

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Fernanda de Moura Gregory

**A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL – EVENTUAL (IN)ADMISSIBILIDADE
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO (TEORIA DOS FRUTOS DA
ÁRVORE ENVENENADA)**

Porto Alegre
2016

FERNANDA DE MOURA GREGORY

**A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL – EVENTUAL (IN)ADMISSIBILIDADE
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO (TEORIA DOS FRUTOS DA
ÁRVORE ENVENENADA)**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Me. Rafael Sirangelo Belmonte de Abreu.

Porto Alegre
2016

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo realizar um estudo sobre o instituto da prova ilícita no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que está disposto na Constituição Federal a vedação da sua utilização, porém em algumas circunstâncias tal vedação, conforme será demonstrado com o presente estudo poderá ser relativizada, ou seja, tornando uma prova eivada de ilicitude como uma prova válida no processo, utilizando com base o princípio da proporcionalidade, podendo, portanto aplicar tal prova obtida ilicitamente no processo civil brasileiro. Desse modo, há de se estabelecer um critério de proporcionalidade entre as partes no processo, quando se utiliza o meio de prova obtido ilicitamente, posto que poderá desde logo contaminar todo o deslinde do processo.

Palavras-chaves: Processo Civil. Prova Ilícita. Proporcionalidade. Relativização. Admissão e Inadmissão da Prova Ilícita. Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	5
2. DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL	7
2.1 Provas Ilícitas e Provas Ilegítimas	7
2.2 Da Aplicação do Princípio da Proporcionalidade	9
3. DAS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO (TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA)	12
3.1. Posicionamento Adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sobre a Prova Ilícita	17
3.2 Posicionamento Adotado pelo Supremo Tribunal Federal sobre a Prova Ilícita	23
4. (IN)ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA	27
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	31
REFERÊNCIAS	32

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa verificar o conflito existente acerca da prova ilícita no processo civil brasileiro, dado que a Carta Magna veda expressamente a sua utilização. Segundo dispõe o art. 5º, LVI, da Constituição Federal do Brasil. “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”¹.

Contudo, se faz necessário o presente estudo, uma vez que, a vedação sobre a utilização das provas ilícitas no processo deve ser ponderada e/ou relativizada, ou seja, a regra sobre a vedação das provas ilícitas não deve ser absoluta, pois deverá ser observado o caso concreto.

Com base em uma garantia constitucional, utilizando o princípio da proporcionalidade, a vedação referente à prova ilícita poderá ser relativizada, isto é, não raras vezes a prova obtida por meio ilícito será o único meio de prova para que a parte possa provar o seu alegado e para que nenhuma das partes seja prejudicada diante da vedação do emprego da prova ilícita nos autos, poderá se valer do princípio da proporcionalidade para que ocorra uma decisão justa.

Discorrendo sobre tal análise, o enfoque do estudo aqui tratado versará sobre a verificação acerca da correta adequação na conduta de escolha, quando nos depararmos com a prova ilícita atualmente, no processo civil brasileiro.

Ademais, é notório que o Magistrado é livre para aplicar aquilo que entender ser o mais justo e verdadeiro para as partes no processo, desde que motivada e fundamentada as suas razões nas decisões a que vier proferir.

A grande novidade foi que no Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, no Capítulo XII, Seção I, que dispõe sobre as provas, a referida Lei silenciou-se acerca da possibilidade de admissão das provas ilícitas no processo

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 23 de abril de 2016.

civil, dado que no anteprojeto do Novo Código de Processo Civil havia expressamente a possibilidade da ponderação para utilização da prova ilícita.²

Assim segue abaixo como estava previsto:

Art. 257. As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código para provar fatos em que se funda a ação ou a defesa e influir eficazmente na livre convicção do juiz.

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.

No entanto, com o atual Código em vigor é possível verificar que o legislador através do art. 369, do Novo Código de Processo Civil,³ optou por silenciar-se a respeito da excepcionalidade de admissão das provas ilícitas no processo civil, uma vez que, deverá ser observado o princípio da proporcionalidade, bem como o entendimento jurisprudencial e doutrinário sobre a questão.

Desta forma, o presente trabalho visa o estudo sobre a possibilidade, isto é, a viabilidade da utilização das provas obtidas por meio ilícito no processo civil brasileiro, à luz do princípio da proporcionalidade. Igualmente será realizado um estudo sobre o atual posicionamento dos Tribunais Superiores sobre a questão, tendo em vista que nenhuma regra é absoluta.

² **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**, 2010. Disponível em: <www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em 11 de janeiro de 2016.

³ BRASIL. Lei nº 13.105/2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em 23 de abril de 2016.

2. DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL

Inicialmente cabe esclarecer o quão importante é a prova para o deslinde do feito no processo civil, pois é através das provas que, o juiz formará o seu juízo de convicção e arbitrará a sua decisão, na qual entendera ser a mais justa e verdadeira para o caso concreto.

Nesse sentido, a autor Gustavo Bohrer Paim, exemplifica ao dizer que:

quando batemos à porta do Poder Judiciário para que ele cumpra o seu dever de prestar a jurisdição, estamos exercendo o nosso direito constitucional de ação, direito este que não se exaure na simples propositura da demanda ao órgão julgador, tendo em vista que de nada serviria tal garantia se não fosse assegurado, também, o direito de provar os fatos que alegamos, ajudando na formação do convencimento do julgador.⁴

Portanto, segundo afirma o doutrinador Fernando Capez, a prova “trata-se de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.”⁵

Verifica-se em um primeiro momento que na própria Carta Magna de 1988 em um dos seus primeiros dispositivos dispõe de forma clara acerca da taxatividade, expressando que é vedado a utilização do meio de prova ilícita, qual seja o artigo 5º, inciso LVI, CF, prevê que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”⁶

2.1 Provas Ilícitas e Provas Ilegítimas

Para que se possa esclarecer e elucidar melhor no que diz respeito ao tema das provas ilícitas, se faz necessário primeiramente à distinção entre as provas ilícitas e as provas ilegítimas.

⁴ PAIM, Gustavo Bohrer. **A Garantia da Licidade das Provas e o Princípio da Proporcionalidade no Direito Brasileiro**, in As Garantias do Cidadão no Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 165.

⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 16ª ed., 2ª tir., 2008. p. 297.

⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 11 de janeiro de 2016.

Através da doutrina Italiana, segundo os ensinamentos de Nuvolone, as provas ilícitas, bem como as provas ilegítimas seriam espécies de provas ilegais, também chamadas de provas vedadas ou proibidas.⁷.

Conforme a conceituação exposta acima é possível aferir que a prova ilícita, bem como as provas ilegítimas são também chamadas de provas vedadas. Resta tendencioso através dos ensinamentos de Nuvolone, pela opção da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito.

O doutrinador Francisco Avolio, afirma ser possível distinguir perfeitamente a diferenciação entre, as provas ilícitas das provas ilegítimas, sendo que,

a prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual [...] por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material – sobretudo de direito constitucional.⁸.

A partir desse ponto, muitos doutrinadores divergem na questão sobre a prova ilícita, pois se acaso for aceita, ou não, à prova ilicitamente obtida, poderá resultar em um prejuízo para uma das partes.

Contudo, resta verificar de que forma as provas ilícitas serão interpretadas em harmonias e ponderadas em razão da existência de grandes princípios fundamentais, tais como o princípio do contraditório, da ampla defesa, da igualdade e o princípio da proporcionalidade, segundo dispõe o art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

Como bem salientado e exposto pelo doutrinador Fernando Capez:

[...] não existe propriamente conflito entre princípios e garantias constitucionais, já que esses devem harmonizar-se de modo que, em caso aparente contraste, o mais importante prevaleça.⁹.

