

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ

JONATHAN BARROS VITA

HELENA COLODETTI GONÇALVES SILVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Anna Candida da Cunha Ferraz, Jonathan Barros Vita, Helena Colodetti
Gonçalves Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-115-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias
Fundamentais. 3. Realismo jurídico. I. Congresso Nacional do CONPEDI -
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O XXI Congresso Nacional do CONPEDI Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito foi realizado em Minas Gerais entre os dias 11 a 14 de novembro de 2015 e teve como temática geral: Direito e política: da vulnerabilidade à sustentabilidade.

Este encontro manteve a tradição do CONPEDI em produzir uma reflexão crítica a respeito das pesquisas científicas desenvolvidas nos mais variados programas de pós-graduação, cujo fórum por excelência no evento são os grupos de trabalho.

Contextualmente, o grupo de trabalho cujo livro cabe prefaciara aqui é o de tema Direitos e Garantias Fundamentais II, que reuniu trabalhos de grande qualidade e exposições efetivamente instigantes a respeito das mais variadas matizes do tema geral.

Para organizar o fluxo de informações trazidas por estes artigos, quatro grandes eixos temáticos foram traçados para subdividir tal obra:

Direitos das minorias;

Liberdade de expressão e informação;

Dogmática jurídica, processo e judiciário; e

Políticas públicas e governamentais e direitos reflexos.

O primeiro destes eixos, compreende os artigos de 2, 5, 8, 13, 22, 23, 25, 26 e 27 da coletânea e demonstra como o empoderamento das minorias é um dos temas jurídicos da contemporaneidade.

O segundo destes eixos, compreende os artigos de 4, 7, 12, 14, 18, 20, 24, 30 da coletânea e lida com plataformas teóricas distintas para dar acesso a duas liberdades fundamentais e completamente imbrincadas entre si, o acesso à informação e a liberdade de expressão.

O terceiro destes eixos, compreende os artigos de 1, 9, 16, 17, 19, 21 e 28 da coletânea e está ligado à dogmática jurídica e a temas vinculados ao judiciário, incluindo o processo, temas estes que garantem a forma de acesso coercitivo aos direitos fundamentais.

O quarto e último destes eixos, compreende os artigos 3, 6, 10, 11, 15 e 29 da coletânea e dialoga, em vários níveis, com as possíveis ações governamentais, do ponto de vista atuativo ou regulatório (especialmente no campo do direito do trabalho) para garantir as ações públicas de preservação de direitos e garantias fundamentais.

Obviamente, estas notas sintéticas aos artigos selecionados para publicação neste grupo de trabalho não conseguem demonstrar a complexidade dos mesmos, nem do ponto de vista de variadas abordagens metodológicas utilizadas ou, mesmo, da profundidade de pesquisa.

Esses artigos, portanto, são a concretização do grau de interesse no tema desta obra e demonstra quão instigante e multifacetadas podem ser as abordagens dos direitos e garantias fundamentais.

Conclusivamente, ressalta-se que é um prazer organizar e apresentar esta obra que, sem dúvida, já colabora para o estímulo e divulgação de novas pesquisas no Brasil, função tão bem exercida pelo CONPEDI e seus realizadores, parceiros e patrocinadores que permitiram o sucesso do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2015

Organizadores:

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita UNIMAR

Profa. Dra. Helena Colodetti Gonçalves Silveira FUMEC

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO: APONTAMENTOS ACERCA DAS PROVAS ILÍCITAS E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

CONSTITUTIONALISATION OF PROCESS: NOTES ABOUT THE ILLEGAL EVIDENCE AND THE DUE PROCESS OF LAW

**Catarina Gordiano Paes Henriques
Elias Canal Freitas**

Resumo

A inadmissibilidade das provas ilícitas configura-se numa importante nuance do devido processo legal e a Constituição Federal de 1988 representou um avanço para a defesa desse e dos demais direitos e garantias fundamentais. Nessa linha, este artigo explanará a possível diferença entre as provas ilícitas e ilegítimas, seguindo-se com a análise da Constituição para a defesa do devido processo legal. Também será feita uma demonstração da influência do direito norte-americano no tratamento das provas ilícitas, bem como uma análise das provas ilícitas nos âmbitos civil e penal, passando por uma exibição hipotética dos argumentos contra e a favor de tais provas no processo. Por fim, serão analisados casos concretos.

Palavras-chave: Constitucionalização do processo, Devido processo legal, Provas ilícitas

Abstract/Resumen/Résumé

The inadmissibility of illegal evidence sets up an important nuance of due process and the 1988 Federal Constitution represented a breakthrough for the defense of this and other fundamental rights and guarantees. This paper will analyze the possible difference between illegal and illegitimate evidence, followed by the analysis of the Constitution for the protection of due process. It will also be a demonstration of the possible influence of US law in the treatment of illegal evidence, as well as an analysis of illegal evidence in civil and criminal areas, through a hypothetical view of the arguments against and in favor of such evidence in the process. Finally, individual cases will be analyzed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Brazils constitutional process, Due process of law, Illegal evidences

O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 representou um grande avanço para os direitos e garantias fundamentais ao prever um sistema de proteções contra as violações desses direitos e garantias. E a inadmissibilidade das provas ilícitas configura-se numa importante faceta garantista do devido processo legal, vez que não é permitida a inserção processual daquelas provas que porventura tenham sido obtidas com infringência ao direito material ou ao direito processual.

A mácula pode estar presente na violação de direitos fundamentais, como intimidade, vida privada, integridade física, sigilo telefônico etc. Assim, uma vez detectada a presença de uma prova ilícita, deve-se determinar o seu imediato desentranhamento dos autos, avaliando-se a possível contaminação de outras provas que dela derivam. A ilicitude de uma prova, entretanto, não geraria a nulidade do processo como um todo.

Em que pese seja esse o entendimento consolidado nos tribunais superiores, os autores divergem quanto à admissibilidade das provas ilícitas, tendo o presente artigo o escopo de apresentar os posicionamentos divergentes na tentativa de se chegar a um consenso.

