconfiança. Tradicionalmente apegados ao positivismo romano-germânico, evitaram a aplicação do mencionado princípio por entender que faltava-lhe um critério técnico-jurídico; e o seu emprego dava margem ao subjetivismo.(...)”*

---

<sup>55</sup> *Apud* SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ª Edição. Lumen Juris 2002.p 95.

<sup>56</sup> QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati. Os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade das Normas e sua Repercussão no Processo Civil Brasileiro *Apud* TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva.8ª edição. 2010.p776.

Exemplo clássico na doutrina refere-se à decisão do Supremo Tribunal Federal, que liminarmente decidiu pela inconstitucionalidade de uma lei estadual que, para garantir direitos dos consumidores na compra de botijões de gás, exigia o emprego de uma medida extremamente onerosa para os vendedores, conforme se apreende da leitura de sua ementa:

**“Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição a vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e meteorologia), 24 e pars., 25, par. 2,238, além da violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis a economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida.<sup>57</sup>”**

É possível ainda encontrar mais decisões no âmbito civil em nossos Tribunais acerca deste tema, conforme abaixo:

**“APELAÇÃO. ALTERAÇÃO DO ESTATUTO SOCIAL. VENDA DE COTAS. DECADÊNCIA. REJEIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. PROVA INCONTESTE DA CIÊNCIA DA AUTORA ACERCA DA VENDA DAS COTAS. DECLARAÇÕES QUE COMPROVAM O**

---

<sup>57</sup> STF, ADIn-medida cautelar, DJ de 1-10-1993, relator: Sepúlveda Pertence. *Apud* TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva. 8ª edição. 2010.p777.

**RECEBIMENTO PELA VENDA. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA<sup>58</sup>.**

(...)Contudo, os documentos acostados às fls. 34 e 119/139 dão conta que a autora já tinha conhecimento da venda das cotas, muito tempo antes de sua separação conjugal, tendo, inclusive, recebido pelo negócio jurídico firmado em seu nome. É bem verdade que os documentos citados referem-se às declarações de imposto de renda da apelada e que, em princípio, se trataria de prova ilícita.

Contudo, a atividade processual não poderá ficar distraída ou impassível à conduta ilícita da parte para influir na atividade do próprio órgão julgante. O preceito constitucional que veda a prova ilícita tem em mira a necessidade de coibir e desestimular a violação às garantias que a Carta Magna e o ordenamento jurídico que a complementa instituíram como regras indispensáveis à dignidade humana e à manutenção do império da lei. Ocorre que a proibição constitucional da prova ilícita não é uma proibição absoluta, pois, no caso concreto, tal princípio pode ser afastado, quando em confronto com outro, qual seja, o princípio da proporcionalidade, momento em que a prova ilícita será acolhida, visando à justa solução para o caso. Nesse diapasão, ponderando-se os interesses em conflito, verifica-se que se a transgressão é necessária e torna escusável o comportamento da parte, deve-se admitir a prova, ao passo que se a parte poderia ter provado suas alegações por meios regulares, tendo a infração gerado dano superior ao benefício trazido à instrução do processo, não há que se falar em sua admissibilidade.(...)”

**“AÇÃO PAULIANA. GRAVAÇÃO DE CONVERSA ENTRE MARIDO E MULHER. PEDIDO DE JUNTADA PELA ÚLTIMA. PROVA DE DEFRAUDAÇÃO DO PATRIMÔNIO COMUM. DECISÃO QUE CONSIDERA A PROVA COMO**

---

<sup>58</sup> TJRJ. APELAÇÃO Nº 0164845-32.2009.8.19.0001. Des. Rel. RENATA MACHADO COTTA. DJE.09/02/2012.

