

AS PROVAS ILÍCITAS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: PRIMEIRAS REFLEXÕES

André Vasconcelos Roque

Advogado, consultor e professor de Direito Processual Civil no Rio de Janeiro. Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Association of the Bar of the City of New York.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo discutir a constitucionalidade do art. 257, parágrafo único do Projeto de Lei nº 166/2010. Propõe-se, ainda, uma interpretação, a partir do instituto denominado neste estudo de “estado de necessidade processual”, que permita, em casos excepcionais, a admissão de provas aparentemente ilícitas no processo civil mediante uma ponderação de interesses baseada em critérios minimamente lógicos e racionais, evitando a prática de abusos e o esvaziamento de direitos fundamentais.

Abstract: This article aims to discuss the constitutionality of art. 257, single paragraph of the Draft Law nº 166/2010. It is proposed also an interpretation, elaborated based on the institute called in this study "estado de necessidade processual", that permits, in exceptional cases, the admission of apparently illegally obtained evidence in civil proceedings by a balancing of interests based on criteria minimally rational and logical, avoiding the practice of abuse and the undermining of fundamental rights.

Palavras-chave: Provas ilícitas - Direitos fundamentais - Processo civil

Keywords: Illegally obtained evidence - Fundamental rights - civil procedure

Sumário: 1. Introdução – 2. Uma questão terminológica preliminar: provas ilícitas e provas ilegítimas – 3. Respostas tradicionais para a questão das provas ilícitas; 3.1 A divisão estanque entre o direito processual e material; 3.2 A inadmissibilidade das provas ilícitas; 3.3 O princípio da proporcionalidade e as provas ilícitas – 4. A constitucionalidade do dispositivo em análise – 5. Uma proposta de interpretação para a norma em discussão – 6. Considerações finais – 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Encontra-se em tramitação, no Senado Federal, o Projeto de Lei nº 166/2010, que tem por finalidade instituir um novo Código de Processo Civil no Brasil. Resultante

dos trabalhos realizados por eminente Comissão de Juristas presidida pelo Min. Luiz Fux, o projeto foi elaborado com o declarado objetivo de: estabelecer verdadeira sintonia fina do processo civil com a Constituição Federal, criar condições para o julgamento de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; simplificar subsistemas do processo civil, como, por exemplo, o sistema recursal; otimizar o rendimento de cada processo e, por fim, imprimir maior coesão e organicidade ao sistema processual¹.

Entre as diversas inovações apresentadas no Projeto de Lei nº 166/2010, cuja análise extrapolaria os estreitos limites do presente estudo, destaca-se a previsão, em seu art. 257, parágrafo único, a respeito da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo civil, nos seguintes termos:

Art. 257 – (...) Parágrafo único. A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos.

Como se pode facilmente observar, o dispositivo acima destacado deixa entrever a possibilidade excepcional de admissão das provas ilícitas no processo civil, desde que tal solução seja recomendada pela ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos no caso concreto. Esta possibilidade, entretanto, não se encontra prevista no art. 5º, LVI da Constituição Federal, que dispõe, de forma aparentemente peremptória, que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”.

Por conta disso, já há quem sustente a possível inconstitucionalidade do art. 257, parágrafo único do Projeto de Lei nº 166/2010 ou, pelo menos, o risco de que venham a ocorrer abusos na aplicação da norma em análise, frustrando a proibição constitucional contra a admissão das provas ilícitas². Além disso, superada eventual incompatibilidade da regra em discussão com a Carta Magna, há ainda autores sustentando a necessidade

¹ Esses objetivos estão todos relacionados na exposição de motivos apresentada pela Comissão de Juristas ao Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney.

² V. ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JR., Luiz Manoel. *Um Novo Código de Processo Civil para o Brasil*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 174/175 (“*Em termos de prova será adotada a regra de que a inadmissibilidade da prova deverá ser analisada frente aos princípios e direitos fundamentais em discussão, o que pode encontrar obstáculo na regra do art. 5º, inciso LVI, da CF/88 – provas ilícitas. A regra constitucional é peremptória e temos receio de que a opção pela análise caso a caso vá ampliar a utilização de expedientes ilícitos na obtenção da prova.*”)

de maior explicitação dos critérios específicos para a admissão excepcional da prova ilícita no processo civil, a fim de que não sejam suscitadas dúvidas desnecessárias na aplicação do dispositivo destacado acima³.

Como se pode observar, a norma em análise já vem ocasionando controvérsias a respeito de sua constitucionalidade e de sua interpretação.

Diante disso, a proposta do presente estudo consiste em discutir a compatibilidade da norma em questão com a Constituição Federal, bem como explicitar os critérios pelos quais se poderia admitir, em caráter excepcional, uma prova (aparentemente) ilícita no processo civil, propondo uma nova categoria, o *estado de necessidade processual*, como uma resposta para a possível ponderação de valores em nosso ordenamento jurídico, sem agredir o texto constitucional.

2. Uma questão terminológica preliminar: provas ilícitas e provas ilegítimas

Sem dúvida, o instituto da prova sempre teve uma importância extraordinária para o desenvolvimento do Direito Processual em nossa sociedade.

A prova é um conceito que transcende o Direito, é comum a todas as ciências e atividades reconstitutivas de fatos ocorridos no passado. O historiador, o paleontólogo, o arqueólogo, o jornalista e muitos outros profissionais utilizam provas para demonstrar a si mesmos e a seus leitores o acontecimento de fatos no passado próximo ou distante⁴.

Com o processo, que nada mais é do que uma atividade reconstitutiva de fatos juridicamente relevantes, não poderia ser diferente. Com efeito, os fatos integram as relações sociais que o Direito pretende regulamentar e harmonizar. Consequentemente, para que o processo possa exercer sua função e seja um instrumento de atuação concreta das normas jurídicas, é indispensável investigar a veracidade dos fatos que são narrados pelas partes litigantes.

Entre as diversas discussões possíveis sobre o instituto da prova, o estudo estará restrito à análise das provas ilícitas, a fim de investigar se o nosso ordenamento vedou

³ V. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC – críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 98 (sustentando que deveriam ser explicitados os seguintes critérios para a admissão excepcional da prova ilícita no processo civil: a devida identificação e explicitação dos valores em jogo e inexistência de outro meio para a prova das alegações em questão).

⁴ V. ECHANDÍA, Hernán Devís. *Teoría general de la prueba judicial*. Medelín: Diké, 1987, t. 1, p. 10.

de forma peremptória a sua admissão no processo ou se, pelo contrário, seria possível afastar a proibição genérica prevista na Constituição em casos excepcionais.

Para atuar como um elemento complicador, a doutrina se debate em uma imensa confusão terminológica nesta matéria⁵: designações como “provas proibidas”, “provas ilícitas”, “provas ilegítimas” ou “provas vedadas” são utilizadas de forma promíscua, sem nenhum rigorismo técnico.

É bastante comum na doutrina brasileira a distinção entre *provas ilícitas* e *provas ilegítimas*⁶ que remete a um estudo feito pelo processualista italiano Pietro Nuvolone e publicado em 1966 na *Rivista di Diritto Processuale*, intitulado *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*⁷.

