

A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NA TUTELA COLETIVA

LA ADMISSIBILIDAD DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LA TUTELA COLECTIVA

Haroldo Pansardi Giavarina¹
Marcus Vinicius Bachiega²

RESUMO

Neste trabalho será abordado inicialmente o conceito de prova ilícita, em especial o aspecto dessa denominação, haja vista a razoável dissensão da doutrina sobre isso. Em seguida, devido à relevância para o desenvolvimento do tema central, trataremos da denominada prova ilícita por derivação, a qual foi bastante estudada no direito estadunidense e que atualmente está em voga no direito pátrio, em razão da nova redação do artigo 157 do Código de Processo Penal, conferida pela Lei nº 11.690/08. Ato contínuo, veremos o tratamento da Constituição Federal de 1988 à questão da prova ilícita, para, então, adentrarmos à análise do princípio da proporcionalidade, o qual fundamenta nossa assertiva da admissibilidade da prova ilícita na tutela coletiva.

Palavras-chave: prova; ilícita; admissibilidade; proporcionalidade; tutela; coletiva.

RESUMEN

En este trabajo será abordado inicialmente el concepto de prueba ilícita, en especial el aspecto de esa denominación, debido a la razonable disensión de la doctrina sobre eso. Enseguida, debido a la relevancia para el desarrollo del tema céntrico, tratarames de la denominada prueba ilícita por derivación, la cual fue bastante estudiada en el derecho estadunidense y que actualmente está en voga en el derecho pátrio, en razón de la nueva redacción del artículo 157 del Código de Proceso Penal, conferida por la Ley nº 11.690/08. Acto continuo, veremos el tratamiento de la Constitución Federal de 1988 a la cuestión de la prueba ilícita, para, entonces, adentrarnos al análisis del principio de la proporcionalidad, el cual fundamenta nuestra assertiva de la admisibilidad de la prueba ilícita en la tutela colectiva.

Palabras-clave: prueba; ilícita; admisibilidad; proporcionalidad; tutela; colectiva.

1. INTRODUÇÃO

O tema das provas ilícitas costuma atormentar o meio jurídico.

Embora existam alguns pontos de considerável pacificação acerca dessa questão, outros não são tão tranquilos assim.

O primeiro ponto de reflexão é o conceito de prova ilícita e suas espécies.

¹ Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru; Mestrando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru; Promotor de Justiça do Estado de São Paulo.

² Bacharel em Direito pela Universidade Mackenzie; Mestrando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino – ITE, Bauru/SP; Especialista em Direito Processual Civil pela Instituição Toledo de Ensino – ITE, Bauru/SP; Especialista em *Grandes Transformações do Processo* pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL; Docente na Faculdade Itana de Botucatu, mantida pela Instituição Toledo de Ensino; Juiz de Direito do Estado de São Paulo.

Depois é necessário saber qual o tratamento que o direito brasileiro dá a esse tema.

A inadmissibilidade da prova ilícita é um princípio constitucional, porém com nuances de relativização.

Isso se deve ao princípio da proporcionalidade, de concepção alemã, o qual orienta o balanceamento dos direitos em conflito.

Com amparo nesses princípios, vem a lume a tese da aceitação da prova ilícita *pro reo* ou *pro societate*.

Especificamente na tutela coletiva, o dilema está centrado na aceitação no processo da prova colhida com infração às normas materiais ou procedimentais e a relevância do direito litigioso.

Como sabido, a tutela coletiva se destina à proteção de direitos e interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, isto é, com significante abrangência e importância.

De outro lado, sabe-se que não raramente chegam às mãos dos legitimados ao processo coletivo provas de origem desconhecida ou colhida por meios escusos.

Interessa refletir sobre como lidar com essa prova ilícita e a consciência de que esta, se eventualmente empregada no processo coletivo, poderia mudar positivamente o rumo da lide e da própria comunidade.

É nesse ponto que pretendemos centrar o presente trabalho.

2. CONCEITO DE PROVA ILÍCITA

A terminologia empregada para a obtenção do conceito prova ilícita na doutrina brasileira ganhou certa unanimidade a partir da adoção da lição de Pietro Nuvolone (1917-1985), jurista italiano que se dedicou ao estudo do direito penal.

Nery Jr. (1999, p. 155) aborda a dificuldade da conceituação da prova ilícita:

O que é prova ilícita? Conceituar prova obtida ilicitamente é tarefa da doutrina. Há alguma confusão reinando na literatura a respeito do tema, quando se verifica o tratamento impreciso que se dá aos termos *prova ilegítima*, *prova ilícita*, *prova ilegitimamente admitida*, *prova obtida ilegalmente*. Utilizando-se, entretanto, a terminologia de *prova vedada*, sugerida por Nuvolone, tem-se que há prova vedada em sentido absoluto (quando o sistema jurídico proíbe sua produção em qualquer hipótese) e em sentido relativo (há autorização do ordenamento, que prescreve, entretanto, alguns requisitos para a validade da prova).

