



Escola De Magistratura Do Estado Do Rio De Janeiro

Admissibilidade de Provas Ilícitas no Processo Civil e o Princípio da Proporcionalidade

Ana Flávia dos Santos Rigoto Ferreira

Rio de Janeiro
2014

ANA FLÁVIA DOS SANTOS RIGOTO FERREIRA

Admissibilidade de Provas Ilícitas no Processo Civil e o Princípio da Proporcionalidade

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Processual Civil
Professor Orientador: Maria de Fátima São Pedro.

Rio de Janeiro
2014

ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO CIVIL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Ana Flávia dos Santos Rigoto Ferreira

Graduada em Direito pela Unilasalle – RJ

Resumo: A atividade probatória ao longo da evolução da atividade jurisdicional tornou-se fundamental e imprescindível para resolução dos conflitos. Contudo há diversas discussões quanto a possibilidade da utilização de provas ilícitas no processo civil. Por outro lado, o que se demonstra nesse trabalho é a possibilidade de utilização de provas ilícitas principalmente quando estas forem a única forma de se demonstrar a verdade.

Palavras – chave: Direitos fundamentais. Princípio da proporcionalidade. Prova ilícita. Admissibilidade.

Sumário: Introdução. 1. O direito probatório e a relativização das garantias e direitos fundamentais. 2. O princípio da proporcionalidade. 3. Prova Ilícita no processo civil e a constituição federal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico aborda a possibilidade ou não da utilização de provas ilícitas, no processo civil brasileiro, haja vista que tais provas podem demonstrar a veracidade dos fatos que são apresentados em juízo, principalmente quando a prova ilícita for a única medida para que seja demonstrada a verdade, realizando, assim, uma atividade de relativização entres aqueles direitos e garantias individuais que são colocados em conflito.

1. O DIREITO PROBATÓRIO E A RELATIVIZAÇÃO DAS GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais constitucionais configuram um dos objetos protegidos pelo constituinte de 1988, que buscou elevar ao máximo a importância de tais institutos. Entretanto, é inegável que as próprias garantias possuem limites na sua plenitude, não podendo ser usadas como fundamento para arguições contrárias ao ordenamento jurídico ou mesmo como pressupostos absolutos.

Uma sentença é fruto de uma construção jurídica que contém diversos elementos, tanto no âmbito do direito material, quanto do direito processual. Antes de solucionar uma lide, cabe ao magistrado formar sua convicção através dos elementos probatórios trazidos ao litígio para assim decidir a respeito de pretensões que colidem perante o ordenamento jurídico. Para tal, é imprescindível a produção de provas.

Neste sentido, as provas somente serão produzidas se for exercido o direito de ação, expressamente previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. Trata-se então da busca pela verdade real para formação do convencimento do magistrado na prestação jurisdicional, através de um direito constitucional fundamental.

Fato é que a produção da prova, como um desenvolvimento do direito de ação não é atividade ilimitada, transgressível e absoluta. Os direitos fundamentais e garantias constitucionais são limitados pelo próprio ordenamento jurídico. Nenhum direito absoluto, por mais que seja inerente ao homem e ao cidadão, pode ser sobrepujante a toda e qualquer sistemática jurídica.

No caso da produção probatória, esta atividade é limitada pela impossibilidade da admissão de uma prova produzida de forma ilícita, conforme preconiza o art.5º, inciso LVI da

CF, apesar do próprio direito à ação - por conseguinte direito à produção de provas – ser uma garantia abarcada no texto constitucional.

Conforme preconiza Alexandre de Moraes¹:

Os direitos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal de criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

A Constituição de 1988 foi fruto direto da ausência e necessidade de garantias e direitos fundamentais, amplamente desrespeitados no período histórico de um governo de exceção, anterior ao texto constitucional. Com seu advento, consagrou no seu artigo 5º, os direitos e garantias fundamentais como norte do ordenamento jurídico brasileiro, preconizando valores morais e comportamentais, dentro escopo de garantias , a partir da essência destas, com objetivo explícito de resguardar e respeitar o interesse público e a coletividade.

A partir disto, a vida, a segurança, a intimidade, a privacidade, a propriedade, tornaram-se direitos de proteção preponderante, sem os quais nenhuma outra garantia teria eficácia caso não fossem respeitados os fundamentos do art. 5º, *caput* da Constituição Federal.

