

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA

Keury Gleidse AMORIM¹
Ariane Fernandes de OLIVEIRA²

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo tratar sobre o princípio da prova ilícita, qual o posicionamento adotado por parte da doutrina, a admissibilidade dessas provas serem usadas nos processos e a possibilidade de aceitação pelos tribunais para a solução de conflitos.

PALAVRAS-CHAVES: Prova ilícita. Admissibilidade. Processo Constitucional. Conflito.

ABSTRACT: This article is intended to treat on the principle of illegal evidence, which the positioning of a part of the doctrine, the admissibility of such evidence be used in the process and the possibility of acceptance by the courts for the resolution of conflicts.

KEYWORDS: illegal Evidence. Admissibility Constitutional Process. Conflict.

CONTEXTO HISTÓRICO

O vocábulo prova decorre do latim, de probare (demonstrar, formar juízo de), e no âmbito jurídico, a demonstração é aquela que se faz, através de meios legais, da existência ou veracidade de um ato material ou jurídico, caso não ocorra dessa forma essas provas ferem as normas de direito.

Nas origens do Direito não tinha o que se falar de prova, primeiramente o sistema que vigorava na época era a auto tutela, depois pela auto composição, para a qual não se tinha uma decisão sobre quem possuía razão, mas a renúncia de todo ou de parte do Direito. Com a evolução social e fortalecimento do Estado, quando do surgimento dos árbitros, é que os primeiros mecanismos de provas surgiram.

Com o desenvolvimento da sociedade o Estado se fortalecia, surgindo formas de estruturação e administração social. Dentro das relações de conflito, surgiu a arbitragem obrigatória, dessa forma surge a predominância da justiça pública sobre a privada, deixando de lado toda e qualquer atribuição a religião.

Dessa maneira fez-se necessário a demonstração dos argumentos trazidos para que a parte fosse vitoriosa em sua pretensão resistida (lide), abrindo o campo para a produção de provas dos acontecimentos e fatos.

¹ Discente do 4º período do curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba E-mail: keuryamorim@gmail.com

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba. Advogada. E-mail: arianefernandes76@gmail.com

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA

É imprescindível que após a instauração de um processo as partes tenha o direito de manifestar-se através das garantias constitucionais, como o princípio do contraditório e ampla defesa, além da produção de provas que é de extrema importância para que o juiz se convença da melhor prova apresentada no processo e portanto possa decidir o caso com a certeza da justiça.

Com isso estamos exercendo o direito ao devido acesso à justiça. O novo código de processo civil prevê no artigo 369 que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

Quanto à classificação das provas ilícitas ocorrem de duas formas: provas ilícitas são aquelas obtidas com desobediência ao direito material, como por exemplo documentos falsos, inventados, ou seja, provas falsas e provas ilegítimas aquelas verdadeiras adquiridas de forma ilícita, ou seja, com desrespeito ao direito processual, como exemplo, interceptações telefônicas sem autorização judicial. Provas ilegais diferem de provas ilegítimas. Segundo Daniel Carnio Costa:

a) Conforme traz à baila DANIEL CARNIO COSTA, costuma-se distinguir a prova ilícita da prova ilegítima. Segundo o referido autor, prova ilícita é "aquela produzida em contrariedade às normas de direito material. Segundo Ada Pellegrini Grinover, que acolheu a posição do jurista espanhol Pietro Nuvoloue, a prova será ilícita toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento de natureza material. A confissão escrita obtida através de tortura e o documento obtido através da violação de domicílio são exemplos de provas ilícitas". Já a prova ilegítima é aquela produzida em contrariedade às normas de direito processual. Assim, a prova exclusiva testemunhal sobre um contrato de valor superior a dez vezes o salário mínimo e a inversão da colheita da prova são exemplos de provas ilegítimas.

b) NELSON NERY JUNIOR em sua obra *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal* traz à

baila outra classificação das provas ilícitas, porquanto "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. Em suma, razões de legalidade e de moralidade atuam como causas restritivas da livre atividade probatória do Poder Público"

O princípio constitucional da proibição das provas ilícitas ofende o nosso ordenamento jurídico e está fundamentado no artigo 5º inciso XVI da nossa Carta Magna que prevê que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;" No Processo Penal (CPP), alterado pela lei nº 11.690/2008, também afirma que "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais". No processo administrativo, os arts. 30 e 38, §2º da lei nº 9.784/99 dizem, respectivamente: "são inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos" e "somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias".

Percebe-se que a legislação brasileira se posiciona de forma contrária no que se refere a utilização da prova considerada ilícita e, da mesma maneira que parte da doutrina acredita ser inadmissível a produção de prova obtida ilicitamente. Segundo FREDIE DIDDIER JR (2007, p. 32)".

a) "A experiência já indicava não ser aconselhável a ampla liberdade na produção de provas: a) porque não se fundam em bases científicas suficientemente sólidas; b) porque podem dar ensejo a manipulações ou

fraudes; c) porque ofenderiam a própria dignidade de que lhes ficasse sujeito, representando constrangimento pessoal inadmissível (tortura, detentores de mentiras etc.). (DIDIER JR. 2007, p. 32)”.

POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS

Com isso temos vários posicionamentos da doutrina acerca da admissibilidade da prova ilícita:

b) Corrente permissiva, que admite a prova ilícita desde que verdadeira e não viole sanção expressa de direito processual. Assim como qualquer outra prova, àquela constitui uma forma de convencer o juiz a sentenciar uma solução justa. Seus principais defensores são Carnellutti, Franco Cordero, Alcides Mendonça Lima, Tornaghi e Yussef Cahali;

c) Corrente obstativa, que proíbe a utilização desse tipo de prova, pois isso iria de encontro com o princípio da moralidade administrativa e com o ordenamento jurídico, trazendo consequências além do limite da relação autor e réu. Seus principais defensores são Nuvolone, Vescovi, Frederico Marques, Humberto Teodoro Júnior e João Batista Lopes;

d) Corrente obstativa por fundamento constitucional, que considera a admissibilidade da prova ilícita acima de tudo uma violação aos princípios constitucionais, portanto inconstitucional. Seus principais seguidores são Cappelletti, Comoglio e Bauer

Seus principais defensores são Ada Pelegrinni Grinover, Antônio Scarance, Antônio Magalhães G. Filho, Barbosa Moreira, Moniz Aragão, José Roberto Bedaque, Alexandre de Moraes, Fernanda Pinheiro, Gisele Góes, entre outros.

e) "Não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer

gravação fonográfica ou televisiva. (A propositura da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de princípio da proporcionalidade), Devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais. (NERY JR. apud BARBOSA, p. 8)".

f) "PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou. (STF – RE 402717 – PR – 2ª T. – Rel. Min. Cezar Peluso – DJ 12.02.2009)"

g) "EMENTA:
CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la,

futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação "the fruits of the poisonous tree" não foi objeto de debate e decisão, assim não pré questionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido" (AI 50.367-PR, 2ª. Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 01/02/05. DJ 04/03/05.)

TEORIA DA ÁRVORE ENVENENADA

Entende-se como tudo que decorre de prova ilícita, também será ilícito, portanto trata-se de uma ilicitude por derivação.

O princípio é previsto no artigo 157, *caput*, 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".

Para este princípio há duas exceções:

- Quando não houver ligação evidente entre uma prova e outra, ou seja, entre uma prova ilícita e a outra prova lícita apresentada.

- Teoria da Fonte independente em que a prova ilícita será admitida quando é fruto de uma fonte independente. Fonte independente (artigo 157 do Código de Processo Penal) prova pela qual a autoridade encontraria a prova de uma forma ou outros meios naturais de investigação encontraria a prova. Nesse sentido, a prova ilícita seria admitida no processo penal.

“RESP. CRIMINAL. PREQUESTIONAMENTO. VIOLAÇÃO GENÉRICA DE LEI. PRONÚNCIA. PROVAS ILÍCITAS. FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE. SÚMULA 7. 3. A pronúncia, consoante lançado no acórdão, não teve por base meras conjecturas, mas indícios demonstrativos de autoria, não, evidentemente, de modo incontroverso, mas de simples admissibilidade de acusação. Não foram estes indícios, no entanto, derivados de provas ilícitas (utilização de dados telefônicos sem autorização judicial), mas autônomos, sem a contaminação de que fala a teoria dos frutos da árvore envenenada. (STJ – Resp 204080 – CE – 6ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJ 01.10.2001 – p. 255)”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabemos que todo nosso ordenamento jurídico rege-se em volta da Constituição Federal, e como já apresentada nesse artigo é inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Mas atualmente os tribunais vê em admitindo provas ilícitas no com o objetivo de solucionar determinados casos específicos envolvendo as provas obtidas por meios ilícitos, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, vem caminhando para essa nova interpretação, decidindo por admitir provas de cunho ilícito, através da utilização de critérios de ponderação de valores: a razoabilidade e a proporcionalidade. Desta forma a “corrente intermediária” (ou corrente obstativa atenuada pela teoria da proporcionalidade) que acompanha o posicionamento desses Tribunais, acredita que diante do caso concreto, o julgador deve realizar uma análise axiológica a partir desses parâmetros.

Podemos afirmar que é admissível essa forma de interpretação dos tribunais, levando em consideração que o princípio da proibição da prova ilícita deve ser aceito em casos excepcionais, de extrema gravidade, ou seja, quando não havia outro meio de obtenção daquela prova, sendo esta indispensável e decisiva para a solução do processo. Podemos citar como exemplo o indivíduo que consegue comprovar sua inocência a partir de uma prova ilícita, notamos um conflito de direitos, é nesse sentido que deve haver uma ponderação de valores

por parte do juiz, o mesmo deve analisar o caso concreto tendo que decidir qual é o direito que, naquela situação, tem "mais relevância". Caberá ao juiz interpretar o caso concreto com o objetivo de solucioná-lo da maneira mais justa possível.

REFERÊNCIAS

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 de março de 2014.

<https://jus.com.br/artigos/29976/a-vedacao-das-provas-ilicitas-e-a-busca-da-verdade-no-processo-penal>

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5043

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

<http://www.domtotal.com/direito//pagina/detalhe/29810/principios-dos-frutos-da-arvore-envenenada/print>

<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5935/A-Nova-Interpretacao-do-Principio-da-Proibicao-da-Prova-Ilicita>