**ILÍCITA. OFENSA AO DIREITO DA INTIMIDADE. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PONDERAÇÃO DO DIREITO À PROVA. LIMITAÇÃO QUE CEDE À PROVA RELEVANTE. INTERESSES DA BUSCA DA VERDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA QUE SACRIFICAM, NO CASO CONCRETO, A TUTELA DA INTIMIDADE. RESTRIÇÃO CONSTITUCIONAL SUPERADA PELA ORIGINALIDADE DA PROVA PARA A DESCOBERTA DA VERDADE. ASSIM, É RAZOÁVEL A UTILIZAÇÃO DE GRAVAÇÃO DE CONVERSA ENTRE MARIDO E MULHER, MESMO QUE UM DOS INTERLOCUTORES DESCONHEÇA A IMPRESSÃO SÔNICA FEITA PELO OUTRO.<sup>59</sup>**

A preservação da garantia constitucional da privacidade, por não ser absoluta, não pode servir para cometimento de injustiça, nem obstáculo invencível que venha a favorecer quem violou o direito material que alicerça a pretensão contraposta, cabendo ao juiz dar valor ao conteúdo da prova, independente do meio com que foi obtida, ainda que com superação de certos direitos consignados na Lei Magna ou na legislação ordinária.

No âmbito do Direito de Família a prova tem singularidades que impõem um tratamento específico diversamente dos outros campos jurídicos, e que decorrem da natureza da relação conjugal, onde as violações do dever são clandestinas, embaraçando a sua visibilidade e constatação.

O direito à intimidade, como qualquer outro, não pode sobrepor-se de maneira absoluta a outros dignos da tutela judiciária, podendo submeter-se ao direito à prova, também constitucionalmente assegurado, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, aqui se ponderando favoravelmente os interesses ligados à reta administração da justiça e sacrificando-se a privacidade.

O direito à prova é o direito da parte em utilizar todas as provas de que dispõe para demonstrar a veracidade dos

---

<sup>59</sup> TJRS. Agravo de Instrumento n. 70005183561. Des. Rel. José Carlos Teixeira Giorgis. Dje 12/03/2003.

**fatos em que se funda a pretensão e que seria inútil se não se vinculasse ao direito de aquisição da prova, desde que admissíveis e relevantes.”**

A peculiaridade da aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito do processo civil encontra arrimo no fato de se tratar basicamente de direito patrimonial disponível.

Se a prova for obtida ilicitamente para servir em processo em que haja em litígio apenas direito patrimonial disponível, segundo Elias Marques Medeiros Neto, o mandamento da proibição à admissão da prova ilícita não deve ser afastado.<sup>60</sup>

Contudo, se no processo houver em discussão valores patrimoniais não disponíveis, como direito de família. Nestes casos, defende o mesmo autor, o magistrado encontrar o cenário adequado para a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Neste sentido, Sérgio Shimura<sup>61</sup>:

**“O critério da proporcionalidade passou a ser adotado inicialmente pela justiça alemã, ideia que se**

---

<sup>60</sup> MEDEIROS NETO, Elias Marques de. **Proibição da Prova Ilícita no Processo Civil**. Editora Fiuza, 2010. P82.

<sup>61</sup> SHIMURA, Sérgio. Princípio da proibição da prova ilícita. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; CASTRO NEVES, Maria Elizabeth de (Coord.) Apud MEDEIROS NETO, Elias Marques de. **Proibição da Prova Ilícita no Processo Civil**. Editora Fiuza, 2010. P83.

**alastrou para os Estados Unidos da América (princípio da razoabilidade), com a função de evitar ou prevenir injustiças que a aplicação da vedação absoluta das provas ilícitas poderia acarretar. Temperam-se outros valores e princípios, igualmente dotados de credencial constitucional(...)”**

Conforme nos ensina André Ramos Tavares, no âmbito do Direito Administrativo que os atos das autoridades sempre devem ser fundamentados, e para serem válidos necessitam estar em sintonia com a proporcionalidade, como exemplo o julgado abaixo:

**“Militar. Sargento do quadro complementar da aeronáutica. Ingresso e promoção no quadro regular do corpo pessoal graduado. Estágio probatório não convocado. Condição *sine qua non*. Aplicação do art. 49 do Decreto n. 68.951/71. Recurso Especial. Limitação da discricionariedade. Moralidade pública, razoabilidade e proporcionalidade. A discricionariedade atribuída ao Administrador deve ser usada com parcimônia e de acordo com os princípios da moralidade pública, da razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de desvirtuamento. As razões para a não convocação de estágio probatório, que é condição indispensável ao acesso a terceiros sargentos do quadro complementar da Aeronáutica ao quadro regular, devem ser aptas a demonstrar o interesse público. Decisões deste quilate não podem ser imotivadas. Mesmo o ato decorrente do exercício do poder discricionário do administrador deve ser fundamentado, sob pena de invalidade. (...)”<sup>62</sup>**

---

<sup>62</sup> STJ, Recurso Especial, DJ de 9-6-1997, relator: Anselmo Santiago *Apud* TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva. 8ª edição. 2010.p777.