As vigentes regras do art. 5º encontram sua limitação em si própria. Na forma do art. 5º, inciso LVI, é expressamente vedada a produção probatória que resulte em uma prova ilícita, sendo esta uma determinação constitucional. Este diploma legal determina por ser inadmissível em um processo judicial a prova obtida por meio ilícito. Trata-se de uma garantia constitucional, cujo objetivo é exatamente proteger diversos dos direitos fundamentais do homem, como a privacidade, o inviolabilidade do domicílio, assim como outros.

¹ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005 p. 47

No entanto, - e neste ponto emerge a temática central do estudo – em algumas situações os direitos fundamentais terão de ser sopesados frente à frente, já que é notoriamente possível a existência de colisão entre os mesmo. No momento em que o exercício de um direito por parte de um titular colide com o exercício de uma garantia fundamental inerente a outro indivíduo, há a ocorrência tal conflito.

Deste modo, a inadmissibilidade de provas ilícitas não é, portanto, um pressuposto absoluto, muito menos imutável, quando colocado em situação de conflito com outro preceito constitucionalmente protegido.

Assim, como a produção probatória, fruto do direito de ação encontra sua limitação na própria regra da vedação à admissão de uma prova ilícita, esta, por sua vez, quando diante de outra garantia constitucional capaz de constituir um conflito de bens jurídicos passível de argumentação e ponderação, pode sofrer uma relativização quanto aos seus efeitos. Seja a liberdade, a intimidade ou a própria inadmissão probatória ilícita, todas as garantias fundamentais podem ser devidamente relativizadas.

Sobre a dinâmica da colisão entre direitos fundamentais, Wilson Antônio Steinmetz ² leciona:

Há colisão de direitos fundamentais quando, in concreto, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular, podendo tratar-se de direitos idênticos ou de direitos diferentes; podendo, ainda, ser direito fundamental individual versus direito fundamental individual ou direito fundamental individual versus direito coletivo fundamental.

A grande problemática desta desproporção perfaz-se, então em saber como solucionar o conflito de bens, quando ambos são essencialmente fundamentais e constitucionais, harmônico e isentos de hierarquia, principalmente quando o direito à

² STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 139

produção probatória confronta-se, contaminada pela sua ilicitude em determinados casos, com outro direito fundamental, seja a intimidade, a inviolabilidade ou privacidade, por exemplo.

A garantia da não aceitação de uma prova obtida ilicitamente em confronto com uma garantia fundamental, como por exemplo, a intimidade, prevista na Constituição Federal, pode atingir um bem jurídico de tal forma que em alguns momentos a própria decisão judicial torne-se injusta.

Assim sendo, caso exista algum bem jurídico mais importante a ser protegido do que a própria norma que inadmite o uso de uma prova ilícita,, se entende por ser mais necessário e adequado, em determinadas situações obstaculizar os efeitos de uma das vertentes fundamentais em conflito, desde que de forma proporcional.

Neste ponto, a garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas não pode ser considerada absoluta, já que é capaz de atingir e ofender a outro princípio e bem jurídico que também constituem alvo de proteção constitucional.

Desta forma, a rigidez na aplicabilidade de uma garantia constitucional não pode configurar uma sistemática imutável do ordenamento jurídico.

2. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade não possui um valor maior ou menos importante do que outro princípio. Sua finalidade precípua é solucionar conflito, através do sopesamento dos direitos fundamentais em choque, convergindo para uma solução que respeite em máxima instância os interesses em conflito.

A origem e o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade surgem como evolução das garantias individuais. Desde a Antiguidade clássica, assim como no campo da

moral já era presente o entendimento do ideal da proporcionalidade como forma de harmonizar as relações humanas dentro de um ordenamento comportamental. Destarte, o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade encontra-se intrinsecamente ligados à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana.

Segundo Rezek Neto³, sobre a origem do princípio:

O princípio da proporcionalidade teve seu início acompanhado da história de defesa dos Direitos Humanos, onde destaca-se a passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, no intuito de estabelecer uma limitação do poder de coação do monarca para a garantia da integridade física e moral dos indivíduos que estavam sob sua dominação. Portanto, a liberdade individual pode ser citada em face dos direitos da administração como sendo o nascimento da idéia do Princípio da Proporcionalidade, decorrendo daí o pensamento de que o Estado deveria respeitar os direitos do cidadão (...)

No caso da relativização da regra que preza a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos, através da exímia incidência da proporcionalidade, em casos excepcionais haverá sobrepujança de outra garantia constitucional, em detrimento desta vedação probatória, em função da importância dos bens jurídicos em conflito, perante o caso concreto.

O significado é evitar casos de injustiça ou inércia na proteção de um bem jurídico cuja importância deveria ser incontestável. Esse quadro demonstra perfeitamente que nenhuma garantia constitucional pode ser considerada absoluta.