A decisão judicial acerca de determinado processo passa pela análise das versões apresentadas em juízo, tendo a prova um papel fundamental nesse cenário. Além de buscar o convencimento do juiz, a parte não pode se atrelar apenas à satisfação dos seus interesses privados, deve respeitar a inviolabilidade das garantias fundamentais previstas na Constituição.

As análises acima serão aprofundadas neste artigo, que também apresentará o conceito e as diferenças entre as provas ilícitas e ilegítimas, seguindo-se com o papel da Constituição na defesa do devido processo legal. Também será feita uma breve demonstração da possível influência do direito norte-americano no tratamento das provas ilícitas, bem como uma análise do tratamento das provas ilícitas no processo civil e no processo penal, passando-se pela exibição dos argumentos contra e a favor de tais provas no processo. Por fim, serão analisados casos concretos, com uma análise crítica.

1. PECULIARIDADES DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

A prova é o meio pelo qual cada parte tenta convencer o juiz acerca da veracidade da sua pretensão, com vistas a obter uma decisão favorável. As provas podem ser classificadas objetiva e subjetivamente, de acordo com o entendimento de Theodoro Jr. (2004). Para o

autor, a objetividade se refere à veracidade das alegações através das quais as partes tentam convencer o juiz sobre a existência de determinado fato. A subjetividade, por sua vez, refere-se à certeza originada no juiz no que tange às alegações das partes; seria o próprio convencimento do juiz.

Grande parte da doutrina tradicional dá à prova a função de reconstrução dos fatos para a descoberta da verdade real. Pela perspectiva retórica, esse entendimento não pode prosperar, visto que a verdade real é mais do que inalcançável, é uma inocência epistemológica e ontológica. As provas reconstituem os rastros deixados pelo caminho (CARNELUTTI, 1982) e nada mais. Não representam mais do que algo a embasar o convencimento do juiz.

Esclarece Khaled (2009), que essa questão da verdade real foi trazida pela ciência moderna, que criou premissas e métodos vinculados a uma verdade totalizante. O conhecimento foi tido como absoluto, cabal, universal e eterno. As premissas que embasaram essa concepção de ciência e que serviram como pressupostos para o direito estão estruturadas na experimentação, objetividade, neutralidade e generalização. Essas premissas se complementam e demarcam o conhecimento científico. A experimentação trouxe a primazia da técnica; a objetividade sustentou o discurso da neutralidade do cientista assim como a do juiz. E o conhecimento do direito buscou se aproximar desse paradigma se nomeando ciência.

Para Foucault (2002), a verdade não existe fora do poder ou sem poder. Então, é através da justificação e da legitimidade que as verdades são estabelecidas e pode-se controlar os meios de dizê-las. A verdade nasce a partir de esquemas e relações de dominação, de forma que as relações de força conferem poder a determinados discursos, no caso a ciência, fazendo com que a verdade corresponda a um determinado conjunto das regras segundo as quais se distingue o verdadeiro do falso e se atribui ao verdadeiro efeitos específicos de poder.

A forma de aproximação do direito ao paradigma da verdade real foi através do positivismo jurídico exegético enquanto ferramenta de coerção social com base na simplificação da complexidade, na anulação da atividade interpretativa do juiz, na universalidade legislativa e na função normativa e uniformizadora da codificação.

Em densos apontamentos acerca do desenvolvimento da dogmática jurídica, João Mauricio Adeodato (2011, p. 61) entende que autorreferência, formalização e procedimentalização do direito são as soluções apresentadas pela modernidade diante da pulverização ética e do aumento da complexidade social. Por isso conclui que “justa (correta, eticamente verdadeira) não é mais esta ou aquela escolha ética, mas sim o que quer que uma

autoridade competente e um rito adequado decidam, de acordo com regras fixadas pelo próprio direito positivo”.

Nessa linha, argumenta que dentro desse cenário, é importante discernir as correntes ontológicas das retóricas, ou seja, separar o dualismo entre as teses “esta é a verdade” e “não creio em qualquer verdade”. Chega-se ao ponto de questionar, afinal, “se é possível um conhecimento certo e verdadeiro do mundo, ou se o ser humano está condenado a se contentar com meras opiniões” (2009, p. 5).

Assim, considera a verdade como objeto da filosofia essencialista, ao passo que o consenso é o objeto da filosofia retórica.¹ Nessa perspectiva, a prova jamais vai reconstituir a verdade dos fatos no processo, servindo apenas e tão somente como mais um relato possível na relação processual, cujo objetivo é atrair um o julgamento favorável mediante o convencimento do julgador acerca de sua versão.

Apesar do embate teórico acerca da verdade real, o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu no artigo 378 que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.” Essa postura, entretanto, não desconstrói a ideia de que a verdade é construída por meio de um consenso obtido ao longo da marcha processual.

Superada a questão da verdade real, retoma-se o tema proposto seguindo com a análise do direito à prova.

O direito à prova está intimamente ligado ao princípio do livre acesso à justiça, pois as provas são uma forma de garantia que a parte tem de ver a sua pretensão apreciada e respondida de forma fundamentada. Entretanto, não se trata de direito absoluto, pois determinadas situações mitigam a produção de determinada prova, por violar direitos também protegidos pelo ordenamento jurídico.

Em suma, o direito à prova é considerado fundamental, vinculado aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do acesso à justiça, porém não é absoluto. A título de exemplo, no tocante ao princípio do contraditório, não basta que a parte refute o que é alegado contra ela, mas deve ser permitido que ela se utilize de todos os meios hábeis para produzir uma prova que garanta a sua defesa, ou seja, uma adequada participação no processo.

¹ É importante também dar ênfase ao que se entende por retórica no presente trabalho, tal como a enuncia João Maurício Adeodato. Combate-se a redução da retórica ao ornamental e ao persuasivo. Ornamento e persuasão são apenas parte da retórica entendida como filosofia não ontológica, ou melhor, como filosofia que visa a sabedoria. Esse entendimento contraria a longa tradição filosófica que relega um papel pernicioso aos retóricos, reduzindo-os a meros chantagistas no caminho para alcançar a “verdade”.