Resumindo a classificação de Nuvolone, verifica-se que a prova será *ilegal* sempre que houver violação do ordenamento jurídico como um todo (leis e

princípios gerais), quer sejam de natureza material ou meramente processual. Ao contrário, será *ilícita* a prova quando sua proibição for de natureza material, vale dizer, quando for obtida ilicitamente.

E continua o referido autor (*idem, ibidem*), citando a lição de José Celso de Mello Filho:

Em outra classificação, a prova pode ser ilícita em sentido material e em sentido formal. A *ilicitude* ocorre quando a prova deriva: “a) de um ato contrário ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório (invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, quebra de segredo profissional, subtração de documentos, escuta clandestina, constrangimento físico ou moral na obtenção de confissões ou depoimentos testemunhais etc.)”. Há *ilicitude formal* quando a prova “decorre de forma ilegítima pela qual ela se produz, muito embora seja ilícita a sua origem. A *ilicitude material* diz respeito ao momento *formativo* da prova; a *ilicitude formal*, ao momento *introdutório* da mesma. Em suma, razões de legalidade e de moralidade atuam como causas restritivas da livre atividade probatória do Poder Público”.

Grinover (2007, p. 158), uma das quais acolheu a referida terminologia, afirma:

[...] a prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada em lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida.

Assim, temos o gênero da prova ilegal e as espécies da prova ilegítima e da prova ilícita.

A primeira pode ser conceituada como aquela colhida com inobservância de norma de direito processual, portanto, no bojo do processo.

Na segunda a colheita se dá com infração às normas ou princípios de direito material, ou seja, fora do processo.

Porém, há autores que fazem ressalvas a essa especificidade terminológica e que propõem que a expressão prova ilícita deve ser tomada em sentido amplo, tanto para a violação de regra de direito processual como para a de direito material.

Lopes (2006, p. 96) é um deles. Segundo ele, *em sentido lato, abrange não só as provas contrárias à Constituição, como também às leis ordinárias e aos bons costumes. Em sentido restrito, refere-se às provas que ofendam disposições legais e constitucionais.*

Marinoni e Arenhart (2006, p. 325) acompanham este último e definem que a prova será ilícita quando violar qualquer espécie de norma, de direito material ou de direito

processual.

Em que pese a tecnicidade da doutrina de Nuvolone, a Constituição Federal de 1998 recepcionou o conceito *lato sensu* de prova ilícita no inciso LVI, do artigo 5³.

Mais recentemente o *caput* do artigo 157 do Código de Processo Penal⁴, cuja redação foi dada pela Lei nº 11.690/08, mostrou definitivamente a opção do legislador por um conceito singular de prova ilícita. Não há distinção das provas ilegítimas das ilícitas.

A propósito, o artigo 332 do Código de Processo Civil⁵, interpretado a *contrario sensu*, traz ainda um conceito diverso, consistente na prova imoral.

Cintra (2000, p. 17) define que a legitimidade moral que se exige é o respeito à dignidade humana e a adequação do meio de prova ao padrão ético vigente, incluindo-se nessa adequação a idoneidade para fundamentar racionalmente seus resultados.

Silva (2002, p. 353), citando Devis Echandia, comenta:

[...] o processo civil não é um campo de batalha no qual fosse permitido a cada contendor o emprego de todos os meios úteis e capazes de conduzir ao triunfo sobre o “inimigo”; ao contrário, o processo civil é instrumento destinado a tornar efetiva a observância e aplicação da lei e, em certos casos, é organizado para a solução de conflitos legais, de tal modo que seu emprego deve ser feito segundo padrões juridicamente válidos e legítimos, não sendo admissível que o magistrado – tanto no processo penal quanto no de qualquer outra natureza – se valha de expedientes e métodos ilegais, ou moralmente reprováveis, para assegurar o império da lei e do direito, movido pelo falso e universalmente recusado princípio de que “o fim justifica todos os meios”.

Parece-nos que a melhor interpretação é de que o Código de Processo Civil quis admitir as provas não previstas nas leis materiais e processuais (atípicas), desde que não ofendam os costumes e os princípios gerais do Direito, os quais inequivocamente consubstanciam um padrão moral.

3. A PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

Diz-se ilícita por derivação a prova colhida licitamente, mas extraída de outra obtida por meio ilícito.

³ LVI. São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

⁴ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

⁵ Art. 332. 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.

A Suprema Corte Americana denominou essa tese de *frutis of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada), que pela primeira vez foi empregada no caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States* (1920) e que foi citada expressamente com esse nome no caso *Nardone vs. United States* (1939) (AVOLIO, 2003, p. 68).

No primeiro caso, agentes federais, durante fiscalização supostamente rotineira, sigilosamente copiaram os livros da empresa *Silverthorne Lumber Co.*, a qual era suspeita de sonegar o pagamento de tributos federais, e instaurou procedimento investigativo, que culminou com a constatação da fraude. A Suprema Corte Americana foi instada a decidir sobre a admissibilidade das provas obtidas a partir da reprodução ilegal dos livros. Concluiu-se pela inadmissibilidade, pois caso contrário haveria infringência à 4ª Emenda da Constituição Norte-americana⁶.