Para Pietro Nuvolone, existe uma categoria genérica de “provas vedadas” pelo ordenamento jurídico, que compreendem as “provas ilícitas” e as “provas ilegítimas”⁸. A vedação à prova pode ser estabelecida na lei processual ou na lei material. A distinção é fundamental para Pietro Nuvolone. A violação do impedimento configura, em ambos os casos, uma ilegalidade. Contudo, enquanto na primeira hipótese existirá um *ato ilegítimo*, no segundo caso, estar-se-á diante de um *ato ilícito*⁹.

⁵ V., a propósito da confusão terminológica do conceito, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 126/129 e AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 43.

⁶ Diversos autores adotam esta terminologia de forma expressa. Nesse sentido, entre outros, GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. Cit., p. 99; AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. Cit., p. 42; FLORES, Thompson. Os meios moralmente legítimos de prova. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, nº 97, p. 219, 1988.

⁷ V. NUVOLONE, Pietro. *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*. *Rivista di diritto processuale*, Padova, Volume XXI (II Serie), 1966.

⁸ Na verdade, a distinção não foi propriamente uma criação de Pietro Nuvolone, que faz referência em seu artigo a uma discussão que já existia na doutrina italiana de sua época a respeito da admissibilidade ou não das provas obtidas por meios ilícitos. Veja-se, nesse sentido: NUVOLONE, Pietro. Op. Cit., p. 472: “*La dottrina italiana, già oscillante fra l’inammissibilità e l’ammissibilità delle prove illecitamente conseguite, si è ora ancorata a una posizione intermedia com gli studi del Cordero, Prove illecite nel processo penale cit. e del Vassali, La protezione della sfera della personalità nell’era della tecnica cit.*”. Grifos no original. Nada obstante, o estudo de Pietro Nuvolone é o primeiro que se tem notícia em que a distinção está sistematizada, daí a sua relevância para o presente estudo.

⁹ V. NUVOLONE, Pietro. Op. Cit., p. 448 (“*Prova vietata significa prova che, in senso assoluto, o in senso relativo, è contraria a una specifica norma di legge o a un principio del diritto positivo*”) e p. 470 (“*Un divieto ha natura esclusivamente processuale, quando è posto in funzione di interessi attinenti unicamente alla logica e alle finalità del processo; un divieto ha natura sostanziale, allorché, pur servendo mediatamente anche interessi processuali, è posto essenzialmente in funzione dei diritti che l’ordinamento riconosce al singoli, indipendentemente dal processo. La violazione del divieto costituisce in entrambi i casi un’illegalità; ma mentre, nel primo caso, sarà solo un atto illegittimo, nel secondo caso sarà anche un atto illecito.*”)

A primeira conclusão que se poderia imaginar seria a de que somente nas hipóteses de ilicitude material da prova – e não nos casos de simples ilegitimidade processual – é que poderia vir a ocorrer um choque entre direitos fundamentais e o princípio da busca da verdade real e do direito à prova. Nada obstante, esta conclusão provisória está a merecer maiores reflexões.

Do ponto de vista ontológico, não existe diferença entre um “ato ilícito” e um “ato ilegítimo”. Ambas as hipóteses revelam proibições à produção de determinado meio de prova. A diferença que se põe está apenas na origem da proibição, ou seja, se a vedação probatória está contida em uma norma processual ou de direito material.

Pelo menos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, parece que a distinção de Nuvolone restou superada pela inserção de uma norma proibitiva à admissibilidade das provas ilícitas no art. 5º, LVI da Constituição da República. Como a Constituição é uma norma hierarquicamente superior a todas as outras normas processuais e de direito material, pouco importa saber a origem da ilegalidade da prova porque, de qualquer forma, ela acarretará também a sua inconstitucionalidade¹⁰.

Também não parece ser correto utilizar uma interpretação literal para limitar o alcance do texto constitucional às provas ilícitas, na concepção de Nuvolone. Primeiro, porque a interpretação literal é justamente o meio mais pobre de desvendar o significado de uma norma jurídica. Segundo, porque a Constituição constitui um texto jurídico e político. Sua linguagem, por natureza, se apresenta de forma mais aberta e menos técnica que a de outras normas jurídicas¹¹. Nada indica que o constituinte originário quis adotar a distinção de Nuvolone para excluir as chamadas “provas ilegítimas” da proibição constitucional. Pelo contrário, tudo indica que o que se pretendeu foi excluir do processo toda e qualquer prova obtida de forma ilegal, tendo em vista o nosso trágico retrospecto histórico.

3. Respostas tradicionais para a questão das provas ilícitas

3.1 A divisão estanque entre o direito processual e material

¹⁰ Nesse sentido, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. III, p. 224.

¹¹ V. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 101/102.

Quando o tema das provas ilícitas mereceu, pela primeira vez, a atenção dos juristas, o condicionamento ao dogma da “verdade real” fazia com que um eventual balanceamento de interesses pendesse em favor do princípio da investigação da verdade, ainda que baseada em meios ilícitos.

Os direitos fundamentais, como uma proteção conferida ao indivíduo contra as atividades estatais, ainda não estavam consolidados, processo este que só iria ter início com a Revolução Francesa de 1789. Nesta conjuntura, a produção de provas ilícitas era largamente admitida, pois o interesse público determinava a apuração de todos os fatos juridicamente relevantes pelo juiz.

Mesmo após a Revolução Francesa e a consagração dos direitos fundamentais, não houve um grande avanço no tema das provas ilícitas.

De fato, vivia-se o dogma da infalibilidade da razão e o mito da neutralidade do julgador, motivo pelo qual não se justificava retirar do juiz a possibilidade de apreciar todos os fatos juridicamente relevantes no processo, ainda que com algum prejuízo aos direitos fundamentais em jogo. Embora a sociedade já não mais tolerasse a produção de provas que ofendessem a integridade física e moral, os sistemas jurídicos da época ainda não haviam estabelecido proibições à sua admissão no processo.

Foi somente com a Segunda Guerra Mundial e o horror trazido pelos regimes políticos totalitários que o quadro começou a se alterar de forma radical.

Um dos primeiros trabalhos a sustentar a inadmissibilidade das provas ilícitas foi justamente o estudo de Pietro Nuvolone, que sistematizou a distinção entre as “provas ilícitas” e as “provas ilegítimas”¹². Para o processualista italiano, os atos ilícitos e os atos ilegítimos configuram uma ilegalidade e não se poderia admitir no processo uma prova obtida por meios ilegais. Nada obstante, em que pese a posição defendida por Nuvolone, é curioso observar que a distinção entre a ilegitimidade processual e a

¹² V. NUVOLONE, Pietro. Op. Cit., p. 473. O processualista italiano faz, inclusive, elogios à solução adotada no art. 233 do Código de Processo Penal brasileiro: “*A nostro avviso, l'idolatria del principio del libero convincimento ha portato spesso in questa materia a risultati aberranti (v. anche sopra n. 6). Qualora si debba riconoscere che una prova è stata illecitamente ottenuta dall'organo di giustizia (l'illiceità fuori del processo – ad es. furto di documenti – a nostro avviso, non ha rilievo) questa prova deve considerarsi illegale: e se è illegale non può essere utilizzata. Molto felice ci sembra la formula da noi già richiamata del codice brasiliano (art. 233): As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.*”

ilicitude material da prova sistematizada em seu estudo foi um dos principais argumentos utilizados na época para defender a admissão das provas ilícitas.