## 7.2) Distinções e Semelhanças entre o princípio da Proporcionalidade e o da Razoabilidade:

A grande maioria dos doutrinadores entende que ambos proporcionalidade e razoabilidade são princípios iguais. Contudo há quem os diferencie, como Raphael Queiroz<sup>63</sup>: *“A diferença reside na classificação e nos elementos constitutivos desses princípios, já que a razoabilidade é mais ampla que a proporcionalidade. Sustentar a fungibilidade entre os termos, no Brasil, é dar à proporcionalidade um raio de aplicação maior que suas possibilidades (...)”*.

De acordo com Raphael Queiroz, o conceito de proporcionalidade está inserido no de razoabilidade, sendo que é *“(...) inevitável, então, a ligação entre a razoabilidade e a qualidade da atuação concreta, e entre a proporcionalidade e a quantidade daquela, visando-se à proibição do excesso(...)”*.

Humberto Ávila<sup>64</sup>, por seu turno, assevera que a proporcionalidade há de ser compreendida de maneira distinta da razoabilidade. Enquanto a

---

<sup>63</sup> Os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade das Normas e sua Repercussão no Processo Civil Brasileiro **Apud** TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva.8ª edição. 2010.p775.

<sup>64</sup> Teoria dos Princípios. **Apud** TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva.8ª edição. 2010.p777.

proporcionalidade implica uma relação de causalidade entre meio e fim, a razoabilidade não contém, em si, uma referência dessa magnitude.

### **7.3) A Ponderação de Interesses na Aplicação do Princípio da Proporcionalidade:**

A existência de diversos princípios dentro do mesmo ordenamento jurídico pode, muitas vezes, gerar um conflito entre eles no intuito de solucionar determinado caso concreto, assim, torna-se necessário ponderar os interesses envolvidos a fim de resolvê-los.

Deve-se fazer a análise do caso concreto que gerou o conflito, pois diversas são as variáveis presentes no problema enfrentado, sendo necessária a atribuição de peso específico a cada princípio em confronto, sendo, por conseguinte, essencial à definição obtida como resultado da ponderação realizada.

Outrossim, a ponderação de interesses constitucionais não representa uma técnica amorfa e adjetiva, já que está orientada em direção a valores substantivos. Estes valores que são reconhecidos e concretizados pela ordem constitucional (ex. dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade etc.), direcionam o processo de ponderação.

---

Neste sentido, reconheceu o Tribunal Constitucional espanhol<sup>65</sup>: *“La Constitucion és una norma – como se há señalado – pero una norma cualitativamente distinta a las demás, por cuanto incorpora El sistema de valores esenciales que há de constituir el orden de convivência política y de informar todo El ordenamiento jurídico.”*

Ainda de acordo com Daniel Sarmento<sup>66</sup>:

**“Sem embargo, cumpre reconhecer que a maleabilidade inerente à ponderação de interesses, se, por um lado, torna extremamente dinâmica e fecunda a técnica em questão, por outro lado, exacerba as dificuldades na construção de uma metodologia racional e controlável que lhe informe o conteúdo. Entretanto, a definição e consolidação desta metodologia é essencial para a legitimação da ponderação de interesses nos quadrantes de um Estado de Direito que tenha, entre as suas preocupações essenciais, a proteção da segurança jurídica e a garantia da transparência dos atos estatais.”**

Ressalte-se que não há um método matemático pronto para ser utilizado na ponderação de interesses. No entanto, deve ser o mais objetivo e racional possível.

---

<sup>65</sup> (Sala Primera), BOE de 14/04/1981, apud Enrique Alonso Garcia, La Interpretacion de la Constitucion, *Apud* SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ª Edição. Lumen Juris 2002.p 98.

<sup>66</sup> SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ª Edição. Lumen Juris 2002.p99.