⁷ NUVOLONE, Pietro. **Le Prove Vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino**, 1966, p. 470.

⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas – Interceptações Telefônicas, Ambientais e Gravações Clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª ed, 2015. p. 49-50.

⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 16ª ed., 2ª tir., 2008. p. 305.

A grande diferenciação sobre a prova ilegítima, é que esse meio de prova viola o momento processual, enquanto a prova ilícita infringe a norma de direito material. Fundamental se faz verificar, a grande importância do papel do juiz no momento da admissão e valoração, ou não, dos meios de provas.

Importante ressaltar que à taxatividade da utilização das provas ilícitas e/ou das provas ilegítimas no processo civil, bem como a sua não aceitação nos autos, não deverá se portar maneira absoluta, uma vez que, se faz necessário à ponderação dos princípios fundamentais, valorando o bem maior a ser tutelado.

2.2 Da Aplicação do Princípio da Proporcionalidade

No que diz respeito, ao princípio da proporcionalidade, a autora Patrícia Azevedo da Silveira, explicita a existência de três subprincípios, quais sejam: “o da necessidade, da adequação e de racionalidade ou proporcionalidade *stricto sensu*.”¹⁰.

O doutrinador Luiz Francisco Torquato, argumenta acerca do princípio da proporcionalidade,

para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessário não só a existência de normas para pautar essa atividade e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derogar (Estado de Direito), como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulativo para se ponderar até que ponto se vai dar preferência ao todo ou às partes (Princípio da Proporcionalidade), o que também não pode ir além de um certo limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser chamada assim.¹¹

Para os autores Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet, os referidos autores tecem a ideia de que o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade se equivalem, assim expõe da seguinte forma:

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa

¹⁰ SILVEIRA, Patricia Azevedo da. **Prova Cível**. 2ª Ed. Rio de Janeiro, 2005. p. 215.

¹¹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1995. p. 53.

medida, proibição de excesso, direito justo e afins; precedente e condiciona a posituação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.¹².

Em contraponto para o doutrinador Humberto Ávila, o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade não se identificam, uma vez que o princípio da razoabilidade “[...] exige, por exemplo, a consideração das particularidades individuais dos sujeitos atingidos pelo ato de aplicação concreta do Direito, sem qualquer menção a uma proporção entre meios e fins.”¹³.

Ainda, o doutrinador Humberto Ávila, esclarece o seu ponto de vista acerca da proporcionalidade: “o exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade.”¹⁴.

Importante ressaltar que seguindo a orientação da doutrinadora Ada Pellegrini Grinover, que “o cuidado do juiz na motivação de fato é ainda mais importante do que o cuidado na motivação de direito, porque é exatamente na motivação de fato que o juiz tem maior poder discricionário.”¹⁵.

Como bem esclarecido pela doutrinadora, o momento de grande valia no processo civil é na oportunidade em que o juiz se valerá das provas trazidas aos autos, tendo em vista que, é a partir delas que o juiz formará o seu juízo de convicção e somente o Magistrado poderá afirmar qual prova irá preponderar nos autos.

Ademais para o doutrinador José Carlos Barbosa Moreira, entende ser de grande importância a aplicação do princípio da proporcionalidade, uma vez que, o mais prudente para aceitação das provas é,

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mátiros; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. ver. E atual. Porto Alegre: Saraiva, 2009. p. 142-143.

¹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Ed. Malheiros, 4ª Ed., 3ª tir., 2004. p. 116.

¹⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Ed. Malheiros, 4ª Ed., 3ª tir., 2004. p. 113.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Eficácia dos Atos Processuais à Luz da CF**, in Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, nº 37, 1992, p.45.

conceder ao Juiz a liberdade de avaliar a situação em seus diversos aspectos; atenta a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a verdade de suas alegações, [...] o julgador decidiria qual dos interesses em conflito deve ser sacrificado, e em que medida.¹⁶

Deste modo, as partes como meio de legítima defesa, com aquilo que possuem de provas, podem provar os fatos que estão sendo e/ou que pretendem alegar. No entanto, existem dois meios de provas, quais sejam as provas típicas e as provas atípicas, isto é, se estão, ou não tipificadas na lei, porém idôneas para comprovar ao juiz o seu *jus postulandi*, trazendo as informações úteis e necessárias para o deslinde do feito.

Assim, os doutrinadores Marinoni, Arenhart e Mitidiero, esclarecem que:

O fato de um meio de prova não estar expresso na lei nada tem a ver com a sua moralidade, pois o que define a possibilidade da utilização de uma prova é a sua conformação com o direito, e apenas nesse aspecto é que se pode aceitar que um meio moralmente ilegítimo seja considerado um meio de prova não conforme ao direito e, assim, ilegal.¹⁷

Ainda, o doutrinador José Carlos Barbosa Moreira, em seu artigo publicado sobre Provas Atípicas, traz alguns exemplos no cotidiano de um Magistrado que por diversas vezes já se utilizou das provas atípicas, tais como: a necessidade de obter de terceiros informações sobre fatos relevantes; pedido de informação a um estabelecimento de ensino sobre a situação de um determinado menor que lá se achava matriculado; pedido de informação a um hotel sobre a presença ou ausência de uma determinada pessoa em certo dia, menores impúberes não podem ser ouvidos de acordo com o CPC, porém não raras vezes os menores impúberes já foram ouvidos no processo,¹⁸ portanto, significa que “as necessidades práticas vão sugerindo modalidades de exploração das fontes de conhecimento ainda não expressamente consagradas.”¹⁹

¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as provas lícitamente adquiridas**. Revista da AJURIS. Porto Alegre, novembro de 1996, n° 68. p. 15.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2015, p. 313.

¹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Provas Atípicas**, in Revista de Processo. São Paulo: vol.19, n.76 (out./dez.1994), p.114-126. p. 117-118.

¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Provas Atípicas**, in Revista de Processo. São Paulo: vol.19, n.76 (out./dez.1994), p.114-126. p.119.

Como bem salienta o autor Gustavo Bohrer, “não há que se falar em busca da verdade material ou da verdade formal, tendo em vista que o processo busca a verdade única, busca uma segurança jurídica.”²⁰.

Ademais, o mesmo autor Gustavo Bohrer, chama a atenção para o sentido de que:

a admissão de uma prova ilícita deve ocorrer tendo em vista a preservação de um direito constitucional mais encarecido e valorado que aquele cuja violação se deu, buscando sempre a preservação de garantias hierarquicamente superiores no caso concreto.²¹.

Para que o Magistrado possa formar o seu juízo de convicção da melhor forma e para que ocorra a decisão mais justa para ambas as partes no processo civil, se faz necessário a ponderação e a aplicação do princípio da proporcionalidade, uma vez que, demonstrado nos autos que tal prova é indispensável ao caso concreto é possível a partir dessa premissa utilizarmos a prova ilícita no processo para que se possa provar o alegado.

3. DAS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO (TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA)

Nesse capítulo será abordada a questão da extensão da ilicitude das provas, bem como, os efeitos que poderá gerar sobre outras provas constantes nos autos e que, embora haja provas lícitas, sejam direta ou indiretamente derivadas daquelas provas ilícitas.