Para os autores que defendiam a admissão das provas ilícitas¹³, da violação de uma norma protetora de direito material não haveria razão lógica para aplicar sanções de natureza processual, como a sua inadmissibilidade. Assim sendo, a prova somente seria inadmitida se o impedimento estivesse contido na lei processual. A transgressão de normas de direito material para a obtenção de provas ilícitas gerava apenas sanções para o infrator, mas este fato, por si só, não prejudicaria a sua admissão no processo.

Como se pode verificar, as teorias englobadas sob a rubrica da admissibilidade das provas ilícitas postulam a sua utilização no processo, reservando ao infrator as sanções de natureza civil, penal ou administrativas cabíveis pelas violações cometidas no momento em que se obteve a prova.

Neste sentido, Franco Cordero¹⁴ entendia que, para verificar a admissibilidade de uma prova no processo, o fundamental era observar se sua introdução era consentida em abstrato pela lei processual, não importando os meios que foram utilizados para sua obtenção (*male captum bene retentum*).

Entre nós, também houve quem defendesse a utilização das provas ilicitamente obtidas no processo, ainda que em casos específicos.

Entre os doutrinadores que emprestaram apoio a esta corrente, se encontra Pontes de Miranda¹⁵, que entendia ser possível, por exemplo, utilizar em juízo a carta da mulher casada destinada a seu cúmplice no adultério. Asseverava o autor que o sigilo postal não possuía o condão de sobrepor o interesse individual ao familiar, embora ficasse ressalvada a hipótese de o remetente ser um terceiro e não o cônjuge infiel, quando então a prova já não poderia ser produzida

Continuando a exposição, Yussef Said Cahali entendia, em obra publicada antes da Constituição atual, que o juiz cível não poderia determinar o desentranhamento de

¹³ V., entre outros, CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: A. Giuffrè, 1963, p. 147-171; GUASP, Jaime *apud* AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. Cit., p. 44.

¹⁴ CORDERO, Franco. Op. Cit., p. 163: “*Il risultato conseguito non cancella l’ormai indelebile qualifica d’illiceità dell’azione; ma la prova casualmente emersa deve essere adotta al processo, appunto perchè si tratta d’una res a cui incombe un vincolo istruttorio.*”

¹⁵ Nesse sentido, MIRANDA, Francisco Pontes de. *Direito de família*. 2 ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1939, t. I, p. 380.

provas ilícitas, pois estaria invadindo competência do magistrado competente em matéria criminal, ao deliberar sobre a prática do delito *in limine*¹⁶.

Hélio Tornaghi também entendia admissíveis as provas ilícitas, sustentando que todo elemento instrutório deve submeter-se à livre valoração do juiz. Defendia que se, por exemplo, uma confissão foi extorquida ou uma testemunha renitente foi levada à força para prestar depoimento, a solução correta seria promover a responsabilidade do coator, sem desconsiderar o valor indiciário do que foi dito¹⁷.

De uma forma geral, todas as teorias em torno da admissibilidade da prova ilícita colocam-se substancialmente na mesma posição. Inadmissíveis seriam apenas as provas que encontrassem uma vedação expressa de ordem processual. No que se refere às provas ilícitas, segundo a terminologia de Nuvolone, como a vedação se encontrava apenas na lei material, não haveria impedimento à sua valoração pelo juiz, sem prejuízo de eventuais sanções contra quem tivesse se utilizado de meios ilícitos para obter tal prova.

Conforme observam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, uma das possíveis explicações para essas teorias é que a tradicional dicotomia entre a verdade formal e a verdade material, que poderia resultar em uma simples imprecisão técnica, acabou se transformando em algo muito mais grave. A liberdade do juiz no processo penal para efeito de acerto dos fatos e a realização da pretensão punitiva do Estado acabaram se tornando valores mais preciosos do que a proteção à liberdade individual do próprio acusado¹⁸.

No Direito brasileiro, esta tese se encontra superada pela Constituição Federal, que tornou sem sentido a distinção doutrinária entre ilicitude e ilegitimidade da prova¹⁹.

¹⁶ V. CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 265 e segs.

¹⁷ V. TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de Processo Penal*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 3, p. 465.

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 147/148. Conforme observam os autores, o termo “verdade real” ou “verdade material” deve ser compreendido como a busca da verdade subtraída à influência do comportamento processual das partes e nada mais do que isso. Isso significa, por exemplo, a inaplicabilidade de regras típicas do processo civil ao processo penal, tais como o “ônus da impugnação especificada” (art. 302 do CPC). Assim sendo, ainda que o acusado admita a autoria e a materialidade do delito, tais fatos continuarão a ser objeto de prova no processo penal. No processo civil, isso não ocorre, pelo menos em princípio. Se o réu admite a sua responsabilidade em um evento danoso, este ponto já não será mais discutido em uma ação de indenização, porque o mesmo se tornou incontroverso no processo.

¹⁹ V. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. Cit.*, p. 224.

A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos foi erigida em categoria constitucional, acima das leis de direito material e processual.

Não é por acaso que os posicionamentos colhidos na doutrina brasileira são todos anteriores ao advento do novo texto constitucional.

Dessa forma, no ordenamento jurídico pátrio, cai por terra o fundamento principal da tese da admissibilidade: em razão do princípio da supremacia do texto constitucional²⁰, não é necessária a existência de uma regra de transposição na lei processual²¹, quando a própria Lei Maior prevê a inadmissão em juízo das provas ilicitamente obtidas.

3.2 A inadmissibilidade das provas ilícitas

Mesmo na ausência de regras de transposição ou de proibição constitucional às provas ilícitas, não faltou quem sustentasse a sua inadmissibilidade processual.

Esta tese tem como eixo principal a preocupação em assegurar a proteção à legalidade na atividade processual. As sanções extraprocessuais, ainda que aplicadas de forma efetiva, não poderiam eliminar a incongruência de que a jurisdição se realizaria mediante um ato ilícito, o que seria inaceitável em um Estado de Direito.

Partindo dessas premissas, Frederico Marques afirma que a liberdade dos meios de prova não significa a obtenção da verdade real a qualquer preço²².

Para estes autores, a ilicitude é um conceito geral do direito, assim como ocorre com os conceitos de “nulidade” ou de “invalidade”. Para sustentar a inadmissibilidade das provas ilícitas em juízo, bastaria observar que ela foi obtida de por meios ilegais, pouco importando se a proibição se encontra em uma norma de natureza processual ou material. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover conclui que “*sempre que a obtenção*

²⁰ O princípio da supremacia da Constituição, em apertada síntese, determina que nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for contrária ao texto constitucional. Esta ideia encontra origem no célebre caso *Marbury vs. Madison*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1803. Sobre este princípio, que já se encontra consolidado na jurisprudência e doutrina de nosso país, entre outros: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação...* Op. Cit., p. 150/161 e SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 18 ed. rev. e atual. Malheiros: São Paulo, 2000, p. 47/48.