Ferreira Santos (2013) ensina que deve ser observado o princípio da máxima eficiência dos meios probatórios, pois ele transmite diretamente a consecução de um fim, “qual seja, se o meio de prova vai ser empregado, deve ser da forma mais eficiente possível, mas indiretamente instrui que dentre os modos de comportamento seja escolhido aquele mais apto a alcançar os objetivos para os quais foi deferido determinado meio de prova”.

É importante lembrar, inclusive, a disciplina que a legislação civil dá aos meios de prova. Depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, prova documental, prova testemunhal, prova pericial e inspeção judicial são os meios de prova previstos no Código de Processo Civil (CPC).

Tanto no artigo 332 do CPC/73², quanto no artigo 369 do CPC/15 a legislação processual civil prossegue de modo claro a prever 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.”

Nessa linha, parte-se para o estudo teórico acerca da distinção das provas no âmbito processual.

2. POR UMA COLOCAÇÃO DOUTRINÁRIA: PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS

Como definição do conceito das *provas ilícitas*, tem-se o resultado de uma violação do direito material, uma ilegalidade que ocorre na sua obtenção. As provas ilícitas são inadmissíveis no processo; não podem ingressar e, se isso ocorrer, devem ser desentranhadas. Quanto às provas ilegítimas, o vício decorre da infringência de normas processuais, assim, a ilegalidade refere-se à fase de produção. Essas provas são nulas e por isso a sua produção pode ser renovada, atendendo-se então às regras processuais pertinentes.

O artigo 157 do Código de Processo Penal (CPP) esclarece que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Nuvolone (1966) propõe uma diferenciação entre os dois tipos de provas quanto à natureza do bem violado, ao momento em que ocorre a ilegalidade e às possíveis consequências no processo. As provas ilícitas maculam normas de direito material, ocorrem no momento da obtenção da prova e devem ser desentranhadas em virtude da

² “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa”.

inadmissibilidade, seguindo-se as regras do artigo 157, *caput* e §3º do CPP. As provas ilegítimas, de outro ponto, maculam normas de natureza processual, ocorrem no momento da produção da prova, são eivadas de nulidade e podem ser renovadas segundo o artigo 573, *caput*, do CPP.

Segundo o autor, existe uma categoria genérica de provas que são vedadas pelo ordenamento jurídico, que compreendem as provas ilícitas e as provas ilegítimas. A vedação à prova pode ser estabelecida na lei processual ou na lei material. A violação a esse impedimento configurar-se-ia em ilegalidade. Entretanto, na primeira hipótese há um ato ilegítimo e na segunda, um ato ilícito.

Luiz Guilherme Marinoni (2011) afirma que as provas ilegítimas, somente poderão ser sanadas se não violarem direito material essencial, pois, nesse caso, estar-se-ia falando em violação a direito fundamental, equiparadas às provas ilícitas. Ele considera irrelevante a diferenciação entre provas ilícitas e ilegítimas baseada no momento em que ocorre a ilegalidade. É possível que a ilicitude se configure antes da instauração do processo (gravação clandestina de uma conversa telefônica, por exemplo) ou após a sua abertura (testemunha que é constrangida a depor).

Como visto sucintamente, segmento das doutrinas penal e civil converge quanto à classificação da prova entre ilegítimas e ilícitas, dado que demonstra a constitucionalização do processo tanto no âmbito criminal como no cível.

3. O CRITÉRIO CONSTITUCIONAL ACERCA DAS PROVAS ILÍCITAS

A Constituição Federal de 1988 pode ser considerada um marco no que diz respeito ao tratamento das provas ilícitas no processo.

Antes dela, eram excepcionais e incongruentes as previsões legislativas a respeito da proibição das provas obtidas ilicitamente. Os dispositivos referentes ao tema presentes no CPP eram contraditórios. Pode-se ilustrar que havia a previsão da interceptação de correspondência no artigo 233, CPP: "as cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo". Em contrapartida, o artigo 240 do mesmo código autorizava a apreensão de cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, sob a seguinte justificativa: "quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato".

Vê-se que o tema alcançou *status* constitucional, com a expressa previsão da inadmissibilidade das provas ilícitas, resultado da valorização dos sujeitos processuais,

rompendo com uma tradição que tornava o acusado em mero objeto de investigação, uma conquista alcançada com a Constituição de 1988.

Explica Gomes Filho (2010) que eventual irregularidade deveria ser apurada na órbita própria, não interferindo em sua admissibilidade. Durante muito tempo a prova foi analisada pela carga de convencimento, abstraída a forma de sua obtenção, de modo que eventual irregularidade era considerada ilícito administrativo ou penal. Ada Pellegrini (1996) discorda dessa possibilidade da prova ilícita constituir irregularidade administrativa, pois no Estado de Direito a repressão do crime não pode realizar-se pela prática de novos ilícitos.

Gomes Filho (2010) nos mostra que os antigos Tribunais de Alçada e Alçada Criminal de São Paulo corriqueiramente se pronunciavam no sentido de que “eventuais maus tratos impostos ao réu não infirmam o valor probante da confissão, que os demais elementos de convicção demonstram ter sido veraz”. Nessa linha, a jurisprudência afastava a invalidade de confissão policial obtida mediante espancamento “caso esteja em harmonia absoluta, completa e perfeita com as demais circunstâncias que determinaram a prisão em flagrante do acusado como contraventor do ‘jogo do bicho’ inclusive com a apreensão em seu poder das respectivas listas de apostas” (p. 07).

Entretanto, no fim da década de 60, houve uma tendência dos tribunais paulistas de considerar que as irregularidades praticadas pela polícia contaminavam todo o processo. Esses tribunais começaram a julgar sem aceitar as provas ilícitas, mesmo diante da inexistência de dispositivos legais expressos. Dessa forma, doutrina e jurisprudência entendiam pela necessária limitação da atividade probatória (GOMES FILHO, 2010).

