

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E AS PROVAS ILÍCITAS NO
PROCESSO CIVIL**

Renata Vasconcellos Souza

Presidente Prudente/SP

2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E AS PROVAS ILÍCITAS NO
PROCESSO CIVIL**

Renata Vasconcellos Souza

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Caíque Leite Tomaz da Silva.

Presidente Prudente/SP

2018

SOUZA, Renata Vasconcellos.

Os Poderes Instrutórios do Juiz e as Provas Ilícitas no Processo Civil/
Renata Vasconcellos Souza:

- Presidente Prudente: Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, 2018.

Nº. de folhas: 88.

Monografia de conclusão de Curso de Direito – Centro Universitário
Antônio Eufrásio de Toledo – Toledo: Presidente Prudente – SP, 2018.

I. Direito Processual Civil. II. Poderes Instrutórios do Juiz. III. Provas
Ilícitas.

OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO CIVIL

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Caíque Tomaz Leite da Silva
Orientador

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues
Examinador

Silas Silva Santos
Examinador

Presidente Prudente, 27 de novembro de 2018.

Confia no Senhor e pratica o bem; assim habitarás em paz na terra e te nutrirás com a fé. Deleita-te no Senhor e ele satisfará os desejos do teu coração. Entrega o teu caminho ao Senhor, confia nele, e o mais Ele fará. Ele exibirá a tua justiça como a luz, e o teu direito como o sol ao meio-dia.

O Senhor é justo em todos os seus caminhos e bondoso em tudo o que faz.

Salmos 37:3-6 e 145:17.

Dedico este trabalho a Deus, minha família e meu noivo, pessoas sem as quais eu não seria capaz de concluí-lo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, que está acima de tudo e todos, por estar comigo em todo o tempo e que, em todos os momentos é o maior mestre que alguém pode conhecer. Sem o Senhor nada disso seria real. Minha eterna dependência.

Agradeço imensamente aos meus pais Renato e Aline por todo esforço que dedicaram a minha educação e crescimento. Sem vocês eu não teria capacidade de chegar até aqui. Sou grata porque vocês sempre estiveram ao meu lado e me apoiaram, bem como acreditaram no meu objetivo sem hesitar e isso é imensurável. Sinto-me honrada de tê-los ao meu lado durante esta jornada acadêmica, pelo que, juntos, colheremos os frutos.

Agradeço as minhas irmãs, Amanda e Sarah, por todo apoio, confiança e incentivo que tiveram durante essa longa caminhada. Vocês são minhas companheiras de vida e minha gratidão é imensa a vocês pela companhia em todas as horas.

Agradeço ao meu noivo, Victor Hugo, que está comigo desde o primeiro dia de aula nesta instituição e tem sido um amigo para todas as horas, principalmente durante este trajeto acadêmico. Minha imensa gratidão por toda compreensão e apoio às rotinas de estudo e, ao meu objetivo, sem você nada disso teria sentido.

Agradeço aos meus sogros, Edison e Rosângela, minha segunda família, por me apoiar de forma excepcional e demonstrar interesse no meu sucesso de forma singular. A vocês meu eterno carinho.

Agradeço aos amigos que a faculdade introduziu em minha vida, que sempre deram força e me auxiliaram nos momentos das dificuldades acadêmicas. Me deram apoio e me incentivaram na busca de meus objetivos. A vocês minha lealdade.

Agradeço ao Dr. Silas, que me deu o impulso inicial para a produção deste trabalho de monografia sobre o tema abordado e por ter me orientado durante a monografia I com tanto brilhantismo. A você, minha eterna admiração e respeito.

Agradeço ao meu orientador, Professor Caíque Leite Tomaz da Silva que me auxiliou na produção da monografia II por toda paciência e disponibilidade em dar suporte para a produção deste trabalho. Por ter esclarecidos minhas dúvidas e ter mostrado o caminho para a excelência científica que aqui tentou se demonstrar. A você, minha eterna gratidão e respeito.

Por fim, agradeço ao Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, em nome de todos que foram meus professores na cadeira docente, especialmente aos agora também examinadores Daniel Colnago e Silas Santos, os quais me ajudaram e ainda ajudam em minha construção profissional. São, sem dúvida, pessoas que acreditam no sucesso de todos e refletem a seriedade e qualidade empregada pela IES.