²¹ Uma regra de transposição seria uma norma processual proibindo expressamente a admissão das provas vedadas pelas normas de direito material. Um exemplo disso é o art. 191.1 do Código de Processo Penal italiano, que estabelece o seguinte: “*Art. 191 (Prove illegittimamente acquisite) – 1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate.*”

²² V. MARQUES, Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1965, v. II, p. 294.

da prova resultasse em violação de normas jurídicas, o prejudicado teria o direito de pleitear sua inadmissibilidade e sua ineficácia em juízo”²³.

Adotando esta tese, Pietro Nuvolone critica os autores que defendem a produção de provas ilícitas em juízo porque, muito embora o Direito Processual possua autonomia, o ordenamento jurídico não pode ser separado em compartimentos estanques. Por este motivo, os institutos processuais podem receber a sua qualificação (como é o caso de sua ilicitude) também de outros ramos do ordenamento²⁴.

Entre nós, como assevera Luís Roberto Barroso, “a admissibilidade de provas ilícitas chegou a ser questão controvertida na doutrina e na jurisprudência”²⁵. Nada obstante, mesmo antes da atual Constituição, o entendimento predominante dos tribunais pátrios havia se consolidado pela inadmissibilidade plena das provas ilícitas²⁶, com base nas restrições contidas no art. 332 do Código de Processo Civil em vigor²⁷, aplicáveis por analogia também ao processo penal.

Após a Constituição Federal de 1988, a inadmissibilidade em juízo das provas ilicitamente obtidas foi erigida de forma expressa no texto constitucional, de sorte que não haveria mais sentido investigar se a inadmissão de uma prova é sanção de natureza exclusivamente processual ou se poderia ser cominada pela lei material²⁸.

Ainda no campo da inadmissibilidade, uma construção interessante do Supremo Tribunal Federal é a chamada “teoria dos frutos da árvore envenenada” (*fruits of the poisonous tree*), engendrada a partir de julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos. Segundo essa doutrina, também devem ser repudiados todos os efeitos decorrentes de uma prova ilicitamente obtida, ainda que indiretamente produzidos. Por esta teoria, por exemplo, qualquer outra prova que venha a ser descoberta no futuro pela obtenção de uma prova ilícita deve ser também excluída do processo²⁹.

²³ V. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas...* Op. Cit., p. 109.

²⁴ V. NUVOLONE, Pietro. Op. Cit., p. 474: “*A nostro avviso, è la premessa che deve cadere: il diritto processuale ha una sua autonomia, ma l’ordinamento giuridico non è fatto a compartimenti stagni; e quindi gli istituti processuali ricevono la loro qualificazione anche da altri rami dell’ordinamento giuridico.*”

²⁵ V. BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: *habeas data*, direitos constitucionais e as provas ilícitas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 213, jul./set. 1998, p. 159.

²⁶ Neste sentido: STF, RE 85.439-RJ, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, RTJ 84/609; STF, RE 100.094, Rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 110/978; STF, RHC 63.834-SP, Rel. Min. Célio Borja, RTJ 122/47.

²⁷ Art. 332 – Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provas a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

²⁸ V. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas...* Op. Cit., p. 111.

²⁹ Após algumas oscilações, a teoria dos frutos da árvore envenenada foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, pela apertada maioria de um voto, em verdadeiro *leading case* (STF, HC 69.912-RS, Rel. Min.

Apesar da proibição constitucional em termos aparentemente peremptórios, no entanto, a questão ainda está longe de receber uma resposta definitiva. Estabelecida a inadmissibilidade das provas ilícitas na Constituição da República, seria possível ainda promover a sua ponderação com outros direitos fundamentais em casos excepcionais? É a partir dessa questão que se poderá analisar a compatibilidade do art. 257, parágrafo único do Projeto de Lei nº 166/2010 com a Carta Magna.

3.3 O princípio da proporcionalidade e as provas ilícitas

Uma das respostas às possíveis distorções que a teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas poderia provocar em casos extremos é a aplicação do chamado “princípio da proporcionalidade” (em alemão, *Verhältnismässigkeitsprinzip*), construído a partir da experiência dos tribunais alemães.

Na Alemanha, tal como em outros sistemas jurídicos na época, partiu-se de uma postura favorável ao acatamento das provas ilícitas no processo. De início, a doutrina estava dividida quanto à possibilidade de extrair diretamente da ilicitude material da prova a sua inadmissibilidade processual.

Ocorre que a jurisprudência alemã, em especial as cortes ordinárias daquele país, interpretavam a inadmissibilidade da prova ilícita de forma restritiva. De acordo com o sistema das vedações probatórias vigente, em princípio, os destinatários da proibição de produção de provas ilícitas eram apenas os órgãos públicos, não os particulares. Além disso, a legitimidade para pleitear a exclusão da prova ilícita era relativa, por competir apenas ao sujeito passivo do ato ilícito, não já à parte processualmente prejudicada pela admissão desses meios probatórios. Como se isso não bastasse, não se concebia um princípio análogo ao *fruits of the poisonous tree* da Suprema Corte dos Estados Unidos. A doutrina alemã ainda se dividia quanto à circunstância de o impedimento se estender, ou não, às provas indiretamente derivadas de atividades ilícitas³⁰.

Sepúlveda Pertence, DJU 25.03.1994). Após o julgamento desse caso, o STF reafirmou a tese dos frutos da árvore venenosa em outros julgados. Confira-se, por exemplo: STF, HC 73.510-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 12.12.1997 e STF, HC 73.351-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 19.03.1999. A este respeito, ver o estudo de KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. *Revista Ajuris*, São Paulo, n. 66, p. 61-84, mar. 1996.

³⁰ Sobre a evolução da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos na Alemanha, veja-se o estudo de GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas...* Op. Cit., p. 134 e segs.

Progressivamente, esboçou-se uma nova orientação: doutrina e jurisprudência mais recentes passaram a distinguir os conceitos de *Beweisverfahrensverbote*, concebida como uma vedação probatória infraconstitucional e de *Beweisverfolgungsverbote*, como impedimento voltado a preservar a esfera de direitos fundamentais.

Esta distinção apresentou importantes consequências na jurisprudência alemã: no primeiro caso, a infração seguia o esquema tradicional, podendo ser arguida apenas pela parte diretamente interessada contra os agentes públicos; já no segundo caso, por implicar ofensa a valores superiores do ordenamento jurídico, a “inconstitucionalidade” resultava na inadmissibilidade de qualquer prova direta ou indiretamente derivada do ato ilícito, vedação esta dedutível de ofício ou por qualquer interessado³¹.

A distinção entre os dois conceitos apenas foi possível a partir de um esforço de concretização das regras constitucionais, uma vez que a Lei Fundamental de Bonn, ao contrário da Constituição brasileira atual, não apresentava nenhuma vedação expressa à admissibilidade processual de provas ilicitamente obtidas.