Esse cenário de mudança afeta a todos de forma mais abrangente após a promulgação da Constituição Federal, com o artigo 5º, inciso, LVI: “são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos”. A inadmissibilidade das provas ilícitas (já praticada pelos tribunais paulistas) passou a refletir uma ideia presente na jurisprudência constitucional norte-americana, no sentido de que somente a vedação absoluta do ingresso no processo da prova resultante de violação dos direitos fundamentais poderia servir de obstáculo eficaz às práticas ilegais para sua obtenção.

De acordo com esse entendimento, deve-se lutar contra a ilegalidade ocorrida no momento em que a prova é obtida para ser produzida no processo e igualmente contra a prova em si, pois ela é materialmente ilícita e processualmente ilegítima.

3.1. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A DISCIPLINA DAS PROVAS ILÍCITAS NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS JURÍDICOS

O direito processual é o campo em que a argumentação jurídica naturalmente se desenvolve. Entende-se aqui o processo como “método estatal de argumentação visando ao resultado justo na resolução de controvérsias” (BRASIL JR., 2007, p. 46). Portanto, trata-se de um *método argumentativo* cuja principal finalidade é a *solução dos conflitos*.

Na atualidade, o processo civil vem se aproximando cada vez mais do direito constitucional. Isso porque as premissas teóricas pautadas na ordem jurídica emanam dos princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e de alguns tratados internacionais. Trata-se do neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo contemporâneo.

Para Uadi Lammêgo Bulos (2010), “o nome neoconstitucionalismo nada mais é do que um rótulo criado para designar a evolução da cultura jurídica contemporânea, possuindo duas acepções distintas”. A primeira passa pela organização política do Estado de Direito, assentando-se na força vinculante das constituições; na supremacia constitucional diante do sistema de fontes do direito; na eficácia e aplicabilidade integrais da carta magna; na sobreinterpretação constitucional, de sorte a impedir a existência de espaços em branco, sujeitos à discricionariedade legislativa.

A segunda concepção diz respeito ao conjunto de concepções oriundas de uma nova Teoria do Direito, a qual busca mais respeito a princípios em vez de normas; mais ponderação do que subsunção; mais direito constitucional em vez de conflitos jurídicos desnecessários; mais trabalho judicial, em vez de ficar esperando os legisladores cumprirem seu papel e mais valores no lugar de dogmas e axiomas indiscutíveis.

Os traços gerais do neoconstitucionalismo são, segundo Bulos (2010), a face principiológica do direito; a existência de documentos constitucionais amplos (totalitarismo constitucional); o apontamento dos problemas da sociedade globalizada, técnica, informativa, materialista, e de risco; a mudança nos padrões estruturais de estudo do direito constitucional (jurisprudencialização do saber constitucional). Nesse sentido, afirma:

Ao lado das teorias políticas da justiça e das teorias críticas da sociedade, somou-se aquilo que poderíamos chamar de jurisprudencialização do saber constitucional. Estados Unidos da América, França, Alemanha, Itália, Espanha e Portugal aderiram a essa transmutação jurisprudencial do direito constitucional. No Brasil, as decisões do Supremo Tribunal Federal têm merecido grande destaque, sendo nítida a destronização do direito do Estado, em sua feição pura, pelo direito constitucional judicial (p. 61).

Conclui o professor que

nas constituições contemporâneas, os direitos fundamentais refletem as aquiescências, as angústias e os brados por uma sociedade melhor, justa e igualitária, ao mesmo tempo que consagram instrumentos de proteção das liberdades públicas, que se somam aos mecanismos de defesa da própria *lex mater* (p. 61).

Consequentemente, o constitucionalismo deve influenciar não só as questões estatais, mas até as de índole eminentemente privada, pois o processo também deve refletir os valores da Constituição. Trata-se assim, o neoprocessualismo, de um resultante da influência das normas constitucionais no regramento processual.

Analisando as palavras do citado professor, pode-se afirmar que o processo agora tem um escopo de realizar a garantia de acesso à justiça (direito fundamental nos termos da Constituição Federal). Essa interpretação do que seria uma ordem jurídica justa abrange, entre outros pontos, as garantias abarcadas pelo devido processo legal. À luz dos direitos fundamentais, o processo evita os excessos frente aos direitos dos indivíduos e garante a realização da justiça através das garantias mínimas relacionadas ao devido processo, sem formalismos demasiados.

Nelson Nery (2010) ensina que o princípio do *due process of law* caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade; tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Assim, tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção do *due process clause*.

Explica Didier (2008) que o termo “devido processo legal” é uma tradução da expressão em inglês “due process of law”, que existe há mais de oitocentos anos. Trata-se de uma cláusula geral, texto normativo aberto e genérico cujo conteúdo será determinado pelos tribunais de acordo com as circunstâncias históricas e culturais. O conteúdo mínimo do devido processo legal são os direitos fundamentais presentes na Constituição, por exemplo, juiz natural, contraditório, motivação das decisões etc.

O devido processo legal tem duas acepções, uma formal e outra material. Formalmente, é o conjunto das garantias processuais (contraditório, motivação, juiz natural). Materialmente, é o resultado processual. Para Dinamarco (2004), o devido processo legal substancial é um vínculo autolimitativo do poder estatal que fornece meios de censurar a própria legislação e ditar a ilegitimidade de leis que afrontem as grandes bases do regime democrático. Calmon de Passos (1978) já dizia que o devido processo legal substancial perde

sua essência se o Estado não reconhece ao indivíduo direitos oponíveis ao Estado, pois este precisa de limites ao arbítrio de detentor de instrumentos de coerção social.

O princípio da proporcionalidade, segundo Didier (2008), tem origem no devido processo legal na acepção substancial. O devido processo legal ainda gerou outros princípios, como a efetividade, a adequação, a duração razoável e a lealdade.