No que diz respeito sobre a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada tal concepção tem origem no direito norte-americano, o qual foi o percussor do *fruits of the poisonous tree*. Inicialmente cabe esclarecer que o direito norte-americano não possui um posicionamento absoluto no sentido de vedar toda e qualquer prova ilícita por derivação no processo.

²⁰ PAIM, Gustavo Bohrer. **A Garantia da Licidade das Provas e o Princípio da Proporcionalidade no Direito Brasileiro**, in As Garantias do Cidadão no Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 172.

²¹ PAIM, Gustavo Bohrer. **A Garantia da Licidade das Provas e o Princípio da Proporcionalidade no Direito Brasileiro**, in As Garantias do Cidadão no Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 183.

A teoria adota a lógica de que a árvore envenenada não pode dar bons frutos, teve o seu primeiro caso americano *Boyd v. United States* 116 U.S. 616 (1886)²², foi quando a Suprema Corte mencionou acerca das provas ilícitas por derivação, o caso se tratou à respeito de busca e apreensão de bens, referente a 35 casos de placas de vidros, em que os acusados estavam importando os produtos para os Estados Unidos e para o porto de Nova York, sujeito ao pagamento de tributos, conforme a legislação aduaneira da época, no entanto os proprietários das referidas mercadorias, estariam cometendo fraude.

Os demandantes, no entanto alegavam que por erro introduziram um pedido de mercadorias, contudo os demandantes solicitaram que tais mercadorias não fossem executadas, nos termos como estava sendo alegado perante o Tribunal. O importante nesse julgamento era demonstrar a quantidade e o valor do vidro em outros 29 casos importados anteriormente.

Assim, o Promotor de Justiça para que pudesse comprovar o alegado, dirigiu uma notificação aos acusados, obrigando-os a produzir as faturas referentes aos 20 casos de vidros anteriormente importados. Desta forma, os acusados em obediência ao solicitado pelo Promotor de Justiça, produziram a fatura, no entanto com a intenção de contestar a validade do documento, bem como a constitucionalidade da lei que estava obrigando os acusados de produzirem tal documento. O Procurador verificando os abusos e as evidências cometidas pelo Promotor de Justiça teceu seus argumentos no sentido de que, na medida em que obriga alguém a produzir provas contra si mesmo, essa prova será inconstitucional e inválida, ou seja, a apreensão, produção obrigatória de papéis privados de um homem para ser usada como prova contra ele mesmo é equivalente a obrigá-lo a ser testemunha contra si mesmo.

Dessa maneira, no caso *Boyd v. United States* desenvolveu-se a ideia de que uma prova produzida lícitamente, mas oriunda da infração de alguma das regras ou cláusulas, ou com violação de algum dos direitos garantidos pela Constituição,

²² **Boyd v. United States** (1886). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/case.html>>. Acesso em 07 de maio de 2016.

deveria ser excluída do processo, a fim de que não tivesse qualquer efeito na determinação do fato criminoso e de sua autoria.

Contudo, a solução somente foi idealizada algumas décadas depois, sendo então a doutrina dos frutos da árvore envenenada, consolidada através do julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co. v.s. United States* em 1920.

A doutrina sobre os frutos da árvore envenenada *fruits of the poisonous tree*, foi criada e aperfeiçoada pela Suprema Corte norte-americana em 1920, a partir do julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States* (1920), o fato foi que a empresa de madeira *Silverthorne Lumber* tentou sonegar o pagamento de tributos federais. Assim, no combate à fraude, agentes federais sem mandado judicial de busca e apreensão obtiveram documentos incriminatórios pertencentes à Empresa ora investigada, a questão chegou a Suprema Corte com o seguinte questionamento, se as provas derivadas de atos ilegais poderiam ser admitidas, ou não em juízo.

Foi então, que a Suprema Corte, formou o posicionamento no sentido de que, ao se permitir a utilização de evidências derivadas de atos ilegais, o Tribunal estaria encorajando os órgãos policiais a desrespeitar a 4ª Emenda da Constituição norte-americana. Dessa forma, o Tribunal decidiu pela inadmissibilidade das provas derivadas de provas obtidas ilicitamente.²³

A respeito do tema sobre as provas ilícitas por derivação a doutrina e a jurisprudência brasileira ainda não possuem um posicionamento consolidado e pacífico sobre a questão, uma vez que, o que está em jogo é a busca pela verdade, contudo não se pode deixar de esquecer que existem princípios fundamentais que devemos preservá-los em face de um bem maior.

Conforme a doutrinadora Ada Pellegrini Grinover, sustenta que o legislador nada discorreu sobre a possibilidade da admissibilidade da prova ilícita por

²³ **Silverthorne Lumber CO. vs. United States** (1920). Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/251/385/case.html>>. Acesso em 07 de maio de 2016.

derivação, que nada mais é em suas palavras: “são em si mesmas lícitas, mas a que se chegou por intermédio de informação obtida pela prova ilicitamente colhida.”²⁴.

Desse modo, se compreende por teoria dos frutos da árvore envenenada, quando há um vício na planta e que posteriormente se transmitirá a todos os seus frutos.

Em contrapartida, para o doutrinador Danilo Knijnik, destaque que:

O legislador constituinte empregou um termo claramente indicativo de que não apenas a prova ilícita estaria vedada, mas, também, a prova obtida por meios ilícitos, donde – s.m.j. – a prova, em si lícita, mas obtida ilicitamente, estaria igualmente abrangida pela inadmissibilidade processual [...] o constituinte praticamente decalcou a doutrina dos frutos da árvore proibida.²⁵.

Já para o autor Gustavo Bohrer, a questão da prova derivada,

teria uma solução mais justa com a adoção do princípio da proporcionalidade que, em casos excepcionais [...], admitiriam a prova mesmo que ilicitamente obtida para proteger direitos superiores.²⁶.

Não obstante, a doutrina sobre os frutos da árvore envenenada apresentar duas exceções significativas, a primeira exceção é de que serão admitidas as provas obtidas a partir de atos e/ou meios ilícitos se a relação entre a ação ilegal e a prova obtida for muito tênue (o que se chamou de *independent source* – fonte independente); e a segunda exceção quando as provas derivadas da ilícita puderem ser descobertas de outra maneira (o que se convencionou chamar de *inevitable discovery* – descoberta inevitável).

Nessa linha de pensamento, no que concerne sobre o descobrimento inevitável, os doutrinadores Marinoni e Arenhart, destacam que:

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P 135.

²⁵ KNIJNIK, Danilo. **A Doutrina dos Frutos da Árvore Venenosa e os Discursos da Suprema Corte na Decisão de 16.12.1993**, in Revista da AJURIS, Porto Alegre, vol. 23, n° 66, PP. mar.1996, p.62.

²⁶ PAIM, Gustavo Bohrer. **A Garantia da Licidade das Provas e o Princípio da Proporcionalidade no Direito Brasileiro**, in As Garantias do Cidadão no Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 186.

o descobrimento inevitável [...] a lógica do salvamento da segunda prova está em que não há motivo para retirar eficácia de uma prova que trouxe uma descoberta que inevitavelmente seria obtida. Dessa forma, seria possível dizer que nem todos os frutos da árvore venenosa são proibidas, pois alguns podem ser aproveitados.²⁷.

Já no que diz respeito à fonte independente, para os mesmos doutrinadores, afirmam que “a segunda prova não é admitida como derivada, mas como uma prova provavelmente independente, e, assim, despida de nexos causal com a prova ilícita.”²⁸.

O STF inicialmente havia adotado o posicionamento pela incomunicabilidade da ilicitude das provas, ou seja, o vício da prova ilícita não contamina as outras provas delas derivadas, assim eram válidas as provas decorrentes das provas ilícitas.