Entretanto, para coibir os excessos que poderiam acontecer em casos extremos, o Tribunal Constitucional Federal alemão veio a admitir exceções à inadmissibilidade das provas ilícitas, exemplificando com a legítima defesa e com a tutela de interesses superiores: estas exceções constituem o denominado *Verhältnismässigkeitsprinzip*, ou seja, o princípio de proporcionalidade. De uma forma geral, o Tribunal Constitucional alemão aplicava este princípio sob o fundamento de que, em casos extremos, os direitos fundamentais se contrapunham ao direito à prova e à prestação jurisdicional, que também possuem fundamento constitucional. Por esta razão, a questão deveria ser resolvida pelo sopesamento dos valores fundamentais em jogo.

No Brasil, a doutrina encontra-se dividida entre os que admitem a aplicação do princípio da proporcionalidade e os que a rejeitam, de forma quase absoluta³².

³¹ V. GRINOVER, Ada Pellegrini. Op.Cit., p. 135.

³² Encontram-se entre os que admitem a aplicação do princípio da proporcionalidade em relação às provas ilícitas, entre outros, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Aide, v. IV, t. I, 1999; JÚNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 3 ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 178; MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 205, jul./set. 1996, p. 15, SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 182 e MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 240/259. Por outro lado, entre aqueles que afirmam que a Constituição brasileira rejeitou a ponderação de valores em matéria de provas ilícitas de forma praticamente absoluta, se encontram: BARROSO, Luis Roberto. *A viagem redonda...* Op. Cit., p. 160; CÂMARA, Alexandre

Por sua vez, a jurisprudência tradicional dos tribunais brasileiros, em geral, se mostra refratária à aplicação da proporcionalidade para admitir no processo as provas obtidas por meios ilícitos³³. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal firmou sua posição no *Habeas Corpus* nº 69.912-RS, em cujo voto condutor, de lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, consta a seguinte passagem:

E a Constituição de 1988 explicitou peremptoriamente, no art. 5º, LVI, que ‘são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos’”. No ponto, legem habemus: toda a discussão a respeito terá, no Brasil, sabor puramente acadêmico.³⁴

Todavia, existem também manifestações em sentido contrário na jurisprudência, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

No *Habeas Corpus* nº 3.982-RJ³⁵, discutiu-se a possibilidade de recebimento de uma denúncia baseada essencialmente em interceptações telefônicas, que apuraram a prática de crime de corrupção ativa. O acusado, que já se encontrava preso por um outro crime, havia corrompido funcionários públicos, a fim de poder desfrutar de mordomias na prisão. Na decisão que indeferiu o *habeas corpus*, ficou assentado que a proibição constitucional às provas ilícitas era relativa³⁶:

O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que ‘são inadmissíveis... as provas obtidas por meio ilícito’ não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da

Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 7 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, v. 1, p. 354; GRINOVER, Ada Pellegrini. A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, nº 37, jun. 1992, p. 46 e TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. Cit., p. 220/225.

³³ V., nesse sentido: TJRJ, AI 1802/93, Rel. Des. Semy Glanz, DOERJ 06.10.1994; STJ, REsp 55.156-GO, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 12.12.1994.

³⁴ V. STF, HC 69.912-RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 25.03.1994.

³⁵ V. STJ, HC 3.982-RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU 26.02.1996. Sem embargo, entende-se neste estudo que a aplicação da proporcionalidade no Processo Penal, pelo menos a princípio, não poderia levar à admissão de provas ilícitas em favor da acusação, sob pena de frustrar um bem jurídico relevantíssimo, que é a liberdade corporal do réu. No mesmo sentido: SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 182.

³⁶ No mesmo sentido: STJ, ROMS 6129/95, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 12.08.95.

‘atualização constitucional’ (Verfassungsaktualisierung) base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranquila. Sempre é invocável o princípio da ‘razoabilidade’ (Reasonableness). O princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas (Exclusionary Rule) também lá pede temperamentos.

Em 2002, o Supremo Tribunal Federal decidiu um interessante caso envolvendo o conflito entre o direito à honra e os direitos à intimidade e à integridade física³⁷. A cantora mexicana Glória Trevi engravidou na prisão, sob a custódia da polícia federal, tendo acusado os carcereiros de terem praticado estupro. Quando do nascimento da criança, os policiais solicitaram o exame de DNA, de forma a demonstrar que nenhum deles era o pai da criança e que as acusações eram falsas. O STF deferiu o pedido, entendendo que a invasão da integridade física do menor e de sua mãe era mínima, enquanto os policiais haviam sido acusados publicamente de um crime da maior gravidade.

No campo específico do processo penal, observa-se certa tendência em se admitir a aplicação do princípio da proporcionalidade com relação à produção de provas ilícitas em favor do réu, quando este se apresenta como o único meio de prova que resta para demonstrar a sua inocência. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo já teve a oportunidade de admitir como prova a fita gravada de uma conversa telefônica, sob o fundamento de que “*o direito à intimidade, como de resto todas as demais liberdades públicas, não tem caráter absoluto e pode ceder em confronto com outros direitos fundamentais como, por exemplo, o da ampla defesa.*”³⁸

4. A constitucionalidade do dispositivo em análise

³⁷ V. STF, RCL 2.040-DF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 21.2.2002. Este caso também se encontra relatado em: BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 54.

³⁸ O caso está referido em GRINOVER, Ada Pelegrini *et al.* *As nulidades...*, p. 159/160. Nada obstante, observam os autores que o mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo inadmitiu a produção de prova *pro reo* no processo penal no acórdão publicado em RT 698/344, ao determinar o desentranhamento de cartas obtidas por meios ilícitos e escritas pela vítima, cujo conteúdo poderia denegrir a sua memória.

Como visto, a doutrina e a jurisprudência tradicionalmente conferem três tipos de respostas à questão das provas ilícitas. A primeira alternativa é a sua admissibilidade, sem prejuízo das sanções penais, cíveis e administrativas cabíveis ao infrator, posição está que já está superada, pelo menos no ordenamento jurídico brasileiro. Uma segunda opção consiste na inadmissibilidade de plano dessas provas, o que pode vir a gerar excessos em casos extremos, como na hipótese de prova produzida pelo acusado para demonstrar a sua inocência no processo penal. A terceira resposta possível traduz aquilo que se poderia chamar de “inadmissibilidade mitigada”, segundo a qual a prova ilícita seria vedada no processo, salvo casos excepcionais que envolvam direitos fundamentais em conflito real, a serem sopesados através do princípio da proporcionalidade.

Em síntese, a constitucionalidade do art. 257, parágrafo único do Projeto de Lei nº 166/2010 depende da verificação de ser possível ou não, à luz da Constituição brasileira, adotar a solução da “inadmissibilidade mitigada” para as provas ilícitas no processo civil pátrio. Uma das críticas possíveis contra o dispositivo em questão é que o princípio da proporcionalidade não está previsto em nosso ordenamento jurídico e que, portanto, a proibição constitucional às provas ilícitas não admitiria flexibilizações. No entanto, sem embargo de entendimentos contrários, esta crítica não pode prosperar, na medida em que existem na Constituição princípios implícitos, sendo o princípio da proporcionalidade inferido a partir do devido processo legal substantivo (*substantive due process of law*) e, ainda, do Estado Democrático de Direito³⁹.