A ponderação de interesses torna-se necessária quando houver a colisão entre dois princípios constitucionais que venham a incidir sobre o mesmo fato concreto. Ao julgador impõe-se a tarefa da interpretação dos princípios envolvidos, analisar se existe efetivo confronto entre eles e a melhor forma possível de solucionar o caso.

Segundo o professor italiano Roberto Bin<sup>67</sup> a finalidade desta atividade é delinear a topografia do conflito, o que significa responder a duas perguntas: *a) se, e em que extensão, a área de tutela do interesse perseguido por uma norma se sobrepõem à área que deve ser garantida ao interesse de outra norma; b) qual o espaço residual resta ao exercício de cada um dos direitos em conflito.*

A delimitação dos limites de cada direito representa a fronteira dos direitos fundamentais que podem estar previstas expressamente na Constituição ou dela decorrer implicitamente. Frise-se que a fixação desses limites deve ser feita antes da resolução do conflito trazido para a análise do intérprete.

---

<sup>67</sup> BIN, Roberto..., *Apud* SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ª Edição. Lumen Juris 2002.p 100.

José Carlos Vieira de Andrade citado por Daniel Sarmiento exemplifica alguns casos<sup>68</sup>:

**“Por exemplo, poder-se-á invocar a liberdade religiosa para efectuar sacrifícios humanos ou para casar mais de uma vez? Ou invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um actor no palco, para pintar no meio da rua, ou para furtar o material necessário à execução de uma obra de arte? Ou invocar o direito de propriedade para não pagar impostos, ou o direito de sair do país para não cumprir o serviço militar; ou o direito de educar os filhos para os espancar violentamente?... Nestes casos, como muitos outros casos, não se deve falar propriamente de um conflito entre o direito invocado e outros direitos ou valores, por vezes expressos através de deveres fundamentais. É que se trata de algo a mais ou de algo a menos do que isso. É o próprio preceito constitucional que não protege essas formas de exercício do direito fundamental, é a própria Constituição que, ao enunciar os direitos, exclui da respectiva esfera normativa esse tipo de situação.**

Portanto, a primeira missão do intérprete ao deparar-se com um possível conflito entre normas constitucionais é tentar traçar os limites inerentes dos princípios que os consagram para analisar se de fato há colisão entre eles.

É certo que os princípios não possuem um campo de incidência delimitado, sendo necessária a análise do caso concreto para concluir-se pela

---

<sup>68</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra:Almedina, 1987, *Apud* SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ª Edição. Lumen Juris 2002.p 101.

existência ou não do conflito entre os princípios constitucionais em questão. Contudo, caso seja constatada a existência do conflito, deve-se partir para a ponderação de interesses.

Conforme nos ensina Daniel Sarmento, o intérprete deve comparar o peso genérico que a ordem constitucional confere, em tese, a cada um dos interesses envolvidos, conquanto as Constituições não costumem conter uma escala rígida de interesses ou valores, não havendo hierarquia entre os princípios constitucionais. Porém, o fato de não existir hierarquia entre os princípios constitucionais não significa que não haja princípio com maior relevância que outro.

Pode-se citar como exemplo na jurisprudência norte americana a consolidação da doutrina da *preferred freedoms* ou *preferred rights*<sup>69</sup> no que diz respeito à atribuição de um peso superior à liberdades individuais (liberdade de expressão, de religião etc) em relação às liberdades econômicas (propriedade, liberdade de contratar etc), admitindo, porém, ponderações entre elas.

Ao passo que no direito brasileiro pode-se observar que a liberdade individual ostenta, sob o prisma constitucional, um peso genérico superior ao da

---

<sup>69</sup> TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. Mineola: The Foundation Press, 1988, pp769-784 *Apud* SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ª Edição. Lumen Juris 2002.p 103.

segurança pública, por exemplo. Mas não significa que a ponderação entre estes dois interesses fará com que o primeiro sempre se sobreponha ao segundo. É necessário fazer a análise do caso concreto, pois pode haver casos em que a ponderação faça com que haja a inversão da sobreposição de um interesse sobre o outro.

Além da análise do peso genérico é necessário fazer a análise do peso específico que cada princípio assume de acordo com o caso concreto. Ele dependerá da intensidade com que estiverem afetados, no caso, os interesses tutelados por cada um dos princípios em confronto.