No entanto, posteriormente o Supremo Tribunal Federal, alterou o seu entendimento acerca da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, dispondo que a prova obtida por meio ilícito (gênero) e, aquelas provas derivadas (lícitas e ilícitas - espécies) desta mesma fonte ilícita serão consideradas inadmissíveis ao devido processo legal, uma vez que, foram contaminadas pela prova originária.

Igualmente, caso uma dessas provas derivadas de uma fonte originária ilícita forem, também, derivadas de uma fonte autônoma e lícita, estas provas serão consideradas ilícitas, caso a prova originária já esteja anexada aos autos da ação que versar sobre o direito probatório.

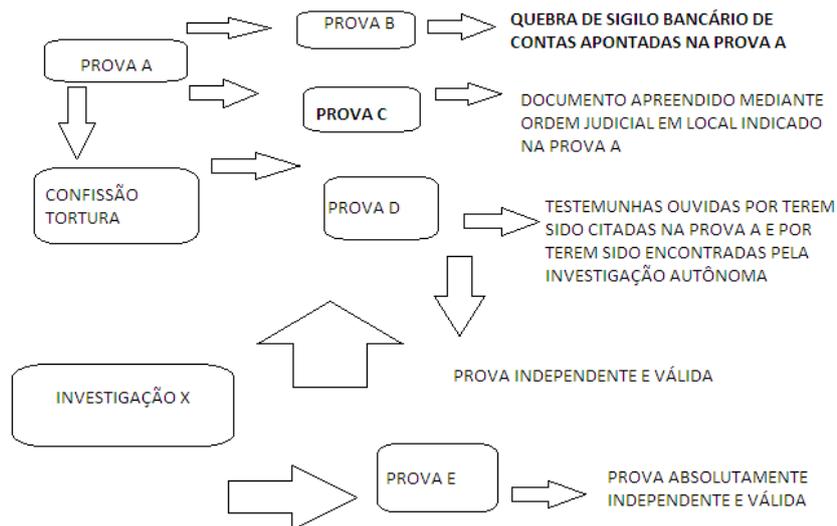
Por outro lado, se os elementos probatórios de uma prova derivar de uma fonte ilícita, e esta mesma prova, também, derivar de outra fonte autônoma (lícita), e não ocorrer à juntada da prova originária ilícita nos autos, tal prova que foi derivada de ambas as fontes (originária ilícita e autônoma lícita) será considerada prova lícita nos autos.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 277.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 279.

Por fim, caso a prova seja obtida tão somente por meio de uma fonte autônoma e lícita, esta será considerada uma prova absolutamente independente e válida no processo.

Sendo assim, segue abaixo quadro ilustrado pelo doutrinador Alexandre de Moraes, que exemplifica a situação das provas ilícitas por derivação.²⁹



A partir dessa premissa, após o enfrentamento da questão da prova ilícita no processo civil por derivação, será exposto no capítulo seguinte a análise jurisprudencial de como o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, bem como o Supremo Tribunal Federal, têm se posicionado atualmente acerca da questão das provas ilícitas no processo civil.

3.1. Posicionamento Adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sobre a Prova Ilícita

Conforme os acórdãos pesquisados, bem como, examinados e estudados, foram selecionados aqueles que exemplificam de forma clara e objetiva as questões sobre a prova ilícita, no processo civil brasileiro, igualmente acerca da

²⁹ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 30ª Ed. Editora Atlas. São Paulo, 2014. p. 119.

admissibilidade e inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, conforme vejamos abaixo:

No que concerne a respeito da gravação de fita magnética, o nosso Tribunal de Justiça vem se posicionando no sentido de que, em que pese ocorra sem o conhecimento e ou consentimento de uma das partes, não se caracteriza prova ilícita, sendo, portanto, admitida esse tipo de prova nos processos, dado que um dos interlocutores sempre terá conhecimento da gravação em fita magnética e tal gravação possui ligação direta com os fatos da lide, conforme vejamos os seguintes casos julgados recentemente em sede de Recurso de Apelação:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO. ORDEM MANIFESTAMENTE ILEGAL. PROVA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA POR UM DOS INTERLOCUTORES. 1. **A gravação clandestina de conversa ambiental própria ou entre presentes por um dos interlocutores não é prova ilícita. Precedentes do STJ.** 2. A secretária municipal do trânsito que ordena aos agentes de trânsito que deixem de lavrar autos de infração praticadas por motoristas do Município pratica ato de improbidade administrativa. 3. Na aplicação das sanções pela prática de ato de improbidade, devem ser consideradas as circunstâncias concretas, os danos, a reprovabilidade da conduta e as condições pessoais do agente ímprobo. Hipótese em que o ato ímprobo se reveste de certa gravidade que leva à aplicação da suspensão dos direitos políticos e multa civil por ter sido praticada por secretário municipal. Redução do valor da multa. Recurso provido em parte. (Apelação Cível Nº 70040250052, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 31/03/2011). Grifou-se.³⁰.

O caso mencionado acima, se trata de uma apelação interposta por Maria Neli Groff da Silva, contra a sentença que julgou procedente a ação de improbidade administrativa promovida pelo Ministério Público. Isto, pois, a sentença imputou à apelante a prática de improbidade administrativa, onde trabalhava na qualidade de Secretária Municipal de Transportes e Serviços Públicos de Santa Cruz do Sul. No entanto, a sua função laboral compreendia em lavrar autuações pela prática de infrações de trânsito na direção de veículos do respectivo município.

³⁰ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível** nº 70040250052, da 22ª Câmara Cível, Porto Alegre, RS. 31 mar. 2011. Disponível em: www.tjrs.jus.br/busca/search?q=prova+ilicita&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=* &entsp=a_poli tica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&client=tjrs_index&filter=0&aba=juris&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=prova+ilicita&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70040250052&as_q=+#main_re s_juris. Acesso em 17 de janeiro de 2016.

Contudo, a demandada não desempenhava a sua atividade de maneira proba, uma vez que determinava aos fiscais de trânsito que deixassem de autuar as infrações praticadas na direção dos veículos do município. Ocorre que, os agentes de trânsito, inconformados com as ordens emanadas pela apelante, realizaram uma gravação ambiental numa reunião, onde a apelante orienta os fiscais a não multarem os veículos oficiais na direção do município.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul destacou que, no processo criminal, dois participantes da reunião confirmaram que um dos agentes relatou a todos que a reunião seria gravada. Nessa linha, o tribunal *ad quem* destacou que, a gravação clandestina de conversa ambiental por um dos interlocutores não é, segundo a jurisprudência dos Tribunais Superiores, prova ilícita, senão vejamos:

O Supremo Tribunal Federal, no RE-RG-QO 583937, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 19/11/2009, publicado em 18/12/2009, reafirmou o entendimento segundo o qual “É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro”.

Igualmente, o Tribunal destacou que, em se tratando de violação ao princípio informativo da Administração Pública, é desnecessária a prova de dano ao erário ou do enriquecimento ilícito, bastando tão somente, o intuito doloso de violar a norma legal, o que ocorreu no caso.

Com base nesses fundamentos, o tribunal *ad quem* manteve a decisão da sentença recorrida, que condenou a recorrente à perda dos direitos políticos e de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, pelo prazo de 03 (três) anos e multa civil, equivalente a 12 remunerações brutas do cargo em comissão de Secretária Municipal.