Uma outra crítica, esta provida de maior subsistência, afirma que a aplicação do princípio da proporcionalidade poderia ensejar abusos e traria um risco de esvaziamento dos direitos fundamentais protegidos pela Carta Magna, ao torná-los sujeitos a restrições de acordo com o caso concreto. Desta forma, se uma norma constitucional institui uma garantia, sem prever exceções, não poderia o legislador permitir que o juiz flexibilizasse tal proibição, por mais relevantes que fossem os seus motivos⁴⁰.

No tema específico das provas ilícitas, é sintomática a posição de Luís Roberto Barroso, para quem à vista da trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um *sentimento constitucional* consolidado, não seria conveniente nem

³⁹ V. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 109.

⁴⁰ V. SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 143.

oportuno enveredar por flexibilizações arriscadas⁴¹. Nesse mesmo sentido, já se afirmou que a ponderação pode ser nada mais do que uma caixa preta da qual o intérprete extrai qualquer coisa que ele quiser⁴², visto que ela se realiza sem critérios de ordem puramente lógica. Em análise específica do Projeto de Lei nº 166/2010, Gregório Assagra e Luiz Manoel Gomes Jr. sustentam que a regra em discussão poderia ampliar a utilização de expedientes ilícitos para a obtenção da prova⁴³.

Não parece possível, contudo, fugir da ponderação de interesses mesmo no campo das provas ilícitas. Isso porque muitas das normas constitucionais constituem verdadeiros princípios (e não regras⁴⁴), que não comportam uma operação de subsunção direta aos fatos concretos⁴⁵. Afigura-se necessária a mediação concretizadora do intérprete para atribuir eficácia ao conteúdo veiculado em muitas das normas no texto da Constituição⁴⁶. E é neste momento de interpretação que se opera a ponderação de interesses.

Além disso, existem na Constituição outros bens jurídicos igualmente relevantes aos direitos fundamentais preservados pela vedação às provas ilícitas, cuja proteção não pode ser negada no caso concreto. Não se pode colocar esta vedação acima de todo e

⁴¹ V. BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda... Op. Cit., p. 162. Grifos no original.

⁴² Nesse sentido, MURPHY, Walter; FLEMING, James; BARBER, Sotirios *apud* SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 146.

⁴³ V. ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JR., Luiz Manoel. Op. Cit., p. 175.

⁴⁴ As regras e princípios, como espécies de normas jurídicas, se distinguem em vários aspectos, tais como: a) proximidade da ideia de direito e dos valores: os princípios são fundados nas exigências de “justiça” ou na “ideia de direito”, enquanto as regras podem ser normas com conteúdo meramente funcional; b) os princípios são normas que estão na base do ordenamento jurídico e que possuem a capacidade de se concretizar na forma de regras; c) os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida; d) os princípios não possuem normatividade suficiente para simples operações de subsunção e, por isso, dependem de mediações concretizadoras do intérprete, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta e e) as regras agem na lógica do “tudo ou nada” (*all or nothing*), ou seja, eventual conflito será resolvido no plano da validade, o que levará à completa desconsideração de uma das regras conflitantes, enquanto que os princípios possuem uma dimensão desconhecida das regras: a do peso ou da importância, permitindo que eventuais conflitos não sejam resolvidos por simples relações de validade, mas de preponderância. Sobre a distinção entre regras e princípios à luz da doutrina contemporânea v., entre muitos outros: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23 e segs.

⁴⁵ V. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. António Menezes Cordeiro. Lisboa: Caulouste Gulbenkian, 1989, p. 86/87. A subsunção revela uma atividade relativamente simples do intérprete, que pode ser resumida no seguinte esquema: premissa maior (norma), premissa menor (fatos concretos) e conclusão (consequências jurídicas). Nesse sentido: BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns Parâmetros Normativos...* Op. Cit., p. 55.

⁴⁶ Sem embargo de tais considerações, é preciso observar que também as regras demandam uma atuação concretizadora em menor grau de intensidade, principalmente naqueles casos em que a regra possui um sentido vago, caracterizado pela presença de “conceitos jurídicos indeterminados”. Nesse sentido: AVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 215, 1999, p. 161.

qualquer outro valor constitucional (como, por exemplo, o direito de liberdade do réu acusado indevidamente no processo penal), até porque não existe hierarquia entre duas normas constitucionais, pelo menos em termos puramente normativos⁴⁷.

No campo do processo civil, um exemplo excelente de caso excepcional em que seria razoável sustentar a admissibilidade de provas (aparentemente) ilícitas seria uma ação de destituição de poder familiar, em que se alega a prática de abusos contra a criança pelos seus próprios pais. A única prova desse fato relevante são gravações que foram realizadas clandestinamente. Nesta hipótese, parece que o direito de privacidade dos pais deve ceder à dignidade e ao respeito do ser humano em formação⁴⁸.

Em casos excepcionais, por mais paradoxal que possa parecer, a ponderação de interesses é precisamente o que garante a proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição. No entanto, para evitar abusos e subjetivismos judiciais, é preciso de alguma forma promover esta ponderação utilizando critérios minimamente racionais. É indispensável ir além da assertiva, que já se tornou verdadeiro lugar-comum no Direito, segundo a qual não existem valores absolutos na Constituição.

Para que se possa estabelecer um controle racional sobre o processo de ponderação de interesses, é necessário estabelecer condições claras, sem as quais não será possível afastar a ilicitude da prova obtida com violação a qualquer norma jurídica, nem a sua inadmissibilidade processual. Para isto, é necessário ir além da literalidade do texto contido no art. 257, parágrafo único do Projeto de Lei nº 166/2010, concretizando-se o processo de ponderação em sede de provas (aparentemente) ilícitas.

5. Uma proposta de interpretação da norma em discussão

A exposição da proposta aqui apresentada tem início na conceituação tradicional que se faz do princípio da proporcionalidade.

Afirma-se na doutrina que o princípio da proporcionalidade possui uma tríplice dimensão. Com efeito, é comum na doutrina a construção dos chamados *subprincípios da proporcionalidade*: adequação, necessidade (ou vedação do excesso) e, por fim, proporcionalidade em sentido estrito⁴⁹.

⁴⁷ Nesse sentido, v. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação...*, p. 181 e segs.

⁴⁸ O exemplo consta na obra de SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 182.

⁴⁹ Nesse sentido, entre muitos outros: OLIVEIRA, Fábio Corrêa de Souza. *Op. Cit.*, p. 97 e segs.

De modo geral, na esteira desta construção, que tem origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão⁵⁰, o princípio da proporcionalidade exige que um ato seja adequado aos fins que se pretende alcançar (adequação), que seja o menos gravoso possível para atingir a sua finalidade (necessidade) e que traga maiores benefícios do que desvantagens (proporcionalidade em sentido estrito).