RESUMO

Com a evolução do direito e da sociedade, os direitos humanos e as garantias fundamentais passaram a ser ainda mais valorizados na dinâmica processual. Dentro dessa relação processual temos a figura do juiz, que, dentre outros, possui o poder de conduzir a instrução do processo, a fim de, com base nos elementos probatórios produzidos, formar sua convicção de forma livre para emitir um juízo de valor, apresentando no provimento que venha a proferir os fundamentos de sua decisão. Sabe-se que a prova é o meio pelo qual as partes possuem a oportunidade de demonstração da existência e veracidade de um fato ou direito material, o que constitui um direito constitucional garantido às partes como meio de assegurar o devido processo legal e efetivar o contraditório e a ampla defesa. O direito à prova deve ser exercido, portanto, em conformidade com os meios legais, assim, as provas produzidas não podem ir contra princípios constitucionais nem direitos fundamentais. Em razão disso, o legislador estabeleceu limites à produção de provas, para que fossem protegidos os interesses individuais frente ao Estado-juiz. Não obstante, nossa Carta Magna expressamente se manifestou no artigo 5º, inciso LVI a respeito da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, mas ainda há muita divergência quanto à admissibilidade ou não dessas provas, principalmente quando há um conflito entre um direito de intimidade, por exemplo, e a garantia do acesso à justiça. Dessa forma, o objetivo do estudo do presente tema é analisar os poderes instrutórios do juiz ao se deparar com provas ilícitas no processo, quando estas são necessárias à formação de sua convicção para o julgamento da causa, demonstrar a relevância da produção probatória, apresentar os devidos conceitos pertinentes ao tema e, por fim, estabelecer uma reflexão sobre o aspecto moral inerente ao aproveitamento das provas ilícitas e aplicação do princípio da proporcionalidade como um postulado normativo. O estudo está sendo desenvolvido a partir de extenso levantamento bibliográfico em livros, artigos eletrônicos e consultas periódicas ao orientador, visando uma discussão partindo do raciocínio lógico do geral para o particular, além de discussão por meio do emprego do método hipotético-dedutivo. Dito isto, conclui-se de modo geral que na iminência de valores conflitantes, a melhor solução é tentar a conciliação dos preceitos opostos, visando a efetividade tanto de direitos fundamentais do indivíduo, quanto do processo. É certo que mesmo previsto em sede constitucional, nenhum princípio é absoluto, aplicando-se o “princípio” da proporcionalidade e conferindo a prevalência de um sobre o outro em conformidade com o caso concreto.

Palavras-chave: Processo Civil. Poderes Instrutórios. Direito à prova. Inadmissibilidade da Prova ilícita. Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT

With the evolution of the law and the society, the human rights and the fundamental guaranties start to be more valuable at the procedural dynamic. Inside the procedural relationship we have the figure of the judge, who, among others, has the power to conduct the instruction of the process, in order to, base in the evidentiary elements, to form his conviction in a free way to make a judgment of value, submitting in the order that he will give the grounds of his decision. It is know that the proof is the means by which the parties can demonstrate the veracity of the facts or the material right, which ensures to the parties the due process law, as well as contradictory and the ample defense. The right to prove it must be exercise, in accordance with the legal methods and never against the constitutional principles and fundamental rights. Because of this, the legislator establish a feel limits to the production of evidence, to protect the individual rights against the judge. Regardless of, the magnum letter expressly stated at the article 5th subsection LVI about the inadmissibility of unlawful evidence, but still has a lot of doctrinal contradiction regarding the admissibility of such evidence. The conflicts hover around the intimacy rights and the access to the justice. Thus, the present study have the objective is to examine the powers of the Courts when faced with unlawful evidence in the process, when those are necessary to form the conviction for the trial of the case. Shows the probative relevance, present relevant concepts, to reflect on the moral aspect inherent in using illegal evidence and applying the principle of proportionality as a normative postulate. The study is being developed on top of an extensive bibliographical survey books, electronics articles and periodic consultations with the advisor, a discussion is sought from the logical reasoning of the general to the particular, in addition to discussion through the use of the hypothetical-deductive method. Said that, generally concludes on the imminence of conflict values, the best solution is to try to conciliate opposing precepts, searching effectiveness of the fundamental rights and the process. There is no absolutely principle, applying the proportional principle in the concrete case.