Anos depois, no julgamento do segundo caso supracitado, a Suprema Corte Americana cunhou a referida expressão no seguinte trecho:

*In practice, this generalized statement may conceal concrete complexities. Sophisticated argument may prove a causal connection between information obtained through illicit wiretapping and the Government's proof. As a matter of good sense, however, such connection may have become so attenuated as to dissipate the taint. A sensible way of dealing with such a situation -- fair to the intendment of 605, but fair also to the purposes of the criminal law -- ought to be within the reach of experienced trial judges. The burden is, of course, on the accused in the first instance to prove to the trial court's satisfaction that wiretapping was unlawfully employed. Once that is established -- as was plainly done here -- the trial judge must give opportunity, however closely confined, to the accused to prove that a substantial portion of the case against him was a **fruit of the poisonous tree**. This leaves ample opportunity to the Government to convince the trial court that its proof had an independent origin⁷.* (destacamos)

Mais recentemente, a Suprema Corte Americana, de maneira diferente, aceitou, por maioria de votos (5 a 4), a prova oriunda de confissão extorquida (GRINOVER, 1996, p. 51).

De acordo com Avolio (*op. cit.*, p. 68), a doutrina e a jurisprudência ainda não

⁶ Disponível em: [<http://supreme.justia.com/us/251/385/case.html>]. Acesso em: 27 fev. 2014.

⁷ Na prática, a generalização dessa diretriz pode camuflar complexidades concretas. Argumentos sofisticados podem revelar um nexo de causalidade entre as provas obtidas por meio de interceptação telefônica ilegal e as provas obtidas licitamente pelos órgãos estatais. Por uma questão de bom senso, no entanto, a ligação pode se tornar tão tênue de forma a dissipar a mancha que macula a prova. Uma forma sensata de lidar com essa situação - justo para o *intendment de 605*, mas justo também para os fins do direito penal — deveria estar ao alcance de juízes experientes. O ônus da prova recai num primeiro momento sobre o acusado, que deve demonstrar que a gravação clandestina foi feita de modo ilegal. Uma vez que isto esteja estabelecido – como ocorreu satisfatoriamente aqui – o juiz deve dar oportunidade, embora restrita, do acusado demonstrar que uma porção substancial das acusações contra ele são frutos da árvore venenosa. Isto deixa uma ampla oportunidade para o aparato estatal convencer o juiz que a sua prova teve uma origem independente. (tradução livre)

chegaram a uma posição pacífica, quer no direito comparado, quer no direito brasileiro.

Para o mesmo autor, endossando o pensamento de Grinover, a posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, é que a que professa a transmissão da ilicitude da obtenção da prova às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo (*idem*, p. 71).

A doutrina dos frutos da árvore envenenada comporta três cláusulas principais de exclusão: a teoria da atenuação do nexo causal (*attenuation doctrine* – caso *Wong Sun vs. U.S.*, em 1963); a teoria da fonte independente (*independent source doctrine* – caso *Segura and Colon vs. U.S.*, em 1984); e a teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery doctrine* - caso *Nix vs. Williams*, em 1984).

Tais teorias, construídas na análise de casos concretos, configuram hipóteses em que, mesmo a despeito de haver sido reconhecida a ilicitude da prova antecedente, não foi determinada a exclusão das provas dela decorrentes.

O Supremo Tribunal Federal (STF), antes da Constituição Federal de 1988, no julgamento do *habeas corpus* nº 63.834-SP, em 18 de dezembro de 1986, insinuou o impedimento do ingresso no processo das provas ilícitas por derivação:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PROVA ILÍCITA. CONSTITUCIONAL. GARANTIAS DOS PARÁGRAFOS 9º E 15 DO ART. 153 DA LEI MAIOR (INOBSERVÂNCIA). TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL.

1 - Os meios de prova ilícitos não podem servir de sustentação ao inquérito ou a ação penal.

2 - As provas produzidas no inquérito ora em exame - gravações clandestinas - além de afrontarem o princípio da inviolabilidade do sigilo de comunicações (parágrafo 9º, e art. 153, CF), cerceiam a defesa e inibem o contraditório, em ofensa, igualmente, a garantia do parágrafo 15, art. 153, da Lei Magna.

3 - Inexistência, nos autos, de outros elementos que, por si, justifiquem a continuidade da investigação criminal.

4 - Trancamento do inquérito, o qual poderá ser renovado, fundando-se em novos indícios, na linha de previsão do estatuto processual penal.

5 - Voto vencido que concedia a ordem em menor extensão. RHC provido para determinar o trancamento do inquérito policial.

Após 1988 o STF passou a julgar mais uniformemente a teoria do fruto da árvore envenenada, a exemplo dos *habeas corpus* nºs 73.351-4/SP, 74.299/SP e 75.545-3/SP.

Neste último julgado, o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, pontificou:

A doutrina da proscrição dos *fruits of the poisonous tree* é não apenas a orientação capaz de dar eficácia à proibição constitucional da admissão da

prova ilícita, mas, também, a única que realiza o princípio de que, no Estado de Direito, não é possível sobrepor o interesse na apuração da verdade real à salvaguarda dos direitos, garantias e liberdades fundamentais, que tem seu pressuposto na exigência da legitimidade jurídica da ação de toda autoridade pública.