Aplicando estes postulados às provas ilícitas, poder-se-ia afirmar que o princípio da proporcionalidade exigiria que esta prova fosse capaz de influir na convicção do julgador, que importasse no mínimo de restrições aos direitos fundamentais em jogo e que se dirigisse à proteção de um bem jurídico de maior valor que aquele que sofreu a compressão no caso concreto (por exemplo: a liberdade do acusado no processo penal, a dignidade da criança na ação de destituição de poder familiar).

Como se pode verificar, a aplicação do princípio da proporcionalidade envolve a proteção de bens jurídicos de maior valor em detrimento a outros de menor relevância⁵¹.

A ideia não é nova, sobretudo no campo do processo penal. Diversos autores⁵², buscando justificar a admissão de provas ilícitas destinada a demonstrar a inocência do acusado, afirmam tratar-se de caso de “legítima defesa” ou de “estado de necessidade”, o que afastaria, em caráter excepcional, a vedação constitucional das provas ilícitas.

⁵⁰ V. o julgado proferido pelo Tribunal Constitucional alemão em 1974 em BVerfGE 30, 292 (316): “O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.”

⁵¹ Não existe hierarquia normativa entre duas normas constitucionais. No entanto, isto não significa que a Constituição empreste a mesma relevância a todos os interesses em conflito. Pelo menos em princípio, no caso de conflito, parece que o direito à privacidade deve ceder, por exemplo, ao direito à vida. Pode-se falar, assim, em uma *hierarquia axiológica* de direitos fundamentais. Sobre a existência de uma hierarquia axiológica na Constituição, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A ordem econômica na Constituição de 1988. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 42, 1990, p. 59. Ainda nesse sentido, cabe observar que na jurisprudência norte-americana se consolidou a doutrina das *preferred freedoms*, atribuindo um peso superior às liberdades individuais (ex: liberdade de expressão, intimidade, etc.) em relação às liberdades econômicas (ex: propriedade, liberdade de contratar), sem que isto signifique que, em toda e qualquer ponderação, as liberdades individuais devam prevalecer. Sobre a doutrina das *preferred freedoms*, confira-se a obra de TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. Mineola: The Foundation Press, 1988, p. 769/784.

⁵² Confira-se, entre outros: AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. Cit., p. 67/68; JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal: estudos e pareceres*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 316; STRECK, Lênio Luiz. *As Intercaptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. 2 ed., rev. e amp. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001, p. 19. Cabe observar que até mesmo autores que se posicionam contrariamente à ponderação de interesses no tema das provas ilícitas admitem que a hipótese do réu inocente no processo penal mereceria maior reflexão. Nesse sentido, confira-se, entre outros: BARROSO, Luis Roberto. A viagem redonda... Op. Cit., p. 162.

A proposta deste estudo consiste em ir mais além das soluções casuísticas, utilizando para isso o instituto do *estado de necessidade processual*.

O que se sustenta aqui é que, preenchidos os requisitos para a configuração do “estado de necessidade processual”, que nada mais é do que uma excludente de ilicitude com específicas consequências processuais, a prova produzida de forma (aparentemente) ilícita deve ser admitida no processo, porque não se aplica a ela a vedação contida no texto constitucional, já que não se trataria, a rigor, de uma ilicitude. Resta apenas saber quais seriam estes requisitos específicos.

Como se sabe, o estado de necessidade, tal como concebido no direito material, consiste em uma das hipóteses de exclusão da ilicitude, cujos requisitos se encontram bem definidos: a) ameaça a direito próprio ou alheio; b) existência de perigo atual e inevitável; c) inexigibilidade de exigir o sacrifício do bem que está ameaçado; d) situação não provocada voluntariamente pelo agente; e) inexistência de dever legal de enfrentar o perigo e f) consciência de agir para evitar lesão a um bem jurídico de maior valor em detrimento de outro de menor valor⁵³.

Para estabelecer as condições necessárias para a ocorrência do chamado “estado de necessidade processual”, é preciso adequar estes requisitos à realidade processual.

Os dois primeiros requisitos (“ameaça a direito próprio ou alheio” e “perigo atual e inevitável”) estão traduzidos no processo pela possibilidade real de formação de um convencimento judicial contrário aos interesses da parte envolvida. Isto quer dizer que, para configurar o “estado de necessidade processual”, é indispensável que a prova não somente seja capaz de simplesmente influenciar o convencimento do juiz, como ainda seja determinante e decisiva para o resultado do processo. Se existir qualquer outro meio de prova lícito que possa conduzir ao mesmo resultado, a prova obtida ou produzida por meio ilícito não poderá ser admitida⁵⁴.

O terceiro requisito (“inexigibilidade de exigir o sacrifício do bem ameaçado”) é, sem dúvida alguma, o que suscita maiores questionamentos. Em síntese, adequando-se este requisito ao direito processual, a prova a ser admitida deverá ter o objetivo de resguardar um bem jurídico de maior relevância em detrimento de um outro interesse de

⁵³ Sobre os requisitos do estado de necessidade material, v. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 177 e JESUS, Damásio de. *Direito Penal: Parte Geral*. 27 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 373/374.

⁵⁴ Nesse mesmo sentido, embora sem fazer a construção aqui apresentada, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 98.

menor valor. No processo penal, pelo menos em princípio, o direito de liberdade do réu se sobrepõe aos valores eventualmente resguardados pela inadmissibilidade de uma prova ilícita. O mesmo não se dá com relação à pretensão punitiva do Estado, pois a atividade persecutória deve se dar sempre através de meios lícitos. A violação a normas jurídicas para acusar o réu seria incompatível com a existência de um Estado de Direito. Por esta razão, não seria possível a produção de provas ilícitas contra o acusado no processo penal, pelo menos em linha de princípio.

Também é por isso que, no campo do processo civil, a configuração do estado de necessidade processual somente seria possível em casos absolutamente excepcionais, como no exemplo já apresentado de defesa da dignidade da criança que está sofrendo abusos de seus próprios pais.

Nada obstante, há que se fazer algumas ponderações de difícil resolução, as quais não é possível responder no presente estudo, dados os seus estreitos limites. Por exemplo, será que o réu acusado injustamente numa ação penal pode chegar ao extremo de produzir provas mediante expedientes condenáveis, como a tortura? Ou a flexibilização apenas se daria com algumas espécies de provas ilícitas, tais como gravações clandestinas? Temos aqui dois interesses que, a princípio, são de igual relevância: a liberdade do acusado e a integridade física da vítima de uma tortura. Qual seria a solução mais adequada neste caso? Talvez a solução mais prudente fosse não admitir a prova produzida, reservando-se o *estado de necessidade processual* para aqueles casos em que o direito fundamental a ser tutelado pela produção de uma prova supostamente ilícita seja manifestamente superior em termos de relevância axiológica ao direito relativizado.