4. A (IN) ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS: INFLUÊNCIAS DO DIREITO NORTE AMERICANO ACERCA DO PROBLEMA

4.1. TEORIA DO FRUTO DA ÁRVORE ENVENENADA

Conforme proposto inicialmente, cabe agora uma análise acerca da teoria do fruto da árvore envenenada, que teve influência no direito brasileiro. Para o “fruit of the poisonous tree doctrine” (tant doctrine), as provas derivadas das ilícitas são igualmente consideradas ilícitas, não sendo, portanto, aceitas no processo. Entretanto, algumas exceções devem ser observadas, a saber:

a) “Independent Source”. No caso do descobrimento provavelmente independente, há uma quebra do nexos causal, pelo que a prova não é exatamente admitida como derivada da ilícita. No direito positivo brasileiro, essa ideia está prevista no artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal, que dispõe: “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexos de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

b) “Inevitable Discovery”. A partir da inevitável descoberta, entende-se que não há que se reputar ilícita uma possível prova quando, embora derivada, os fatos por ela revelados seriam inevitavelmente descobertos, quebrando, dessa forma, o nexos de antijuridicidade. O artigo 157, §2º do CPP prescreve que “considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Em resumo, é necessário analisar qual a extensão dos efeitos da ilicitude. Para a Corte dos Estados Unidos, deve ser excluída somente a prova ilícita ou ilícita por derivação e eventuais outras provas descobertas a partir da inicialmente viciada. Segundo a teoria dos frutos da árvore envenenada, a regra de exclusão é aplicável a toda prova maculada por uma investigação inconstitucional, salvo algumas exceções, como a “independent source” e inevitable discovery”.

Os fundamentos dessas duas exceções à contaminação da prova são evidentemente diversos. Na hipótese de haver uma fonte independente, a prova derivada tem concretamente duas origens, uma ilícita e outra lícita, de modo que, ainda que suprimida a fonte ilegal, o dado probatório trazido ao processo subsiste e por isso pode ser validamente utilizado. Já na situação de descoberta inevitável, a prova tem efetivamente uma origem ilícita, mas as circunstâncias do caso permitem considerar, por hipótese, que seria inevitavelmente obtida, mesmo se suprimida a fonte ilícita.

Na Alemanha, se o acusado é confrontado com o resultado de uma gravação ilícita, as declarações daí resultantes não podem ser valoradas como prova; mas, se nas mesmas condições, menciona fatos novos, estes já não constituem prova ilícita. Em sentido contrário, segundo informa Gössel (*apud* GOMES FILHO, 2010), o tribunal tem reconhecido um efeito à distância em casos de interceptação telefônica quando, através de uma operação autorizada para apuração de um dos crimes catalogados, descobre-se uma prova de outro crime, não relacionado entre os que admitem a interceptação.

O STF possui precedentes baseados na teoria dos frutos da árvore envenenada, ou seja, pela opção da prevalência da comunicabilidade da ilicitude das provas. Assim, o desentranhamento da prova ilícita e das demais provas contaminadas representa um meio significativo de conferir efetividade à garantia do devido processo legal, preservando os direitos das partes no processo. Em suma, as provas ilícitas e as ilícitas por derivação não podem ser utilizadas no procedimento de origem, nem podem ser reaproveitadas ou emprestadas em outro processo, seja ele civil, penal, administrativo etc.

Consoante o já exposto, a Constituição Federal, no artigo 5º prevê, em seu inciso LVI que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meio ilícito. Desse modo, o direito à produção de provas não é absoluto, logo, não podem ser produzidas provas que infrinjam a moralidade, a legalidade e os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Sendo assim, a liberdade na produção de provas deve ser vista com algumas ressalvas, pois certas provas podem de alguma forma convencer o juiz através de fraude ou causar constrangimentos contra quem a prova é produzida.

As provas inadmissíveis constitucionalmente, obtidas por meio ilícito, são consideradas provas vedadas. Didier (2006) entende que não é aconselhável a liberdade ampla na produção de provas, pois as provas podem ser inidôneas para produzir o convencimento (em virtude de falta de base científica no seu fundamento), podem ensejar a manipulação ou fraude e, ainda, podem representar um constrangimento pessoal inadmissível ao sujeito que a produz.

Quanto às possibilidades de admissão, há posições divergentes na doutrina, polarizando-se na defesa das provas ilícitas e na inconstitucionalidade e impossibilidade absoluta de seu ingresso no processo.

No processo civil há posicionamentos divergentes quanto à admissão das provas ilícitas. Barbosa Moreira (1997) sugere que deve prevalecer o interesse da justiça no descobrimento da verdade, logo a ilicitude na obtenção da prova é menor do que o valor que essa prova possui como elemento útil para formar o convencimento do juiz. Assim, para o jurista, a prova será admissível, sem prejuízo da sanção a que fique sujeito o infrator. Barbosa Moreira critica veementemente qualquer distinção que se pretenda fazer entre o processo civil e o penal no que tange à admissibilidade ou não de provas ilícitas.

No mesmo sentido, Bedaque (1996) aduz que a desconsideração absoluta das provas ilícitas não beneficia o ordenamento jurídico em dois graus; primeiro, o ordenamento já foi violado pelo ato ilegal daquele que obteve tal prova e segundo, a rejeição de uma prova obtida ilicitamente pode excluir os elementos suficientes e necessários para o juiz proferir uma decisão justa.

No processo penal, admite-se a valoração da prova ilícita *pro reo* (para provar a inocência do réu) ou segundo o princípio da proporcionalidade/razoabilidade. Em nada beneficiaria o ordenamento jurídico suprimir a prova em questão, impedindo também um amplo convencimento do magistrado acerca dos fatos.

Pacelli (2009) caracteriza a prova ilícita pró réu como causa de justificação da conduta, pois a prova da inocência do réu deve ser sempre aproveitada. Haveria, nesse caso, a excludente de ilicitude estado de necessidade. O princípio da inadmissibilidade da prova ilícita constitui-se em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é o seu primitivo e originário titular.

Já Marinoni (2011) aponta que, enquanto no processo civil as partes têm o dever de dizer a verdade, no processo penal, o réu deve ser informado sobre o seu direito de permanecer calado, direito esse que se soma à presunção de inocência (direito de liberdade). Para ele, o constituinte fez uma ponderação entre a efetividade do direito material e o direito à descoberta da verdade, o que não impede, no âmbito cível, que o magistrado faça uma nova ponderação no caso concreto.