Por outro lado, abaixo, segue outro caso concreto que podemos citar aqui para fins de exemplificação, em relação às gravações ambientais clandestinas obtidas de maneira ilícita, ou seja, quando a forma em que a prova é obtida, poderá torná-la ilícita.

AÇÃO ORDINÁRIA DE COMPENSAÇÃO DE DÍVIDA E RESTITUIÇÃO DE VALORES CUMULADA COM ANULAÇÃO DE TÍTULOS CAMBIÁRIOS.

NOTAS PROMISSÓRIAS. CASO CONCRETO. MATÉRIA DE FATO. Oponibilidade de exceções aos títulos. Tratando-se de demanda envolvendo o emitente e o beneficiário (relação direta), e sendo incontroverso que os títulos foram emitidos em garantia ao contrato de mútuo firmado, possível a oponibilidade de exceções com relação à causa de origem. **GRAVAÇÃO EM FITA MAGNÉTICA. ADMISSIBILIDADE QUANDO OBTIDA POR UM DOS INTERLOCUTORES. A prova por meio de gravação em fita magnética revela-se lícita, salvo se obtida clandestinamente, sem o conhecimento e consentimento de ao menos um dos interlocutores.** JUROS. COAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. A doutrina do ônus da prova repousa no princípio de que, visando a sua vitória na causa, cabe a quem afirma o direito o encargo de produzir provas capazes de formar, em seu favor, a convicção do juiz. No caso vertente, não se desincumbindo a contento o autor, ora apelante, desse encargo, a improcedência do recurso é a medida que se impõe, em face dos elementos constantes dos autos. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70006082614, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Victor Luiz Barcellos Lima, Julgado em 17/05/2005). Grifou-se.³¹.

No caso acima, o recorrente apelou da sentença que julgou improcedente os embargos do devedor, determinando o prosseguimento da execução, uma vez que o devedor contraiu um empréstimo, apresentando como garantia títulos cambiais. Ocorre que, o apelado afirma que o empréstimo foi de R\$ 19.500,00, e o apelante aduz que o mútuo foi de R\$ 12.000,00. Contudo, o apelante juntou nos autos uma gravação de conversa por meio de fita magnética, sem o consentimento de ambos os interlocutores.

Assim sendo, em sede recursal, o Tribunal alegou que, embora o colegiado tenha aceito e amenizado a ilicitude de gravação magnética realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, a ilicitude da mesma surge quando não há o conhecimento de ao menos um dos interlocutores. Em outras palavras, a gravação ambiental clandestina será considerada ilícita quando não houver a aquiescência de pelo menos um dos participantes da gravação.

Portanto, o Tribunal, no caso exposto acima, não considerou esse tipo de gravação como meio de prova, porquanto a forma como ela foi obtida, não condiz

³¹ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível** nº 70006082614, da 19ª Câmara Cível, Porto Alegre, RS. 17 maio 2005. Disponível em: www.tjrs.jus.br/busca/search?q=prova+ilicita&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&client=tjrs_index&filter=0&aba=juris&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=prova+ilicita&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70006082614&as_q=#main_re_s_juris. Acesso em 17 de janeiro de 2016.

com as garantias constitucionais, afrontando a intimidade, ou a moralidade das pessoas em conversas alheias, e não relacionadas à lide em comento.

Então, com relação às gravações clandestinas obtidas por meio ilícito, o nosso Tribunal de Justiça é unânime em afirmar que a prova é ilícita, o que logo de pronto deverá ser desentranhada dos autos, tendo em vista que, tal gravação, não fora realizada por uma das partes, ou que ao menos uma das partes tivesse conhecimento do que estaria sendo gravado. Além disso, estaria violando, também, os princípios fundamentais, conforme vejamos, também, através dos acórdãos colacionados abaixo, julgados em sede de Recurso de Agravo de Instrumento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM GUARDA, ALIMENTOS E PARTILHA DE BENS. GRAVAÇÃO CLANDESTINA. OITIVA DA MENOR. **As gravações realizadas na casa da genitora constituem prova clandestina, pois obtidas sem autorização judicial, violando assim o disposto no inciso X do art. 5º da CF/88.** Eventuais atos de alienação parental podem ser comprovados por meios lícitos, previstos em lei. Ao juiz é destinada a prova, cabendo-lhe deferir a realização daquelas que entender necessárias ao deslinde do feito. A oitiva da infante poderá ser realizada, posteriormente, se assim entender cabível o juízo, após a oitiva das testemunhas. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70057151524, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 12/12/2013). Grifou-se.³²

No que concerne ao acórdão que se colaciona logo em seguida, o doutrinador Alexandre de Moraes, nos alerta para o seguinte:

A necessidade de cuidados na utilização desse meio de prova, pois não se pode deixar de reconhecer que toda gravação apresenta grandes possibilidades de manipulações, através de sofisticados meios eletrônicos e computadorizados, pelos quais se podem suprimir trechos da gravação, efetuar montagens com textos diversos, alterar completamente o sentido de determinadas conversas ou, ainda, utilizando-se de aparelhos moderníssimos, realizar montagens de frases utilizando-se de padrões vocais de determinada pessoa, motivos pelos quais, como regra geral, devem ser inadmitidas como prova.³³

³² BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento** nº 70057151524, da 8ª Câmara Cível, Porto Alegre, RS. 12 dez. 2013. Disponível em: www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&client=tjrs_index&filter=0&aba=juris&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_gj=prova+ilicita&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70057151524&as_q=+#main_re_s_juris. Acesso em 17 de janeiro de 2016.

³³ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 30ª Ed. Editora Atlas. São Paulo, 2014. p.69.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRAVAÇÃO TELEFÔNICA CLANDESTINA. PROVA ILÍCITA. INADMISSIBILIDADE. DESENTRANHAMENTO. **A prova obtida por meio ilícito afronta ao disposto no art. 5º, X e LV, da CF/88, razão pela qual é inadmissível, devendo ser desentranhada dos autos.** AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70062180708, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 11/12/2014). Grifou-se.³⁴

Ademais, há de ser destacado que não se confunde as situações de interceptação telefônica com as gravações clandestinas, tal distinção é realizada pelo doutrinador Alexandre de Moraes, conforme segue:

As gravações clandestinas são aquelas em que a captação e gravação da conversa pessoal, ambiental ou telefônica se dão no mesmo momento em que a conversa se realiza, feita por um dos interlocutores, ou por terceira pessoa com o seu consentimento, sem que haja conhecimento dos demais interlocutores [...] não se confunde interceptação telefônica com gravação clandestina de conversa telefônica, pois enquanto na primeira nenhum dos interlocutores tem ciência da invasão de privacidade [...] e dependerá de ordem do juiz.³⁵

Necessário se faz o seguinte destaque, quando ocorre o desentranhamento de uma prova ilícita nos autos, como em alguns casos acima expostos, indispensável realizar o seguinte questionamento; até que ponto, racionalmente, essa prova ilícita, poderá influenciar no convencimento e na motivação do Magistrado? Ademias, mesmo que o Magistrado fique vedado em utilizar a prova ilícita como fundamento do seu julgamento ele estará contaminado pela prova ilícita já produzida nos autos?

Desta forma, verifica-se que a solução mais tênue quando deparar-se como uma prova ilícita, na qual deverá ser desentranhada dos autos, imprescindível requerer ao Magistrado que esteve em contato com a prova ilícita, que o mesmo seja afastado do caso em concreto, uma vez que, poderá influenciar no seu *decisum* com a prova ilícita.