Contudo, entre um julgado e outro, o STF se deixou permear pela teoria da fonte independente da prova derivada, a qual aceita a prova que não decorre da ilícita e que foi obtida por outra fonte⁸.

A título de ilustração, vejamos um deles:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROVA ILÍCITA. ESCUTA TELEFÔNICA. *FRUITS OF THE POISONOUS TREE*. NÃO-ACOLHIMENTO. Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida judicialmente. É que a interceptação telefônica - prova tida por ilícita até a edição da Lei nº 9.296, de 24.07.96, e que contaminava as demais provas que dela se originavam - não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial. Habeas corpus indeferido. (*Habeas Corpus* 74.478-8/SP – 1ª Turma - j. 17.12.1996 – Rel. Min. Ilmar Galvão)

Nessa linha é que a Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008, veio alterar o artigo 157 do Código de Processo, o qual passou a ter a seguinte redação:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º. 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.

§ 3º. Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Vê-se nos parágrafos que, de maneira inovadora e com reflexos em todo o ordenamento jurídico nacional, a teoria do nexo causal atenuado a teoria da fonte independente foram expressas como hipótese de exceção à prova ilícita derivada.

A primeira exceção do supracitado dispositivo legal, denominada de *attenuation*

⁸ HC 75.545-3/SP; HC 74.152-5/SP; HC 74.599-7/SP.

doctrine, que a propósito era minimamente debatida na doutrina e na jurisprudência nacionais, como visto, teve origem no caso *Wong Sun vs. United States* (1963).

Consta que agentes ingressaram num imóvel residencial e, sem indícios suficientes do tráfico de drogas, prenderam abusivamente um sujeito. Este delatou que um segundo sujeito havia vendido drogas, o qual foi preso e que igualmente delatou um terceiro, também preso. Todos foram libertados posteriormente. Ocorre que o terceiro, de seu interrogatório extrajudicial, confessou o tráfico de drogas. A Suprema Corte Americana concluiu que, conquanto ilegais as prisões do primeiro e do segundo devido à violação do domicílio, a confissão do terceiro, após ganhar a liberdade, teve diminuto nexos causal com a mencionada ilegalidade⁹.

Questiona-se se a atenuação do nexos causal é suficiente ou se o legislador pretendeu a exigir a inexistência completa do nexos causal.

Parece-nos que a expressão *não evidenciado o nexos de causalidade* leva à conclusão de que houve a adoção da teoria do nexos causal atenuado. Aliás, uma vez inexistente o nexos causal sequer há que se falar em prova ilícita derivada.

A segunda hipótese excepcional diz respeito à teoria da fonte independente (*independent source doctrine*). Existindo duas fontes das quais pode ser colhida a prova, sendo uma admissível e outra ilícita, é de se reconhecer a admissibilidade e a não contaminação da prova derivada.

Igualmente de origem americana, essa teoria teve foi emblemática no caso *O'Brenski* (1967), quando foram consideradas lícitas as declarações de uma adolescente de quatorze anos a respeito da prática de relações sexuais com adultos num apartamento, uma vez que, conquanto a busca no imóvel tenha sido ilícita, a polícia já dispunha de informações sobre o crime.

No entanto, o §2º, do artigo 157, do Código de Processo Penal, não passa ileso de críticas.

A carga de subjetivismo é relevante. Ficarà a critério do julgador compreender o que é fonte independente.

Em que pese o §3º tenha tentado definir que fonte independente é aquela que *por si só, seguindo os trâmites típicos de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova*, resta evidente que esse dispositivo comporta inúmeras interpretações, o que não é recomendável no processo penal.

⁹ Disponível em: [<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471>]. Acesso em: 02 mar. 2014.

Barros (2011, p. 155) opinou:

Lamentavelmente a sua tentativa [do legislador] empacou no território das boas intenções que não produzem a pretendida eficácia, pois não conseguiu afastar a discórdia das teses que serão sustentadas pela acusação e pela defesa, já que a expressão “seria capaz” é extremamente vaga e destituída de um mínimo de certeza.

De outro lado, a definição deste último dispositivo legal confunde a teoria da fonte independente com sua variante, a teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery doctrine*), consistente na admissibilidade da prova derivada quando for demonstrado que esta seria inevitavelmente descoberta por outros meios lícitos.

Voltando ao tema do trabalho, embora no sistema processual civil não exista disposição semelhante à do artigo 157 do Código de Processo Penal, toda esta construção teórica por pode ser aproveitada na produção da prova no processo coletivo.

Ao Ministério Público, por exemplo, muitas vezes são levadas ou entregues anonimamente provas obtidas ilicitamente, as quais seriam inexoravelmente obtidas no inquérito civil já instaurado para a investigação daquele fato, de maneira a autorizar a aplicação da teoria da descoberta inevitável.

Mais que isso, será abordado adiante que a teoria da proporcionalidade autoriza sustentar a admissibilidade da própria prova ilícita na tutela coletiva.