A nossa Corte Constitucional, há mais de uma década, começou a se posicionar sobre o assunto, como no julgamento do HC 69.912 RS, oportunidade em que se firmou: "... vedar que se possa trazer ao processo a própria gravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente,

para chegar a outras provas, que sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas".

A *ratio decidendi* desse julgamento revela posição contrária a utilização das provas ilícitas e as ilícitas por derivação. A lógica decisória parece questionar o entendimento anterior de ser inevitável admitir o que os olhos já veem, superando, assim, a ideia de que a desconsideração da prova poderia gerar uma sensação de injustiça. Nessa linha, não mais prevaleceu a antiga crítica no sentido de que repudiar de antemão e em absoluto a prova ilícita representaria apego ao formalismo, a forma pela forma, como se uma decisão judicial sem aquela prova pudesse apresentar vícios muito mais graves do que com a sua admissão. Ao contrário, somente por meio da absoluta ineficácia probatória dos ilícitos que haveria a valorização dos direitos fundamentais e a preservação da Constituição Federal.

Casos isolados na jurisprudência se referem à nossa política criminal como orientada no sentido de proteger a sociedade e não o criminoso. Dessa forma, assentando-se que ao vingar a aplicação generalizada da nulidade por provas ilícitas, será simplesmente impossível flagrar um sonegador de tributos, já que é crime que costuma disfarçar-se e raramente é praticado em praça pública (GOMES FILHO, 2010).

Num aspecto geral, as provas ilícitas representam a ilicitude e a imoralidade. Entretanto, em cada caso concreto, parece ser mais justo verificar a admissibilidade das provas ilícitas. Como exemplo, tem-se o caso de Carlinhos Cachoeira. O seu então advogado, Márcio Thomaz Bastos, disse em momento oportuno que se o TRF invalidasse as escutas telefônicas, a investigação que culminou com a prisão do bicheiro ficaria "esvaziada" e, por óbvio, ele não seria condenado. Infere-se: só se esvazia aquilo que um dia foi cheio, logo não se pode olvidar as provas que não deveriam ter sido produzidas, mas que o foram. Ou seja, as provas comprovaram o seu envolvimento com o crime.

Por outro lado, defender o desentranhamento parece ser a favor das conquistas alcançadas com o constitucionalismo. Para quem assim se orienta, aceitar as provas ilícitas seria rasgar todas as garantias que lutamos para serem consagradas na CF e na legislação infraconstitucional. Se se permite a admissão irrestrita das provas ilícitas, os advogados e o próprio Estado farão de tudo para obtê-las, passando pelas provas obtidas com tortura, barganha, dinheiro e quiçá, a feitura de provas irreais, através da manipulação de fatos que nunca aconteceram. Para essa corrente, não se pode adotar o princípio de que os fins justificam os meios, tentando-se assim legitimar a procura da "verdade" através de qualquer fonte probatória.

Trata-se de tema bastante controvertido na doutrina e na jurisprudência, mas isso não impede que haja alguns pontos de convergência sobre determinados aspectos. A prova declarada ilícita num determinado processo pode ser utilizada em outro, para a descoberta dos autores da violação do direito, ou seja, para que sejam processados pelo crime correspondente (tortura, violação de domicílio, interceptação telefônica ilegal etc.). Nesse caso, se inutilizada a prova, como determina a lei, ficaria prejudicada a demonstração do próprio fato praticado para obtê-la.

4.2 EM BUSCA DO CONSENSO TEÓRICO: A ADMISSÃO DAS PROVAS ILÍCITAS COMO RESULTADO DO JUÍZO DE PONDERAÇÃO DIANTE DO CASO CONCRETO

Na tentativa de buscar o consenso teórico, serão estabelecidos os parâmetros para a admissibilidade ou não das provas ilícitas, segundo Fredie Didier (2008).

O artigo 157, § 1º do CPC traz exceções à inadmissibilidade “quando não evidenciado o nexa de causalidade entre umas e outras” e “quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Para Didier (2008), quando se está diante de um conflito de normas fundamentais (direito à prova e a vedação da prova ilícita), a solução deve ser dada sempre observando o caso concreto, à luz da ponderação concreta dos interesses em jogo, ou seja, à luz do princípio da proporcionalidade. Para o autor, admitir sempre ou nunca a prova ilícita é um erro, pois não se pode considerar de modo absoluto e apriorístico os direitos fundamentais em jogo.

Didier critica a corrente que acredita que a prova ilícita somente é admissível excepcionalmente, e apenas no processo penal, por entender que sempre, no processo penal, há discussão em torno do direito à liberdade, o que seria falso para ele, pois nem todas as penas envolvem a privação da liberdade. Essa corrente criticada, na visão do autor, crê que nenhum outro direito fundamental, a não ser o direito à liberdade, pode ser mais relevante que o direito fundamental à vedação da prova ilícita, o que também seria refutado por Didier, ao apontar a teoria dos direitos fundamentais.

Segue o autor afirmando que a admissibilidade da prova ilícita no processo deve ser vista como algo excepcional. Para sua admissão, seriam necessários alguns critérios: (a) **imprescindibilidade**: somente pode ser aceita quando se verificar, no caso concreto, que não havia outro modo de se demonstrar a alegação de fato objeto da prova ilícita, ou ainda quando o outro modo existente se mostrar extremamente gravoso/custoso para a parte, a ponto de inviabilizar, na prática, o seu direito à prova; (b) **proporcionalidade**: o bem da vida objeto de

tutela pela prova ilícita deve mostrar-se, no caso concreto, mais digno de proteção que o bem da vida violado pela ilicitude da prova; (c) **punibilidade**: se a conduta da parte que se vale da prova ilícita é antijurídica, o juiz deve tomar as providências necessárias para que seja ela punida nos termos da lei de regência (penal, administrativa, civil etc.); (d) **utilização pro reo**: no processo penal, e apenas nele, tem-se entendido que a prova ilícita somente pode ser aceita se for para beneficiar o réu/acusado, jamais para prejudicá-lo.