³⁴ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento** nº 70062180708, da 8ª Câmara Cível, Porto Alegre, RS. 11 dez. 2014 Disponível em: www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&client=tjrs_index&filter=0&aba=juris&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_gj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70062180708&as_q=+#main_res_juris. Acesso em 17 de janeiro de 2016.

³⁵ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 30ª Ed. Editora Atlas. São Paulo, 2014. p. 63 e 65.

3.2 Posicionamento Adotado pelo Supremo Tribunal Federal sobre as Provas Ilícitas

Passamos a partir de agora, analisar como o Supremo Tribunal Federal vem percorrendo o seu posicionamento acerca da questão da prova ilícita no processo civil brasileiro. Além disso, importante salientar desde logo, que o STF tutela pela proteção da esfera íntima da pessoa e de sua vida privada.

Em sendo assim, o primeiro julgado que se introduz ao presente capítulo se trata de um remédio constitucional, ou seja, através de um *Habeas Corpus* o Supremo Tribunal Federal, discorreu o seu entendimento a respeito das provas ilícitas no processo:

Ementa: Habeas corpus. 2. **Inviolabilidade de domicílio** (art. 5º, IX, CF). Busca e apreensão em estabelecimento empresarial. Estabelecimentos empresariais estão sujeitos à proteção contra o ingresso não consentido. 3. Não verificação das hipóteses que dispensam o consentimento. 4. **Mandado de busca e apreensão perfeitamente delimitado. Diligência estendida para endereço ulterior sem nova autorização judicial. Ilícitude do resultado da diligência.** 5. Ordem concedida, para determinar **a inutilização das provas.** (HC nº 106566/SP, Órgão Julgador Segunda Turma, Relator: Min. Gilmar Mendes, Julgado em 16 de dezembro de 2014). Grifou-se.³⁶.

A ementa colacionada acima se trata de um *Habeas Corpus* referente a inviolabilidade domiciliar, em que o impetrante Andrei Zenkner Schmidt, estava sendo alvo de investigações policiais federais, quando no ano de 2004, os policiais cumpriram mandado de busca e apreensão expedido pelo juízo da Vara Federal Criminal tendo como alvo o endereço profissional do paciente Daniel Valente Dantas, localizado na Av. Presidente Wilson, 231, Rio de Janeiro/RJ, no 28º andar.

Contudo, na mesma oportunidade, os policiais realizaram busca e apreensão no endereço do Banco Opportunity S.A., localizado no 3º andar do mesmo edifício, ressalta-se que os policiais sequer tinham mandado judicial para a busca e apreensão em tal endereço.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus** nº 106.566/SP, da 2ª Turma. Brasília, DF, 16 dez. 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4003179>. Acesso em 17 de janeiro de 2016.

Após decidir pela realização da busca e apreensão no 3º andar, a autoridade policial entrou em contato com o juiz substituto da Vara Federal Criminal da época, foi então que esse juiz substituto emitiu uma decisão autorizando o espelhamento do disco rígido do servidor da instituição financeira, localizado no 3º andar.

O paciente peticionou ao juiz da causa, que proferiu decisão reconhecendo a ilicitude da prova obtida, mas negou-se a devolver os objetos apreendidos, alegando que a questão estava devolvida ao Tribunal Regional em sede de apelação em face da decisão que determinou as buscas. Contra a decisão que reconheceu a ilegalidade da busca, o Ministério Público Federal propôs a Correção Parcial, à qual foi negado seguimento.

Sobreveio decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, negando provimento ao apelo do paciente e do Banco Opportunity, contra o indeferimento da exclusão da prova.

Além disso, foi impetrado o *Habeas Corpus* nº 124.253, em favor do paciente, buscando, novamente, a exclusão da prova. Sobreveio decisão denegando a ordem, fundamentada na desnecessidade de referência precisa do local a ser cumprida a diligência de busca e apreensão, uma vez que o paciente seria, “notoriamente”, vinculado ao Banco Opportunity.

Como bem enfrentado pelo Ministro Gilmar Mendes no HC nº 106.566/SP, o Sr. Ministro foi categórico ao afirmar que, por mais que tenha existido um mandado de busca e apreensão, e esse mandado estava delimitado, ou seja, não era extensivo a outros lugares para serem realizadas as buscas.

Assim, a busca e apreensão de documentos e objetos realizados por autoridade pública em “casa” de alguém, sem autorização judicial fundamentada, revelam-se ilegítimas e o material eventualmente apreendido configura prova ilicitamente obtida, logo tal prova anexada aos autos deveria ser desentranhada dos autos e, tampouco, utilizada, bem como para que fosse providenciada a devolução junto à sede do Banco Opportunity o material apreendido

A partir da situação fática exposta acima, cabe averiguar de que forma o processo será conduzindo a partir dessa premissa, ou seja, de que forma o processo será descontaminado, uma vez que as provas foram obtidas de forma ilícita. Assim, necessário o cuidado em verificar o desentranhamento de todas as provas ilícitas anexadas aos autos, bem como seja realizado um novo julgamento acerca do caso e se houver a necessidade o Magistrado deverá ser substituído por outro para que não fique contaminado com as provas ilícitas, na qual já obteve acesso.

Na mesma linha de opiniões os doutrinadores Marinoni e Sérgio Arenhart, dispõem que:

se o tribunal decide que uma das provas em que a sentença se baseou é ilícita, o julgamento de primeiro grau deverá ser feito por outro juiz, que não aquele que proferiu a sentença que se fundou na prova ilícita.³⁷

No que diz respeito às gravações clandestinas, o Supremo Tribunal Federal também já se manifestou acerca do tema, tecendo o mesmo posicionamento que vem adotando o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, isto é, tal prova será considerada lícita em determinados casos, conforme vejamos:

Habeas corpus. Trancamento de ação penal. Investigação criminal realizada pelo Ministério Público. Excepcionalidade do caso. Possibilidade. gravação clandestina (gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento do outro). Licitude da prova. Precedentes. Ordem denegada. 1. Possibilidade de investigação do Ministério Público. Excepcionalidade do caso. O poder de investigar do Ministério Público não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais. A atividade de investigação, seja ela exercida pela Polícia ou pelo Ministério Público, merece, por sua própria natureza, vigilância e controle. O tema comporta e reclama disciplina legal, para que a ação do Estado não resulte prejudicada e não prejudique a defesa dos direitos fundamentais. A atuação deve ser subsidiária e em hipóteses específicas. No caso concreto, restou configurada situação excepcional a justificar a atuação do MP: crime de tráfico de influência praticado por vereador. 2. Gravação clandestina (Gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento do outro). Licitude da prova. Por mais relevantes e graves que sejam os fatos apurados, provas obtidas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas de procedimento não podem ser admitidas no processo; uma vez juntadas, devem ser excluídas. **O presente caso versa sobre a gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento de outro, isto é, a denominada “gravação telefônica” ou “gravação clandestina”. Entendimento do STF no sentido da licitude da prova, desde que não haja causa legal**

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 280.

específica de sigilo nem reserva de conversação. Repercussão geral da matéria (RE 583.397/RJ). 3. Ordem denegada. (HC nº 91613, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/05/2012).³⁸. Grifou-se.

A ementa colacionada acima se trata de gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento de outro, isto é, a denominada “gravação telefônica” ou “gravação clandestina”, assim através do *Habeas Corpus* impetrado ao STF, em favor de Vicente de Paulo Loffi, contra o acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao *Habeas Corpus* nº. 19.136/MG.