4. A INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Não obstante o assunto das provas ilícitas já tenha sido objeto de inúmeros estudos, é seguro afirmar que, assim como a sociedade, sua compreensão está atrelada a constante evolução, notadamente no campo dos meios de comunicação e das tecnologias.

Sobre os meios ilícitos de prova, Silva (*op. cit.*, p. 356) diz:

[...] este problema cresce de importância, tornando-se mesmo decisivo, frente à possibilidade, sempre crescente, do emprego de toda sorte de tecnologias eletrônicas capazes de serem empregadas para a obtenção de provas, sem o conhecimento ou a permissão daquele contra quem a prova, obtida clandestinamente, será depois produzida [...]

Viu-se que o inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição Federal, preceitua a inadmissibilidade processual da prova ilícita.

Pergunta-se: qual seriam as causas que teria levado o constituinte a fazer tal opção?

Azenha (2003, p. 128) responde coerentemente:

Efetivamente, depois de um longo período de ditadura militar (1964-1985), onde os direitos fundamentais foram desrespeitados de forma arbitrária, a redemocratização criaria uma grande expectativa, em toda a sociedade brasileira, de que a cidadania e a dignidade humana fossem recuperadas.

[...]

Essa proibição, portanto, tem como objetivo privilegiar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, não se permitindo a violação como justificativa de obtenção de uma prova.

Registre-se que, até o advento da Constituição Federal de 1988, a doutrina brasileira, a despeito do que já previa o artigo 332 do Código de Processo Civil, apresentava duas correntes sobre a admissibilidade processual das provas ilícitas, com preponderância da teoria da admissibilidade, especialmente no direito de família (AVOLIO, 2003, p. 73).

Embora tal critério aparentemente absoluto da atual Carta, permanece o dissenso na doutrina e na jurisprudência.

De um lado, Weber Martins Batista, Ada Pellegrini Grinover e Antonio Magalhães, entres outros, afirmam não haver espaço algum no ordenamento para acatar a admissibilidade das provas consideradas ilícitas no processo, em função da forma cogente como foi redigido tal dispositivo constitucional; de outro, José Carlos Barbosa Moreira, Luiz Gustavo Grandinetti C. de Carvalho e Calmon de Passos defendem que há não nenhum direito fundamental absoluto, e muito menos há hierarquia entre estes, de maneira que seria extremamente injusto que o direito à prova, decorrente do direito de ação e de defesa (acesso ao judiciário), estivesse sempre submerso a um direito de igual hierarquia, sem que ao menos se examinasse o valor de suas alegações (MENDONÇA, 2004, p. 68).

Reputamos que interessa saber, para o tema deste trabalho, quando devem ser aceitas no processo as provas ilícitas que não contam com norma de declare expressamente sua inadmissibilidade.

Quatro correntes fundamentais se formaram:

1ª) a prova ilícita é admitida quando não houver impedimento na própria lei processual, punindo-se quem produziu a prova pelo crime eventualmente cometido (Cordero, Tornaghi, Mendonça Lima);

2ª) o ordenamento jurídico é uma unidade e, assim, não é possível consentir que uma prova ilícita, vedada pela Constituição ou por lei substancial, possa ser aceita no âmbito processual (Nuvolone, Frederico Marques, Fragoso, Pestana de Aguiar);

3ª) é inadmissível a prova obtida mediante violação de norma de conteúdo constitucional porque será inconstitucional (Capeletti, Vigoriti, Comoglio);

4ª) admite-se a produção de prova obtida em violação de norma constitucional em situações excepcionais quando, no caso, objetivava-se proteger valores mais relevantes do que aqueles infringidos na colheita da prova e também constitucionalmente protegidos (Baur, Barbosa Moreira, Renato Maciel, Hermano Duval, Camargo Aranha, Moniz Aragão) (FERNANDES, 2012, p. 90)

Esta última conta com maior relevância atualmente. Trata-se de resultado da aplicação do princípio da proporcionalidade, o qual tem perfeito cabimento na tutela coletiva de interesses difusos e coletivos, igualmente protegidos pela Constituição Federal.

5. A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

Percebeu-se que a rigidez adotada pela legislação pátria, maior até mesmo que em outros países que adotam a inadmissibilidade da prova ilícita, pode acarretar situações injustas ou inviabilizar o exercício de direitos fundamentais, muitas vezes, mais importantes que aqueles que o instituto visa proteger.

Para evitar tais situações, há a possibilidade de invocar o princípio da proporcionalidade (princípio da proibição do excesso), já consagrado no direito estrangeiro.

Avolio (*op. cit.*, p. 56) nos ensina:

[...] a idéia de proporcionalidade, que já se fazia presente na *justitia vindicativa talionica*, expressa na regra da reação a uma agressão sofrida, permaneceu impregnada em todo o pensamento jurídico-filosófico, passando por Aristóteles, Dante, Hugo Grócio e muitos outros. A partir do século XVIII, com maior intensidade no século XIX, guardava relação com as limitações administrativas da liberdade individual, sendo então acolhida pela Teoria do Estado.