Em linha semelhante, porém não restrita à dogmática processual, João Maurício Adeodato entende que a decisão judicial decorre de uma metodologia que perpassa as fases de (i) identificação das fontes do direito; (ii) interpretação das fontes do direito, com o rompimento da vagueza e ambiguidade em termos pragmáticos; (iii) e argumentação de qual das opções interpretativas deve prevalecer em relação as demais; e (iv) decisão definitiva acerca de qual opção prevaleceu, consolidando-se definitivamente o relato vencedor.

Esse entendimento pode ser aplicado ao tema das provas ilícitas, pois o debate entre os atores processuais deve ocorrer até a constituição da norma jurídica concreta. Nessa linha, as partes podem iniciar o debate acerca da real existência de prova ilícita no processo judicial. Ainda que superada a primeira controvérsia e definido que se trata de prova ilícita, o debate se desenvolve acerca da sua manutenção nos autos ou de seu desentranhamento, mediante a interpretação das particularidades do caso concreto e da eventual prevalência e indispensabilidade para o desfecho justo do processo das informações contidas na prova ilícita.

Desse modo, Adeodato (2011, p. 122) conclui que “a análise retórica da dogmática jurídica mostra que ela **constrói o direito caso a caso**, vale dizer, que o direito não é previamente dado, mas também que essa construção não é ‘livre’, precisa respeitar ‘regularidades’, ‘constrangimentos’, ou como se os queira denominar, métodos da retórica material e metodologias divergentes sobre como trata-los. ”

5. APONTAMENTOS ACERCA DA ILCITUDE DA PROVA EM CASOS CONCRETOS

O levantamento de casos concretos ocorreu por sua expressão e impacto na jurisprudência brasileira. Alguns paradigmas acerca da mobilização de provas ilícitas no processo judicial foram selecionados, procurando avaliar de que maneira os Tribunais Superiores aplicaram os conceitos ligados ao devido processo legal e à produção de provas ilícitas em casos concretos.

O primeiro caso trata de Habeas Corpus referente a escutas telefônicas realizadas sem autorização judicial, oportunidade em que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu conforme a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. PROVA ILÍCITA. CONTAMINAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO: DERIVAÇÃO INEXISTENTE. LEGALIDADE DE PRORROGAÇÕES DO PRAZO INICIAL DA ESCUTA. ELEVADO NÚMERO DE TERMINAIS ALCANÇADOS PELA MEDIDA: POSSIBILIDADE. QUALIDADE DA DEGRAVAÇÃO DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS: TEMA ESTRANHO AOS LIMITES DO HABEAS CORPUS.

1. As referências às escutas telefônicas empreendidas sem autorização judicial, por ilícitas, devem ser desentranhadas dos autos, na esteira do que determina o inciso LVI do art. 5º da Constituição da República. Precedentes.

2. A ilicitude de uma prova não contamina os demais elementos cognitivos obtidos e que dela não derivaram. Precedentes.

(...)

5. Ordem denegada.”

(STF; Processo: HC 106244 RJ; Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA; Julgamento: 17/05/2011; Órgão Julgador: Primeira Turma; Publicação: DJe-159 DIVULG 18-08-2011 PUBLIC 19-08-2011)

Na mesma linha, a Segunda Turma do STF, em precedente da relatoria do Ministro Celso de Mello, decidiu que na hipótese de “o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova -- que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal --, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.” (HC 93.050, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 10-6-2008, Segunda Turma, DJE de 1º-8-2008.)

Conforme anotado anteriormente, o STF tem se posicionado no sentido da adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada, ou seja, pela opção da prevalência da comunicabilidade da ilicitude das provas. O desentranhamento da prova ilícita e das demais provas derivadas contaminadas deve ser efetuado, representando um meio significativo de conferir efetividade à garantia do devido processo legal. Nos casos narrados, foi determinado que a ilicitude da prova em questão não contaminou os demais elementos cognitivos obtidos e que dela não derivaram. Em suma, em ambas as turmas aplicou-se a teoria dos frutos da árvore envenenada, bem como uma de suas exceções no tratamento das provas produzidas na instrução criminal.

O próximo caso refere-se aos crimes contra a ordem tributária sob a perspectiva da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Processual Penal. Habeas corpus. Crimes contra a ordem tributária. Provas obtidas por meios ilícitos. Apreensão de documentos por AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS, sem mandado judicial. Ilegalidade DECLARADA pelo Supremo tribunal federal. SIMILITUDE EVIDENCIADA. DETERMINADO O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Tendo sido a denúncia oferecida com base em provas obtidas ilicitamente por agentes fazendários e policiais federais, sem mandado judicial, e assim declaradas nulas pelo Supremo Tribunal Federal em outra ação penal, evidencia-se a similitude dos fatos que possibilita o trancamento do presente procedimento judicial, por violação do artigo 5º, XI, da Constituição da República.

(...)”

(STJ; Processo: HC 101340 RJ 2008/0047766-1; Relatora: Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG; Julgamento: 19/08/2008; Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA; Publicação: DJe 28/10/2008)

Neste caso, o STJ entendeu pelo trancamento da ação penal movida contra réus acusados de violação da ordem tributária. O principal fundamento utilizado como razão de decidir no acórdão foi a existência de prova ilícita obtida por agentes da administração tributária, por meio do ingresso em escritório de contabilidade, sem autorização judicial. Do inteiro teor do acórdão, percebe-se que as provas obtidas pelos agentes do estado foram utilizadas para o ajuizamento de ações penais contra diversos réus. Entretanto, considerando expressamente a teoria dos frutos da árvore envenenada, o STJ cassou o acórdão do TRF da 2ª Região e trancou a ação penal movida em desfavor do paciente, pelas evidências de que as provas que deram início às investigações foram obtidas por meios ilícitos.

É interessante notar que a decisão acerca da existência de provas contaminadas por derivação foi diferente segundo o exame do TRF e do STJ. Isso demonstra que, de fato, a aplicação do conceito de prova ilícita só se concretiza diante do caso concreto, pois a simples análise em abstrato é insuficiente para detectar as específicas características fáticas que envolvem cada caso individual levado ao Poder Judiciário.