Ainda quanto à relativização da norma contida no art. 5º, LVI da Constituição, ensina Alexandre de Moraes⁴:

Salienta-se, porém, que a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Essa atenuação prevê, com base no Princípio da Proporcionalidade, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o

³ REZEK NETO, Chade. *O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 16.

⁴ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 112.

direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo de permitir-se a sua utilização

Certamente, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado com cautelas e em situações de excepcionalidade.

Vale ressaltar que, parte dos pesquisadores, consideram o uso do princípio da proporcionalidade como repugnante, sob o argumento de que o sopesamento dos bens em conflitos seria alvo de manipulação ou falta de objetividade quando de sua aplicação e reiteração de práticas ilícitas. Alguns autores enfatizam o excesso de subjetivismo do magistrado diante do caso concreto.

Assim, para que possa ser utilizada a proporcionalidade *pro societate* deve-se dispor de regras bem definidas, para que o Estado e o Juiz não se tornem transigentes em nome da proteção da própria sociedade, objeto de sua tutela.

Por outro lado, a sociedade não pode deixar de ser defendida em casos em que somente o emprego de uma prova considerada ilícita possa ser mobilizada e capaz de prezar por uma decisão estritamente justa. É necessário que seja feita a melhor justiça para o caso concreto.

Neste contexto, a sua funcionalidade da aplicação das provas ilícitas no processo consiste, basicamente, em uma aferição de qual princípio e bem jurídico tem maior peso, para viabilizar uma conclusão sobre a proibição ou não de uma prova em juízo capaz de revelar qual bem jurídico em conflito deve ser sobrepujado.

3. PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO CÍVIL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A prova ilícita é aquela que viola regra de direito material, constitucional ou legal, no momento de sua obtenção, a qual, de qualquer modo, sempre se dá fora do processo sendo, por conseguinte, sempre extraprocessual, ou seja, é aquela violadora de regras de caráter

material ou que viole a Constituição, no momento de sua produção, seja anterior ou de maneira conjunta ao processo.

A grande peculiaridade desta é a imprescindibilidade de que seja produzida fora do processo, para assim ser considerada ilícita. Trata-se então de uma modalidade externa ao processo.

No caso concreto, seriam os casos em que houvesse violação de garantias fundamentais explícitas no art. 5º da Constituição Federal: intimidade, dignidade, privacidade. Consiste exatamente em provas que violam liberdades individuais. No que se pese a regularidade, as provas ilícitas são obtidas com violação de domicílio ou ao sigilo das comunicações telefônicas, sem ordem judicial, por exemplo. São situações em que o ato não teria como ser repetido, o que traria a vedação absoluta da prova.

Como já exposto, a prova é notoriamente relevante no processo judicial, é considerada fundamental, fruto direto do princípio devido processo legal, do direito de ação e de defesa, contribuindo, diretamente, para a formação do convencimento do magistrado diante do litígio, possuindo as partes litigantes ampla liberdade na sua produção.

Frente ao procedimento processual civil, a parte tem direito a liberdade de produção probatória, visando primordialmente o convencimento do magistrado diante do que lhe é apresentado como composição da lide processual. Desta forma, as partes tendem a utilizar-se de todos os meios de provas previstos, ou não, no ordenamento jurídico.

Diante disso, foi papel da Constituição Federal de 1988, prever expressamente, no seu artigo 5º, inciso LVI, como princípio constitucional a vedação da admissibilidade de provas produzidas por meios ilícitos, sendo esta regra inserida no rol de garantias e direitos fundamentais. A Carta Magna considera inadmissível a produção em juízo, ou perante qualquer instância de poder, de provas obtidas ilicitamente, sob pena de ofensa à garantia constitucional.

Certamente, a prova ilícita é inócua quanto à sua aptidão jurídica. Todavia, a questão das provas ilícitas no ordenamento jurídico é um precursor de controvérsias no universo jurídico, mesmo antes de ter sido regulamentado pela Constituição Federal ou mesmo antes da concretização e vigência da Lei 11.690 / 08.

Tanto a Constituição Federal, quanto o diploma normativo processual manifestaram-se frente à importância da atividade probatória no processo. A necessidade de produzir provas, sobretudo no que concerne a liberdade da atividade probatória, em algumas ocasiões poderia atingir o limite de sua própria legalidade.

Assim, excepcionalmente, algumas provas no decorrer da atividade probatória acabam por serem elucidadas e trazidas ao processo, contaminadas pela ilicitude em sua atividade de produção, atingindo diretamente os preceitos garantidores da Constituição Federal. Ademais, o processo acaba por viciado pela prova ilícita, mesmo que haja a comprovação de autoria e materialidade ou até mesmo a exclusão de determinados fatos alegados.