No plano constitucional, tal princípio tem origem na Alemanha pós-guerra, quando a Constituição Federal de 1949 passou a tutelar os direitos fundamentais, pondo-os a salvo do arbítrio (ditadura de *Hitler*), consagrando o princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Com base no *Verhältnismassigkeitprinzip* (princípio da proporcionalidade), os tribunais alemães têm admitido provas obtidas mediante a violação à disposição constitucional, desde que seja a única forma possível e razoável de proteger outros valores fundamentais mais urgentes, segundo a avaliação dos julgadores.

O princípio da proporcionalidade reúne, sob a visão constitucional, a ilicitude material e a não-admissão da prova no processo e, a despeito da violação à Constituição, admite a prova ilícita para evitar possíveis distorções ou resultados desproporcionais, injustos e repugnantes. É assim, uma exceção à proibição de provas ilícitas, pois o princípio da proporcionalidade reconhece a inconstitucionalidade da prova ilícita, mas autoriza o julgador a escolher um caminho mais justo, entre fulminar a prova ilícita ou aceitá-la, sacrificando algum valor inserido na Constituição (AZENHA, *op. cit.*, p. 135).

Encontra correspondência no princípio da razoabilidade admitido no direito americano, ou seja, a adequação dos meios aos fins, o que autoriza afirmar que há possibilidade de admissão de provas ilícitas desde que esta seja a única forma possível e razoável de proteger outros valores fundamentais mais urgentes, como a vida, a liberdade, a coletividade, o meio-ambiente.

No direito estadunidense, questão interessante em que se aplicou o princípio da razoabilidade surgiu quando a população passou a questionar a conduta moral do ex-Presidente Bill Clinton:

Exemplo que está nos jornais, tem se passado nos EUA. Diz respeito à publicação por uma revista masculina de fotos nas quais, Paula Corbin – que acusa o Presidente dos EUA, Bill Clinton de tê-la assediado sexualmente em 1991, quando Clinton era então governador do Estado de Arkansas – aparece, aos 19 anos, seminua abraçada com o namorado. Ao saber que o ex-namorado Mike Tuner havia vendido as fotos para divulgação, Paula admitiu a veracidade do material fotográfico, mas entrou com representação judicial para impedir a publicação. O juiz Peter Leisure, de Nova Iorque, julgou, em 1º.12.1994, a ação improcedente, afirmando que “as fotos em questão estão relacionadas com artigo de interesse público” (AZENHA, *op. cit.*, p. 141).

Percebeu-se que a cega aplicação da proibição da produção de provas conceituadas como ilícitas poderia trazer efeito inverso, inviabilizando o exercício de direitos de grande relevância em detrimento da intimidade de poucos.

Dessa maneira, com amparo nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade e reconhecendo-se a necessidade de flexibilização da proibição, formularam-se as teorias da admissão das provas ilícitas *pro reo* e *pro societate*.

No campo das provas ilícitas *pro reo* (princípio do *favor rei*), há que se aceitar a produção de provas ilícitas a fim de comprovar a inocência do réu. Neste caso (*v.g.*, gravação clandestina), o direito à intimidade cede ao direito fundamental da liberdade.

O exemplo clássico é justamente da gravação clandestina realizada pelo acusado de crime que acaba por registrar a confissão do verdadeiro culpado. Ilógico seria expurgar dos

autos a gravação, tutelando-se a intimidade do criminoso, quando em jogo estaria a possibilidade de grave violação de direitos fundamentais superiores: a liberdade do indivíduo e a presunção de inocência.

Grinover (1990, p. 62) esclarece:

[...] aliás, não deixa de ser, em última análise, manifestação do princípio da proporcionalidade, a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência de seus direitos fundamentais. Trata-se da aplicação do princípio da proporcionalidade na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, informado pelo princípio do *favor rei*. Mas a justificativa para a aceitação da prova ilícita *pro reo* também reside em ponderações de caráter político, porquanto sua rejeição poderia estimular investigador desleal, que teria interesse em obtê-la intencionalmente contra as prescrições legais, estabelecendo assim as premissas para a sua exclusão, e quiçá, para a sua condenação.

Em contraposição, há aqueles que admitem a chamada prova ilícita *pro societate*, em que seria possível a adoção de provas ilícitas quando o objetivo seja proteger a coletividade, porém, mais uma vez, com a necessária ponderação entre os direitos fundamentais contrapostos.

Moreira (2001, p. 72), buscando fundamentos culturais para explicar a razão da inadmissibilidade absoluta da prova ilícita no Brasil, com propriedade afirma:

[...] explica-se tal opção, em grande parte, por circunstâncias históricas. A Constituição foi elaborada logo após notável mudança política. Extinguiu-se recentemente o regime autoritário que por tanto tempo dominara o país, e sob o qual eram frequentes e graves as violações dos direitos fundamentais, sem exclusão dos proclamados na Carta da República então em vigor, como a inviolabilidade do domicílio e da correspondência. Ninguém podia considerar-se imune a diligências policiais arbitrárias ou ao “grampeamento” de aparelhos telefônicos. Quis-se prevenir a recaída neste gênero de violências. É mister reconhecer que, naquele momento histórico, não teria sido fácil conter a reação contra o passado próximo nos lindes de uma prudente moderação. Se puxamos um pêndulo com demasiada energia em certo sentido e assim o mantemos por largo tempo, quando seja liberado ele fatalmente se moverá com forma em sentido oposto.