O terceiro caso refere-se à ilegalidade da gravação clandestina feita por marido acerca da conversa da esposa com o amante. A sua mulher ministrava um remédio tarja preta “Lexotan” para as filhas do casal a fim de que elas dormissem e não atrapalhassem os encontros da mulher com o amante, que era médico. O marido gravou a conversa entre sua esposa e o amante, inclusive sobre o remédio. A mulher foi denunciada com base na Lei de Tóxicos, mas impetrou mandado de segurança para retirar dos autos essa prova considerada por ela ilícita.

Inicialmente o Tribunal de Justiça de Goiás denegou o pedido. No STJ, o relator (vencido) negava provimento ao recurso ordinário sob o argumento de que a prova não poderia ser considerada como ilícita, pois estava em jogo a proteção da família. Outro foi o

entendimento do voto vencedor, que considerou violado o direito da mulher à intimidade individual (CF, art. 5.º, X). Invocou, com respaldo da maioria do colegiado, jurisprudência do STF, no sentido de que enquanto não vier a lei ordinária regulamentando a "forma" e as "hipóteses" previstas na CF, art. 5.º, XII da escuta telefônica, tal prova será tida por ilegal³.

Constitucional e Processual Civil. Mandado de Segurança. Escuta telefônica. Gravação feita por marido traído. Desentranhamento da prova requerido pela esposa: viabilidade, uma vez que se trata de prova ilegalmente obtida, com violação da intimidade individual. Recurso ordinário provido. I - A impetrante/recorrente tinha marido, duas filhas menores e um amante médico. Quando o esposo viajava, para facilitar seu relacionamento espúrio, ela ministrava "Lexotan" às meninas. O marido, já suspeito, gravou a conversa telefônica entre sua mulher e o amante. A esposa foi penalmente denunciada (tóxico), Ajuizou, então, ação de mandado de segurança, instando no desentranhamento da decodificação da fita magnética. 11 - Embora esta Turma já se tenha manifestado pela relatividade do inciso XII (última parte) do art. 5.º da CF (HC n. 3.982/RJ. Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU de 26/02/96). no caso concreto o marido não poderia ter gravado a conversa ao arpejo de seu cônjuge. Ainda que impulsionado por motivo relevante, acabou por violar a intimidade individual de sua esposa, direito garantido constitucionalmente (art. 5.º, X), Ademais, o STF tem considerado ilegal a gravação telefônica, mesmo com autorização judicial (o que não foi o caso), por falta de lei ordinária regulamentadora (RE n. 85.439fRJ, Min. Xavier de Albuquerque e HC n.º- 69.912-RS, Min. Pertence). 111- Recurso ordinário provido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O entendimento consolidado nos nossos Tribunais Superiores é no sentido de que a aplicação do princípio do devido processo legal passa pela observância da inadmissibilidade das provas ilícitas, bem como das suas derivadas, pois são constitucionalmente inaceitáveis. O convencimento do magistrado e a prolação da decisão precisam estar livres dessas provas, uma vez que atentatórias à eficácia plena dos direitos fundamentais.

Aplicando o princípio da proporcionalidade, é possível admitir a produção de prova ilícita no direito processual civil, estando condicionada à autêntica proteção de um bem da vida superior ao da violação do direito da parte contrária e à imprescindibilidade da prova em questão. Na busca pela solução jurídica justa, a interpretação da norma jurídica deve ser realizada em consonância com a totalidade do ordenamento jurídico a fim de preservar o sistema de direitos e garantias fundamentais.

³ Informações obtidas em "Ensaio: dois casos de escuta telefônica julgados pelo STJ antes da Lei 9296, de 24 de junho de 1996", do Ministro Adhemar Ferreira Maciel. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/coletanea/article/viewFile/2378/249>. Acesso em 04/02/2014

Assim, na busca pelo consenso teórico no que tange aos entendimentos analisados, sugere-se que os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, quando aparentemente conflitantes com outros direitos, devem ser analisados à luz do caso concreto, através de um juízo de ponderação. Dessa forma, dar-se-á ao processo um predicado que vem se afirmando a cada dia, pelo que deixa de ser um simples interesse processual privado num verdadeiro processo constitucional de resultados justos.

Até mesmo o engenhoso cavaleiro D. Quixote de La Mancha, norte e farol da andante cavalaria e principal desfazedor de agravos, já advertiu: “Menino, menino – disse em voz alta D. Quixote –, continuai vossa história em linha reta e não vos metais nas curvas ou travessas, pois para tirar uma verdade em limpo há mister muitas provas e contraprovas” (CERVANTES, 2012, p. 331).

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: RT, 1996.
- BRASIL JR, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007.
- BULLOS. Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Buenos Aires: Depalma, 1982.
- CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de. *O engenhoso cavaleiro D. Quixote de La Mancha*. Segundo livro. Sérgio Molina (trad). Edição Bilíngue. 3 ed. São Paulo: Editora 34, 2012
- DIDIER JR., Fredie; et al. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2. Salvador: JusPODIVM, 2008.
- FERREIRA, Willian Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: RT, 2013.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. In: *Revista brasileira de ciências criminais*, vol. 85, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *As provas ilícitas na Constituição. O processo em evolução*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996.
- KHALED JR, Salah H. *Ambição de verdade no processo penal: Desconstrução hermenêutica do mito da verdade no processo penal*. Bahia: Jus Podivm, 2009.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. Ensaio: dois casos de escuta telefônica julgados pelo STJ antes da Lei 9296, de 24 de junho de 1996. In: *Coletânea e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TRF e STJ*, n. 29, 2000. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/coletanea/article/viewFile/2378/249>. Acesso em 04/12/2014
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova*. São Paulo: RT, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Processo civil e direito à preservação da intimidade. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1988.

NERY JR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2010.

NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. In: *Rivista di diritto processuale*. Volume XXI, 1966.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *O devido processo e o duplo grau de jurisdição*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1975.