Há quem entenda por ser absolutamente inadmissível a utilização de uma prova ilícita como integradora de um litígio processo. Somado a estes posicionamentos, há uma posição específica que admitiria o uso de provas ilícitas, mesmo em favor da sociedade, em casos excepcionais, como forma de acusação, também com fulcro direto no princípio da proporcionalidade e sopesamento dos direitos fundamentais em conflito, buscando sempre a equalização, diante de um caso concreto que demande a relativização dos bens jurídicos em colisão. Vale salientar que este posicionamento, cuja aceitação não é majoritária.

CONCLUSÃO

Após o desenvolvimento do presente artigo, percebe-se que a Constituição de 1988 expressou, notoriamente, no art. 5º, um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, os

quais são fruto direto de um processo de evolução do pensamento humano, elevados à categoria de princípios constitucionais, devendo ser tutelados e respeitados tanto pelo poder público quanto pelos próprios indivíduos.

Dentre estes, consagrou-se o direito à prova, concretizado nos princípios do contraditório, da ampla defesa e do próprio direito de ação, já que não teria eficácia para as partes que compõem a lide o direito de levar suas pretensões ao judiciário se a elas não fosse dada à possibilidade de provar, através dos meios admitidos, todas as suas matérias de fato.

Nessa sistemática, a finalidade precípua das partes no processo é convencer o magistrado das suas pretensões, através da utilização das provas para alcançar tal objetivo, sendo a atividade probatória um segmento de grande essencialidade para a atividade jurisdicional.

Diante de todo o exposto, resta evidente que a prova ilícita não é algo estranho e totalmente repugnado pela jurisprudência brasileira ou pela doutrina reconhecida, sendo possível concluir que em casos excepcionais, a aplicação do princípio da proporcionalidade é essencial, pois o próprio artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal não pode ser considerado na sua face absolutista, diante da necessidade precípua de proteger a parte quando o direito desta é de maior preponderância do que o próprio direito violado por meio da obtenção da prova.

Entretanto, o direito à prova, como todos os demais direitos e garantias fundamentais não são absolutos e ilimitados, sendo passíveis de restrições e limitações. Trata-se da relativização dos direitos fundamentais. Fato é que o próprio texto constitucional consagrou uma limitação a atividade probatória, quando previu como garantia fundamental do indivíduo a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo, com plena pertinência. A vedação das provas ilícitas tem o escopo de proteger outros direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Por outro lado, a prova obtida ilicitamente, produzida com o desrespeito a outros direitos e garantias fundamentais, apesar de ter sua utilização vedada, em certos casos é juntada no processo civil, sendo a única a demonstrar a realidade, na prática é de extrema relevância a equalização da prova obtida ilicitamente, quando em confronto com outro direito fundamental. Diz-se equalização, na medida em que através de um sopesamento entre bens jurídicos, a admissibilidade de uma prova fadada à ilicitude, pode em determinados casos resguardar um bem jurídico mais relevante do que a aplicação absoluta da norma do art. 5º, LVI da Carta Magna.

Destarte, constatou-se que o posicionamento majoritário é pela admissibilidade da prova ilícita no processo civil, com fundamento no princípio da proporcionalidade, pois se uma prova for obtida ilicitamente e for levada ao processo há colisão entre direitos e princípios fundamentais.

Em uma esfera existe a possibilidade de admiti-la em nome dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, princípio da busca da verdade real.

Neste mesmo sentido, existe a possibilidade, ainda, da aplicação do princípio da proporcionalidade em favor da própria sociedade, com fundamento direto na possibilidade de resguardar-se um bem jurídico estritamente mais relevante, em nome de uma decisão mais justa e garantidora, sopesando-se os bens jurídicos e admitindo então a utilização de uma prova obtida por meios ilícitos.

Assim, fica demonstrado que a prova ilícita, com base no princípio proporcionalidade, pode ser admitida para evitar casos de injustiça ou inércia na proteção de um bem jurídico cuja importância deveria ser incontestável.

Portanto, fundamentado nesse terreno é que prevalecem os preceitos trazidos pelo princípio da proporcionalidade, em casos excepcionais, bem como em nome da tutela coletiva

em que incidem às normas, justificando, assim, o uso de provas obtidas por meios ilícitos no direito processual civil.

REFERÊNCIAS

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Direito constitucional*. 23° ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1° ao 5° da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

REZEK NETO, Chade. *O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.