À época, o paciente, então vereador Vicente de Paulo, utilizando de sua função no Poder Legislativo Municipal para facilitar a construção do “Cemitério Parque Portal da Paz”, empreendimento que seria realizado pela empresa Minas Terra Empreendimentos Imobiliários Ltda., por meio de seu sócio-gerente, José Antônio Pereira Bitarães. Em troca dessa facilitação, teria solicitado o pagamento de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), a ser dividido entre o paciente e cinco outros vereadores da Câmara Municipal de Ribeirão das Neves.

Diante desses fatos, o Ministério Público ofereceu denúncia contra o paciente, imputando-lhe crime por tráfico de influência. O acusado apresentou defesa alegando a impossibilidade de recebimento da denúncia fundada em prova ilícita ou em provas dela derivadas, bem como ilegitimidade da instauração de inquérito criminal pelo Ministério Público.

No que diz respeito à ilicitude das provas o paciente aduz que nenhum dos interlocutores teriam autorizado a gravação das conversas telefônicas, tampouco teriam ciência de que essas conversas estavam sendo gravadas.

O Ministro Relator Gilmar Mendes, no presente caso denegou a ordem ao *Habeas Corpus* ora impetrado, uma vez que, em que pese à captação da conversa telefônica tenha ocorrido por um terceiro, no entanto com o conhecimento de apenas

³⁸ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus** nº 91.613/MG, da 2ª Turma. Brasília, DF, 15 maio 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2526322>. Acesso em 17 de janeiro de 2016.

um dos interlocutores, sem o conhecimento, portanto do outro, entende que não há o que se falar em ilicitude da prova, ou seja, a gravação clandestina, em casos excepcionais, gravadas por um terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores, tal prova será considerada lícita ao processo.

Contudo, no que se refere às provas ilícitas por derivação (Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada), o Supremo Tribunal Federal adota uma clara posição: as provas ilícitas por derivação resultam em provas contaminadas e, portanto, também ilícitas e inadmissíveis ao processo. Porém, recentemente, em determinados casos o STF tem se aceito a prova ilícita, utilizando como fundamento com base no princípio da proporcionalidade, bem como nos casos acima expostos.

4. (IN)ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

O último assunto a ser tratado no presente estudo, se refere a admissibilidade da prova ilícita. Conforme exposto nos capítulos anteriores a jurisprudência e a doutrina brasileira ainda divergem à respeito da admissibilidade das provas ilícitas no processo civil. Contudo, o entendimento dominante, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é no sentido da vedação do uso das provas ilícitas no processo civil, em atenção ao disposto no inciso LVI, do art. 5º da CRFB/1988.

No entanto, tendo em vista que nenhum princípio constitucional pode ser aplicado de forma absoluta e, sob pena de levar o seu uso ao cometimento de graves injustiças, muitas decisões fundamentadas nas Instâncias Superiores tem adotado com base no princípio da proporcionalidade, a relativização e em casos excepcionais à utilização da prova ilícita no processo civil.

Para o Doutrinador Alexandre de Moraes, acerca da admissibilidade, ou não das provas obtidas por meio ilícito, a regra é que devem ser inadmitidas, porém há de observar às exceções a regra,

A regra deve ser a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que só excepcionalmente deverão ser admitidas em juízo, em respeito às liberdades públicas e ao princípio da dignidade da pessoa humana na colheita de provas e na própria persecução penal do Estado.³⁹

Sendo assim, para o mesmo doutrinador Alexandre de Moraes, aplicando o Princípio da Proporcionalidade,

[...] as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizados, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização.⁴⁰

No que pertine às provas consideradas ilícitas por derivação, ou seja, uma prova ilícita da qual decorre uma prova lícita, não faltam na doutrina exemplos e posicionamentos acerca da admissão das provas, o doutrinador Fernando Capez, traz o seguinte caso:

uma interceptação telefônica clandestina que permite à autoridade policial tomar conhecimento da existência de uma testemunha que possa incriminar o acusado ou, ainda, a confissão mediante tortura que forneça dados verdadeiros acerca da localização do produto do crime.⁴¹

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, já decidiu em um caso no ano de 2008, através do *Habeas Corpus* nº 70.878/PR, em considerar admissível uma prova que deriva da prova ilícita:

1. Hipótese em que Juiz Federal, potencial vítima do “grampo telefônico”, deferiu diligências investigatórias requeridas pela Força-Tarefa composta por membros do Ministério Público e da Polícia Federal. Posteriormente, depois de ter-se deparado com provas contundentes da existência do crime, quando o próprio autor material do “grampo” confessou o delito, acolhendo a exceção oposta pelo Ministério Público Federal, deu-se por impedido/suspeito, remetendo os autos da investigação em andamento para o substituto.
2. É mister observar que a atuação do Magistrado impedido, até aquele momento, se restringiu a deferir diligências as quais se mostravam absolutamente pertinentes e necessárias à continuidade do trabalho inquisitivo-investigatório em andamento. Também não se pode olvidar que o foco central das investigações estava em outros episódios que caracterizariam, em tese, exploração de prestígio ou tráfico de influência, e lavagem de dinheiro.

³⁹ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 30ª Ed. Editora Atlas. São Paulo, 2014. p.116.

⁴⁰ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 30ª Ed. Editora Atlas. São Paulo, 2014. p.116.

⁴¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 302.

3. As providências investigatórias determinadas pelo Juízo Federal – que não agiu de ofício, mas sim acolheu requerimento da Força-Tarefa – eram mais do que razoáveis e pertinentes naquelas circunstâncias, razão pela qual se evidenciaram proporcionais e adequadas, sem malferimento a direito fundamental do investigado. E, mesmo que o Juízo quisesse proceder de modo tendencioso, pretendendo interferir no resultado da prova a ser colhida, nem assim poderia fazê-lo, simplesmente porque não detinha o domínio das diligências em questão, que, é claro, foram realizadas pelo aparato policial.

4. O juiz, ainda que formalmente impedido para a futura ação penal, não teve interferência direta na produção dos elementos de prova na fase pré-processual, porque sobre estes não teve ingerência, razão pela qual não se pode tê-los como de origem ilícita.

5. Ainda que assim não fosse, as instâncias ordinárias, soberanas na aferição do quadro fático-probatório, consideraram os elementos de prova, ora impugnados, coligidos na fase pré-processual, prescindíveis, na medida que, mesmo os desconsiderando, sobejariam provas de autoria e materialidade do crime, provenientes de fontes independentes, obstando o pretendido reconhecimento de nulidade por derivação.

6. Não se mostra pertinente a discussão em torno de delação premiada oferecida a Réus pelo Ministério Público, e homologada pelo respectivo Juízo, em outros autos. O que interessa para a ação penal em tela são seus efetivos depoimentos prestados, os quais foram cotejados com as demais provas pelo juiz da causa para formar sua convicção, sendo garantido ao ora Paciente o livre exercício do contraditório e da ampla defesa. Eventual nulidade desses acordos efetivados em outras ações penais – cuja discussão refoge aos limites de cognição deste writ – não tem o condão de atingir os depoimentos tomados na presente ação penal.⁴²

Já o Supremo Tribunal Federal entende que, excepcionalmente, nos casos de notória e extrema gravidade, as provas ilícitas poderão ser admitidas em juízo, por força do princípio da proporcionalidade. Sendo assim, o STF entender ser plausível a aplicação do princípio da proporcionalidade, quando se tratar de uma causa excludente de ilicitude, ou, ainda, nos casos de aplicação do princípio da proporcionalidade em hipóteses de legítima defesa.