Assim, quanto maior o nível de restrição de cada interesse, menor será seu peso específico e vice versa. As restrições dos interesses em disputa devem ser arbitradas segundo o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão, isto é, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo Daniel Sarmento<sup>70</sup>, o julgador deve buscar o ponto de equilíbrio entre os interesses em jogo, que atenda aos seguintes imperativos: a) a restrição a cada um dos interesses deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro; b) tal restrição deve ser a menor possível para a proteção do interesse

---

<sup>70</sup> SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ª Edição. Lumen Juris 2002.p 104.

contraposto; e c) o benefício logrado com a restrição a um interesse tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.

Ademais, a ponderação deve sempre buscar a proteção da dignidade da pessoa humana que sintetiza os valores fundamentais da ordem constitucional vigente.

## **8. Conclusão:**

O sistema processual busca a solução de conflitos, entretanto para que sua finalidade seja alcançada, é necessária a imposição de certos limites para que não sejam criadas situações que possam gerar insegurança e constrangimentos aos jurisdicionados.

O processo existe para pacificar conflitos e garantir a paz no convívio em sociedade. Se não houver regras a serem seguidas, teremos uma eterna insegurança jurídica, pois para que o direito de um seja alcançado, pode-se violar o direito de um terceiro. Até que ponto admite-se esta situação? Qual direito deve prevalecer?

Buscou-se apresentar neste trabalho respostas às questões acima. Ou seja, o processo deve buscar resolver a lide dentro de certos limites visando ao equilíbrio entre a celeridade processual e sua efetividade, e o respeito aos princípios que compõe o devido processo legal.

Ressalte-se que não é qualquer ilicitude que importará na inadmissibilidade das provas. Ao estudarmos as limitações da teoria dos frutos podres da árvore envenenada que equivale à existência de uma excludente de

ilicitude na origem de uma prova ilícita, e exclui a contaminação da prova derivada, chegaremos à conclusão de essa prova é lícita para todos os fins.

Aplica-se às provas derivadas das ilícitas a proporcionalidade, considerando todas as circunstâncias do caso concreto, incluindo os fins a que se destina a referida prova, nos mesmos termos que se faz com as provas ilícitas.

A desconsideração das provas ilícitas deverá ocorrer no momento da valoração das provas analisadas pelo julgador, que é feita na fundamentação das suas decisões, quando o juiz deverá mostrar que sua decisão foi devidamente embasada exclusivamente em elementos de prova lícitos.

Demonstramos que a análise da proporcionalidade aplicada às provas deve ser feita em duas etapas: em primeiro lugar deve-se verificar se a conduta relevante para a obtenção da prova é realmente ilícita, ou se está justificada de modo que a prova por meio dela obtida é válida para todos os fins. A segunda, ao se admitir a utilização de uma prova ilícita no processo, quando será correta a consideração sobre a finalidade a que se destina a prova.

É importante que nos casos em que haja provas ilícitas, deve-se ter a exigência do prejuízo para que seja determinada sua exclusão dos autos é uma decorrência da concepção moderna do processo civil. Assim, tendo em vista que a proporcionalidade é aplicável aos conflitos entre princípios jurídicos

constitucionais, também se aplica às colisões de princípios em matéria probatória, em especial no que se refere à proibição da prova obtida por meios ilícitos.

O princípio que veda a admissão de provas obtidas por meios ilícitos é uma limitação do direito constitucional à prova, de modo que os problemas jurídicos decorrentes da colisão entre esses dois princípios devem ser resolvidos com a aplicação do princípio da proporcionalidade.

No intuito de resolver da melhor maneira a colisão de dois ou mais princípios, busca-se o equilíbrio e o respeito aos direitos e garantias dos litigantes, o princípio da proporcionalidade tem ocupado posição de destaque na construção dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Sua influência deriva diretamente do ordenamento jurídico alemão e norte-americano.

Conquanto não esteja expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, encontra arrimo em princípios constitucionais como o princípio do devido processo legal e o princípio da isonomia.

Na aplicação da proporcionalidade para resolver os conflitos a respeito do aproveitamento de provas ilícitas, deve ser considerado os bens jurídicos em conflito em vários níveis. Ao lado do direito constitucional à prova e do direito de descoberta da verdade, estão os princípios de direito material que são favorecidos pelo aproveitamento da prova ilícita. Ao lado da vedação

constitucional às provas ilícitas estão os direitos violados na obtenção ou produção das mesmas.