O quarto requisito (“situação não voluntariamente provocada pelo agente”) é de difícil configuração na prática processual. De qualquer forma, o que se quer dizer aqui é que não seria possível admitir as provas ilícitas, caso se verifique que foi o próprio interessado na sua produção quem impossibilitou a produção de outras provas lícitas que poderiam ser decisivas para a formação do convencimento favorável do juiz. Trata-se de consequência do princípio da lealdade processual no campo das provas ilícitas.

O quinto requisito do estado de necessidade (“inexistência de dever legal de enfrentar o perigo”) é impertinente com a realidade processual. Não há como imaginar

que alguém tenha o dever de ser preso injustamente no processo penal ou de ver formado contra si um convencimento judicial contrário a seus interesses.

Por fim, a última condição (“consciência de agir para evitar lesão a bem jurídico de maior valor”) também não pode ser exigida da parte interessada na admissão da prova supostamente ilícita. É que a decisão de admitir ou não provas obtidas mediante violação a normas jurídicas caberá exclusivamente ao juiz. É o julgador, portanto, que terá que possuir esta consciência de preservar os interesses de maior relevância no caso concreto, em detrimento a bens jurídicos de menor importância. Tal consciência do julgador em preservar bens de maior relevância, todavia, se encontra implícita no terceiro requisito (inexigibilidade de exigir o sacrifício do bem jurídico ameaçado). Dessa forma, a última condição acaba perdendo a sua razão de ser na seara processual.

Assim, para a configuração do estado de necessidade processual, que permitirá a admissão, em caráter excepcional, das provas ilícitas no processo civil, nos termos do art. 257, parágrafo único do Projeto de Lei nº 166/2010, é necessário que estejam preenchidas as seguintes condições mínimas e indispensáveis:

- a) possibilidade real e efetiva de formação de um convencimento judicial contrário aos interesses da parte interessada na admissão da prova;
- b) existência de prova obtida mediante violação a normas jurídicas cujo conteúdo seja decisivo para o resultado do processo;
- c) sopesamento de bens jurídicos envolvidos no processo, cujo resultado final seja favorável à admissão da prova questionada;
- d) inexistência de conduta voluntária da parte que tenha impossibilitado a produção de outras provas lícitas e decisivas em seu favor.

A proposta do *estado de necessidade processual* aqui apresentada decorre de uma leitura sistemática de todo o ordenamento jurídico.

Em outras palavras, assim como ocorre com o estado de necessidade tradicional no direito material, sustenta-se aqui que o chamado *estado de necessidade processual* é uma excludente de ilicitude com efeitos processuais. Logo, atendidos os seus requisitos mínimos e necessários, a prova produzida em tais condições é apenas *aparentemente* ilícita. Consequentemente, inadmitir toda e qualquer prova obtida mediante violação a normas jurídicas, ainda que se verifique estar configurado este “estado de necessidade

processual”, implicaria em rejeitar a utilização de *provas lícitas*⁵⁵ no processo, violando o direito à prova, também constitucionalmente assegurado⁵⁶.

Advirta-se, porém, que o estado de necessidade processual apenas se configura em hipóteses absolutamente excepcionais. A regra para a generalidade dos casos, como não poderia deixar de ser diante da vedação na Constituição Federal, foi e sempre será a inadmissibilidade das provas obtidas mediante violação a normas jurídicas.

6. Considerações finais

Como exposto ao longo deste estudo, a norma contida no art. 257, parágrafo único do Projeto de Lei nº 166/2010, sem embargo de posicionamentos contrários na doutrina, é plenamente compatível com a Constituição Federal. O dispositivo em análise reconhece que a inadmissibilidade peremptória das provas ilícitas poderia ocasionar soluções indesejáveis em hipóteses excepcionais, abrindo espaço para a aplicação do princípio da proporcionalidade quando em jogo direitos fundamentais relevantes.

Nada obstante, a utilização do princípio da proporcionalidade em matéria de provas ilícitas poderia ensejar a prática de abusos e esvaziar direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal. Para diminuir esses riscos, é recomendável que a ponderação contemplada no dispositivo em análise envolva a utilização de critérios mais ou menos lógicos, minimamente racionais, para que se possa realizar um controle objetivo sobre as decisões judiciais que enfrentarem este tema tão sensível.

A proposta do presente estudo é densificar a ponderação de interesses no campo das provas ilícitas através do chamado *estado de necessidade processual*. Partindo dos

⁵⁵ Nesse sentido, reconhecendo a existência de excludentes de ilicitude que possibilitam a admissão de provas aparentemente ilícitas, há precedente no Supremo Tribunal Federal: “Habeas corpus. *Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. - Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -*, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). Habeas corpus indeferido.” (STF, HC 74.678-SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 16.08.1997)

⁵⁶ O direito à prova pode ser entendido, entre outros aspectos, como o direito à admissão e produção dos meios de prova, típicos e atípicos, pertinentes e relevantes e a proibição de limitações probatórias que imponham obstáculos não razoáveis à demonstração dos fatos relevantes para o processo. Nesse sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini. O direito à prova e a garantia do duplo grau de jurisdição. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 326 e CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 137.

requisitos próprios do estado de necessidade no direito material, chegou-se à conclusão de que a prova (aparentemente) ilícita somente poderia ser admitida no processo em casos excepcionais, desde que preenchidos os seguintes requisitos: a) possibilidade real e efetiva de formação de convencimento judicial contrário à parte interessada na admissão da prova; b) existência de uma prova obtida mediante violação a normas jurídicas, cujo conteúdo seja decisivo para o processo; c) sopesamento de bens jurídicos em jogo cujo resultado final seja favorável à admissão da prova obtida por violação a normas jurídicas; d) inexistência de conduta da parte interessada que tenha impossibilitado a produção de outras provas lícitas e decisivas em seu favor.

7. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JR., Luiz Manoel. *Um Novo Código de Processo Civil para o Brasil*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Aide, v. IV, t. I, 1999.

AVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 215, 1999.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 213, jul./set. 1998.

_____ (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 7 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, v. I.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. António Menezes Cordeiro. Lisboa: Caulouste Gulbenkian, 1989.

CINTRA, Antônio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: A. Giuffrè, 1963.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECHANDÍA, Hernán Devís. *Teoría general de la prueba judicial*. Medellín: Diké, 1987, t 1.

FLORES, Thompson. Os meios moralmente legítimos de prova. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, nº 97, 1988.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 3 ed. São Paulo, Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O direito à prova e a garantia do duplo grau de jurisdição. In: *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 37, jun. 1992.

_____. *Liberdades públicas e processo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal: estudos e pareceres*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal: Parte Geral*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1.

KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. *Revista Ajuris*, São Paulo, n. 66, p. 61-84, mar. 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC – críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 98.

MARQUES, Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1965, v. II.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1.

MIRANDA, Francisco Pontes de. *Direito de família*. 2 ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1939, t. I.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 205, jul./set. 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A ordem econômica na Constituição de 1988. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 42, p. 57-68, 1990.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. *Rivista di diritto processuale*, Padova, Volume XXI (II Serie), 1966.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 18 ed. rev. e atual. Malheiros: São Paulo, 2000.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. 2 ed. rev. e amp. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de Processo Penal*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 3.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. III.

TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. Mineola: The Foundation Press, 1988.