O autor José Laurindo Netto, contextualiza que:

a proporcionalidade teve grande aparição na Alemanha pós-guerra, rompendo com a tradição da *civil law*, amparada nos artigos 1º e 2º da Constituição Alemã. Os Tribunais Alemães, entre eles o *Bundesgerichtshof*, têm indicado a aplicação do princípio da proporcionalidade, buscando a solução mais plausível dos casos em que se trata de provas obtidas ilicitamente.⁴³

⁴² BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus**. Matéria Penal. HC 70.878/PR. Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA. Julgado em 22/04/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=772483&num_registro=200602582276&data=20080616&formato=PDF>. Acesso em 07 de maio de 2016.

⁴³ NETTO, José Laurindo de Souza. **As Provas Ilícitas e Sua Derivação Diante do Princípio do Livre Convencimento Motivado**. “o desentranhamento do juiz contaminado. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR. Umuarama, v. 12, n. 2, jul./dez. 2009. p. 178.

Os doutrinadores Marinoni e Arenhart, também expressam seus posicionamentos acerca do princípio da proporcionalidade na busca em determinados casos ser possível a utilização das provas ilícitas:

Quando se pensa na regra da proporcionalidade, há sempre que se considerar o valor do bem jurídico que se busca proteger por meio da prova ilícita e o valor do bem oposto, por ela prejudicado. Após, verificar se há outra prova, além da ilícita, capaz de demonstrar as alegações. O ponto merece destaque. No processo civil, a prova ilícita apenas pode ser admitida quando não há qualquer outra prova capaz de evidenciar situação fática imprescindível à tutela de direito que, diante das circunstâncias do caso concreto, merece tutela em face do direito atingido pela prova ilícita.⁴⁴

O que se pode observar é que não existe uma restrição absoluta para a admissão processual da prova que deriva da ilícita, e sim alguns requisitos de admissibilidade da prova.

Ademais, a prova derivada da ilícita, nos casos da descoberta inevitável ou de fonte independente, é aceita no processo não por ser propriamente uma exceção à vedação constitucional, e sim porque seria uma prova produzida de qualquer forma e, portanto, é plenamente lícita, sendo perfeitamente admitida no processo civil.

Assim, o que se pode concluir é que as provas ilícitas podem ser admitidas em casos excepcionais, em sintonia com a aplicação do princípio da proporcionalidade, em que o Magistrado deverá fundamentar suas decisões com base nos meios de provas disponíveis ao processo.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 275.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente estudo foi possível identificar, que a Constituição Federal de 1988 em que pese ter permitido um grande avanço no que diz respeito a um Estado Democrático de Direito, foi insatisfatória ao dispor taxativamente acerca das provas ilícitas.

O presente estudo objetivou focar no princípio da proporcionalidade e o da legítima defesa, como instrumento hábil a permitir a utilização da prova ilícita no processo civil. Portanto, procurou-se salientar que a garantia constitucional que veda a prova obtida por meios ilícitos não é absoluta, como não o é nenhum outro princípio constitucional.

Desta forma, o que foi possível verificar acerca do presente estudo realizado é que o Magistrado para formar o seu juízo de convicção deverá reunir todas as provas que achar necessárias, dando-lhe o devido equilíbrio para cada uma das provas trazidas aos autos, para que então possa ocorrer uma decisão mais justa e verdadeira no processo.

No que diz respeito à discussão em torno da contaminação das provas derivadas daquelas consideradas ilícitas (Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada), o entendimento atual do STF é no sentido de que as provas ilícitas contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes, acolhendo a aplicação da teoria referida.

A questão da prova ilícita no processo civil brasileiro se mostra de grande complexidade, uma vez que, os fatos alegados em uma demanda devem estar calcados com base no direito probatório. Desta forma, o Magistrado deverá fazer a justa medida com base nos princípios constitucionais, com ênfase no princípio da proporcionalidade, para que então a busca da verdade e a prevalência da justa medida, sejam aplicadas, a cada caso que chegue ao nosso judiciário. Deste modo, em determinados casos, em casos excepcionais, poderá ser utilizada a prova ilícita para que se possa provar o alegado.

REFERÊNCIAS

Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, 2010. Disponível em: <www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Ed. Malheiros, 4ª Ed., 3ª tir., 2004.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas – Interceptações Telefônicas, Ambientais e Gravações Clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª ed, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Lei nº 13.105/2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus nº 106.566/SP, da 2ª Turma. Brasília, DF, 16 dez. 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4003179>.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus nº 91.613/MG, da 2ª Turma. Brasília, DF, 15 maio 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2526322>.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus. Matéria Penal. HC 70.878/PR. Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA. Julgado em 22/04/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=772483&num_registro=200602582276&data=20080616&formato=PDF>.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70040250052, da 22ª Câmara Cível, Porto Alegre, RS. 31 mar. 2011. Disponível em: <www.tjrs.jus.br/busca/search?q=prova+ilicita&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-

[8&ud=1&lr=lang_pt&client=tjrs_index&filter=0&aba=juris&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=prova+ilicita&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70040250052&as_q=+#main_res_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=prova+ilicita&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70040250052&as_q=+#main_res_juris)>.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70006082614, da 19ª Câmara Cível, Porto Alegre, RS. 17 maio 2005. Disponível em: <www.tjrs.jus.br/busca/search?q=prova+ilicita&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&client=tjrs_index&filter=0&aba=juris&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=prova+ilicita&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70006082614&as_q=+#main_res_juris>.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Agravo de Instrumento nº 70057151524, da 8ª Câmara Cível, Porto Alegre, RS. 12 dez. 2013. Disponível em: <www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&client=tjrs_index&filter=0&aba=juris&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=prova+ilicita&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70057151524&as_q=+#main_res_juris>.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Agravo de Instrumento nº 70062180708, da 8ª Câmara Cível, Porto Alegre, RS. 11 dez. 2014 Disponível em: <www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&client=tjrs_index&filter=0&aba=juris&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70062180708&as_q=+#main_res_juris>.

Boyd v. United States (1886). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/case.html>>.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 16ª ed., 2ª tir, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Eficácia dos Atos Processuais à Luz da CF**, in Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, nº 37, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KNIJNIK, Danilo. **A Doutrina dos Frutos da Árvore Venenosa e os Discursos da Suprema Corte na Decisão de 16.12.1993**, in Revista da AJURIS, Porto Alegre, vol. 23, nº 66, mar. 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2015,

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mátiros; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. ver. E atual. Porto Alegre: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 30ª Ed. Editora Atlas. São Paulo, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as provas Ilicitamente adquiridas**. Revista da AJURIS. Porto Alegre, novembro de 1996, nº 68.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Provas Atípicas**, in Revista de Processo. São Paulo: vol.19, n.76 (out./dez.1994).

NETTO, José Laurindo de Souza. **As Provas Ilícitas e Sua Derivação Diante do Princípio do Livre Convencimento Motivado**. “o desentranhamento do juiz contaminado. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR. Umuarama, v. 12, n. 2, jul./dez. 2009.

NUVOLONE, Pietro. **Le Prove Vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino**, 1966.

PAIM, Gustavo Bohrer. **A Garantia da Licitude das Provas e o Princípio da Proporcionalidade no Direito Brasileiro**, in As Garantias do Cidadão no Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVEIRA, Patricia Azevedo da. **Prova Cível**. 2ª Ed. Rio de Janeiro, 2005.

Silverthorne Lumber CO. vs. United States (1920). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/251/385/case.html>>.