A jurisprudência pátria vem aplicando este princípio em vários ramos do direito e com diversas fundamentações. Em que pese a proibição do uso da prova ilícita previsto no art.5º , LVI, da Carta Magna, ao mesmo tempo o sistema pátrio adota a liberdade dos meios de prova, de forma que todo e qualquer meio de prova pode ser admitido. Parece antagônico, mas o próprio art. 332 do Código de Processo Civil apresenta a exceção quanto à proibição ao uso da prova ilícita.

O princípio da proporcionalidade trata-se de um instrumento de interpretação jurídica que busca adequar a prestação jurisdicional à nova realidade do Direito, atendendo à complexidade das relações sociais contemporâneas. Apesar de subjetivo, faz-se necessário, pois tem a finalidade de equilibrar a proteção das garantias constitucionais, tornando possível chegar ao fim determinado conflito entre princípios constitucionais contrapostos. Portanto, a aplicação do princípio da proporcionalidade deve ser feita com muito cuidado, devendo ser sopesado pelo julgador os valores em conflito.

Da análise dos subprincípios da proporcionalidade, na utilização de provas ilícitas, deve levar em conta as outras provas já produzidas no processo,

uma vez que a adequação e necessidade em abstrato são exigidas de todas as provas admitidas, que devem ser pertinentes e relevantes.

O conhecimento e a aplicação do princípio da proporcionalidade por meio dos seus subprincípios — adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito— são indispensáveis para debelar as críticas feitas a sua utilização no tema das provas ilícitas, e permitir que o jurista tenha em mãos o instrumental para garantir maior eficácia aos direitos fundamentais, quer rechaçando as provas decorrentes da sua violação, quer protegendo-os por meio exatamente de provas obtidas a partir da violação de outros direitos fundamentais.

Por fim, pode-se concluir que a utilização da prova ilícita no processo civil é perfeitamente possível, desde que sob a obediência de certos limites a serem aplicados pelo julgador em cada caso concreto. Esta limitação está umbilicalmente ligada à aplicação do princípio da proporcionalidade, que mediante a orientação de seus subprincípios estudados neste trabalho, darão subsídios para fundamentar as decisões em que forem admitidas as provas ilícitas.

**Referências Bibliográficas:**

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas.** 3ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1999;

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª edição ver. atualiz. ampl. São Paulo. Editora Malheiros. 1997.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz Mattos. **Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento.** 8ª edição. Editora Saraiva. 2008;

CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil Admissibilidade e relevância.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006;

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova ilícita.** São Paulo: Saraiva, 2000;

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições do Direito Processual Civil.** 4ª edição. Editora Bookseller. 2009;

ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria General de La Prueba Judicial.** Tomo I, Tercera Edicion. Editor Alberti 835. Buenos Aires.1976;

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 6ª edição, Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 1999;

MARINONI. Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil. Vol. 1. Teoria Geral do Processo**. 5ª edição. 2008

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. **Proibição da Prova Ilícita no Processo Civil**. São Paulo. Editora Fiuza. 2010;

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. LOPES, Ricardo Augusto de Castro. OLIVEIRA NETO, Olavo de. **A Prova no Direito Processual Civil: Estudos em Homenagem ao Professor João Batista Lopes**. Editora Verbatim. 2013;

MOREIRA, Barbosa. **Temas de Direito Processual**. 6ª edição. Saraiva. São Paulo. 1997;

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 4ª edição. Editora Método. 2012;

NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª edição. São Paulo: RT. 2004;

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009;

SANTOS, Gildo dos. **A Prova no Processo Civil**. 3ª edição. Editora Revista dos Tribunais. 2010;

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 2º vol. Editora Saraiva. 2004;

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ª edição. Editora Lumen Juris.;

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas: Princípio da Proporcionalidade, Interceptação e Gravação Telefônica, Busca e Apreensão, Sigilo e Segredo Profissional, Confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito e Sigilo**. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2005;

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001;

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva. 2013;

VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil – Parte geral**. Vol.

1. 3ª edição. São Paulo:Atlas, 2003