Ao receio histórico deve-se adicionar a constante preocupação quanto ao possível subjetivismo acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Sobre este aspecto, Avolio (*op. cit.*, p. 66-67) aponta:

[...] a teoria encerra um subjetivismo ínsito, que já deflui da impossibilidade de enunciação dos seus elementos essenciais – interesses e valores – num

plano abstrato. Sua aplicação jurisprudencial, como demonstram as linhas de evolução, reveste-se de algumas incertezas. Por isso, como afirma Trocker, não é de causar estranheza o ceticismo daqueles que vêem no princípio da proporcionalidade um parâmetro excessivamente vago e perigoso para uma satisfatória sistematização das vedações probatórias.

Todavia, reconhece esse autor que a própria relação *direito material-direito processual* é de *meio-fim*, trazendo ínsita a marca da proporcionalidade: o excesso de formalismo no processo, assim, poderia inviabilizar a aplicação do direito material (*idem*, p. 60).

Aliás, impedir a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo temor de ponderações distorcidas não se mostra adequado diante da sempre presente possibilidade de reforma através de recursos e outros instrumentos processuais adequados.

Seria realmente razoável afastar do juiz o exercício de tal ponderação baseado no receio de abuso no subjetivismo?

Ao contrário, na prática, muito mais razoável mostra-se permitir ao magistrado, ao ponderar a situação em cada caso concreto, admitir a produção de prova ilícita para tutelar direito fundamental de maior vulto, evitando situações de possíveis injustiças.

Nesta linha de raciocínio, Carvalho (1998, p. 103) assevera:

[...] surgiu uma variação que vai ganhando força cada vez mais, e que consiste em admitir a prova, mesmo ilícita, se for a única forma de proteger outro valor fundamental. Trata-se de sopesar os interesses protegidos constitucionalmente e admitir a prova ilícita se sua produção foi indispensável para a salvaguarda de outro interesse tutelado e mais valioso. É o critério da proporcionalidade (Alemanha) ou da razoabilidade (Estados Unidos).

Não é outro o entendimento de Moreira (*op. cit.*, p. 103) ao afirmar:

[...] dentre os extremos das teorias ora formuladas, tem-se proposto soluções mais matizadas. Pensam muitos que a complexidade do problema repele o emprego de fórmulas apriorísticas e sugere posições flexíveis. Seria mais sensato conceder ao Juiz a liberdade de avaliar a situação em seus diversos aspectos: atento à gravidade do caso, à índole da relação jurídica controvertida, à dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos ortodoxos, o vulto do dano causado e outras circunstâncias, o julgador decidiria qual dos interesses em conflito deva ser sacrificado e em que medida.

Ainda, pelo magistério de Medeiros Neto (2010, p. 68), o princípio da proporcionalidade deve ser considerado um mecanismo colocado à disposição do magistrado,

para que este, em cada caso concreto, possa ponderar entre os valores constitucionalmente garantidos e fazer uma escolha que acarretará, ou não, na mitigação da regra de não admissão da prova ilícita.

No julgamento do HC nº 3.982, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) admitiu que o artigo 5º, inciso LVI, ao dispor serem inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos, não tem conotação absoluta. Entendeu o Tribunal é possível adotar-se o princípio da proporcionalidade justamente por haver sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca dos valores maiores na construção da sociedade.

Não há dúvida, portanto, que vem tomando corpo, tanto na doutrina como na jurisprudência, a aplicação do princípio da proporcionalidade, para que se evitem situações injustas que não se sustentam ou se justificam apenas diante da inafastabilidade da regra da proibição da prova ilícita.

6. A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NA TUTELA COLETIVA

Diversamente da ampla aceitação da prova ilícita *pro reo*, a doutrina e jurisprudência são recalcitrantes acerca da utilização da prova ilícita *pro societate* no processo penal.

No entanto, não se mostra despropositado aceitar, com fundamento no já discutido princípio da proporcionalidade, a produção de prova ilícita *pro societate* no processo coletivo, a fim de proteger valores preponderantes, como a vida, o meio-ambiente, a probidade da administração pública, a saúde, a democracia, os quais têm resguardo constitucional.

Aliás, como já afirmado, no Brasil vigora a regra da liberdade ou atipicidade dos meios de prova, o que significa dizer que se pode produzir prova por qualquer meio, desde que moralmente legítimas.

Os meios de prova podem ser aqueles previstos expressamente em lei, mas também aqueles que não estão previstos em lei, chamados de atípicos.

Tal característica do processo civil pode alicerçar o entendimento de que há uma maior liberdade na produção probatória, possibilitando, destarte, a aplicação com mais tranquilidade do princípio da proporcionalidade.

No processo coletivo, cujo microsistema segue as mesmas regras do CPC, evidentemente também incide a proibição da produção da prova obtida por meio ilícito.

Ocorre que, inexistindo qualquer outro modo de provar-se o alegado, a prova ilícita pode ser excepcionalmente admitida, com base nos princípios da razoabilidade e da

proporcionalidade.

Identifica-se outro fator que milita a favor da utilização do princípio da proporcionalidade na tutela coletiva: a preocupação justificada do legislador com a insuficiência probatória nas ações coletivas.

No direito brasileiro encontramos regras processuais que permitem o ajuizamento de nova demanda coletiva, baseada em prova nova, quando a ação anterior, sobre o mesmo objeto, acabou sendo julgada improcedente pela insuficiência de provas.

Os incisos II e III, do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, ao disciplinar os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas, é expresso ao prever a ressalva quanto à improcedência do pedido por insuficiência probatória.

Por sua vez, a Lei da Ação Civil Pública (7.347/85), em seu artigo 16, decreta que *a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.*

Previsão semelhante é trazida pelo artigo 18 da Lei da Ação Popular (4.717/65), que estabelece que *a sentença terá eficácia de coisa julgada oponível erga omnes, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.*

Não há dúvida que tais dispositivos legais demonstram a preocupação do legislador com a tutela eficiente do processo coletivo, o que reflete na atividade probatória.

Reconhece o legislador, de forma explícita, que a sociedade não poderia arcar com as consequências negativas de uma sentença de improcedência, resultado de uma ação precariamente instruída interposta por um dos co-legitimados.

Mais uma vez vem à tona a contraposição de interesses fundamentais que deve ser resolvida através da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Nesta linha de raciocínio, Mendonça (*op. cit.*, p. 50) assevera:

A admissibilidade da prova viciada violadora de um direito fundamental, em prol do fim público da justiça e da defesa social, sempre foi um tema divisor de opiniões. De um lado observa-se a predominância do direito coletivo em detrimento do particular e, normalmente, é esta a regra. Entende-se que o direito de todos deve prevalecer sobre o direito individual fundado em razões lógicas de paz social e do bem comum. De outro lado, verifica-se, neste particular, o confronto entre o direito à prova e o direito à intimidade, prevalecendo este sobre aquele, de acordo com a opção do legislador constituinte.

Aliás, o princípio da livre produção da prova, trazida pelo Código de Processo Civil, potencializa a adoção do princípio da proporcionalidade nas lides coletivas, em que estão em jogo interesses sociais superiores que não podem ser afastados a pretexto de se preservar intimidade de particulares, ligados a interesses meramente privados.

Nesse sentido, o Projeto do CPC que está no Senado prevê no parágrafo único, do artigo 257, que a *inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos*.

7. CONCLUSÃO

A inadmissibilidade das provas ilícitas, entendidas nestas tanto as ilegais como as ilegítimas, já não é tão rígida como aparenta o inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Paulatinamente vem sendo atenuada, seja pela necessidade da evolução das relações sociais, seja pela concepção de novos direitos.

Antes abordada somente pela jurisprudência nacional, influenciada pelas teorias nascidas em julgamentos da Suprema Corte Americana, o tratamento da prova ilícita por derivação conta atualmente com previsão no Código de Processo Penal, o que, à míngua de correspondência no processo civil, pode ser neste aproveitada, inclusive na tutela coletiva.

A par disso, a doutrina já discutia e propunha, embora ainda controversa, a inexistência de direito fundamental absoluto ou de hierarquia entre eles.

Nesse contexto está o princípio da proporcionalidade, o qual justifica a mitigação de um direito ou garantia fundamental em favor de outro que exija maior proteção em determinado contexto.

Assim, aceita-se tranquilamente, por exemplo, que a inadmissibilidade da prova ilícita ceda à tutela da liberdade do réu (*pro reo*).

Por este raciocínio, vemos possível e necessária em certos casos a mitigação da inadmissibilidade absoluta da prova ilícita na tutela coletiva, baseada também no princípio da proporcionalidade e aliada à evidente predominância do interesse coletivo em detrimento do particular (*pro societate*), quando não houver outra maneira de se tutelar valores preponderantes, como a vida, o meio-ambiente, a probidade da administração pública, a saúde, a democracia, os quais têm resguardo constitucional.

8. REFERÊNCIAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato Avolio. **Provas Ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas.** 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

AZENHA, Nívia Aparecida de Souza. **Prova ilícita no processo civil.** São Paulo: Juruá, 2003.

BARROS, Marco Antonio. **A busca da verdade no processo penal.** 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti C. de. **O Processo Penal em face da Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil, volume IV.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States.* Disponível em: [<http://supreme.justia.com/us/251/385/case.html>]. Acesso em: 27 fev. 2014.

_____. Suprema Corte. *Wong Sun v. United States.* Disponível em: [<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471>]. Acesso em: 02 mar. 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 7. ed. São Paulo: RT, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades do processo penal.** 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Novas Tendências do Direito Processual.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. **O processo em evolução.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil.** 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento.** 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Provas Ilícitas: Limites à licitude probatória.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 5. ed. São Paulo: RT, 1999.

NETO, Elias Marques de Medeiros. **Proibição da Prova Ilícita no Processo Civil Brasileiro.** São Paulo: Fiuza, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento, volume I**. 6. ed. São Paulo: RT, 2002.