Keywords: Civil lawsuit. Instructional Powers. Right to proof. Inadmissibility of the Unlawful Proof. Principle of Proportionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 TEORIA GERAL DA PROVA	15
2.1 Direito Constitucional à Produção Probatória	15
2.2 Conceito, Objeto e Finalidade	17
2.3 Limitações ao Direito de Provar.....	20
2.3.1 A necessária legitimidade dos fins e dos meios	21
2.4 Questões Terminológicas.....	23
2.5 Provas Ilícitas no Processo Civil e no Processo Penal.....	24
3 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ	27
3.1 Breves Apontamentos Históricos Sobre a Ampliação Dos Poderes Judiciais.	28
3.2. Princípio do Dispositivo	32
3.3. Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil Brasileiro.....	37
4 DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO	44
4.1 Posições Favoráveis	46
4.2 Posições Desfavoráveis	50
5 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA	54
6 PROVAS ILÍCITAS À LUZ DO “PRINCÍPIO” DA PROPORCIONALIDADE	57
6.1 Subjetivismo na Aplicação da Proporcionalidade	57
6.2 Proporcionalidade como Postulado Normativo	58
6.2.1 Da aplicabilidade de princípios	61
6.2.2 Da aplicabilidade de postulados normativos.....	65
6.3 Proporcionalidade e Prova Ilícita <i>Pro Reo</i>	67
6.4 Proporcionalidade no Processo Penal.....	69
7 PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO CIVIL	72
7.1 Delimitação dos Bens Jurídicos em Conflito	74
7.2 Análise da Proporcionalidade Frente ao Caso Concreto	76
CONCLUSÃO	80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	83
CASOS CITADOS	88

1 INTRODUÇÃO

O estado democrático de direito preza pelos direitos fundamentais dos cidadãos e assegura a estes a proteção de seus interesses jurídicos por meio do acesso ao Poder Judiciário. A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXV dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, e ainda, no inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, assim, estabelecendo como princípio norteador do processo brasileiro o devido processo legal e acesso à justiça.

Nesse prisma, o Poder judiciário atua em observação estrita ao devido processo legal para garantir os direitos e deveres constitucionalmente garantidos. Um dos parâmetros do devido processo legal, é a garantia de um pleno contraditório e uma ampla defesa, conforme estabelecido no artigo 5º, inciso LV, da Constituição.

Os princípios do acesso à justiça, devido processo legal, contraditório e ampla defesa funcionam como base para o direito constitucional à prova. A prova é o meio utilizado pelas partes para trazer ao conhecimento do magistrado os fatos relevantes para o julgamento da causa, bem como comprová-los, a fim de formar a convicção do magistrado.

É possível dizer que a prova é um instrumento para garantia de outros direitos, logo, é fundamental e extremamente importante, afinal, é por meio de seu exercício que o cidadão poderá obter provimento jurisdicional.

Entretanto, o direito a prova possui limites, isso porque a verdade dos fatos não pode ser buscada independente de suas consequências. Os direitos fundamentais de outros titulares não podem ser violados para a obtenção da prova, até mesmo porque o direito a prova também está sujeito ao devido processo legal, e a simples violação a este pode implicar na violação de direitos de outros indivíduos.

A Constituição Federal foi bastante segura quanto à inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo, inclusive essa vedação constitui direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso LVI, segundo o qual “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Referido dispositivo tem sido alvo de vários estudos doutrinários e de excessiva mudança jurisprudencial ao longo dos anos desde 1988 com a promulgação da constituição federal.

A lei nº 11.690/08 reformou o artigo 157 do código de processo penal, repetindo o texto constitucional que veda as provas ilícitas no processo. Porém o artigo vai um pouco além ao determinar que essas provas deverão ser desentranhadas do processo, trazendo ainda no corpo do texto um conceito para provas ilícitas, definindo ser: “as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Essa alteração na legislação processual penal abriu um campo de pesquisa a respeito da aplicabilidade deste dispositivo ao processo civil.

O novo dispositivo processual penal, todavia, não dirimiu questões interpretativas como a do que seja exatamente “inadmissibilidade” e do que é “meio ilícito”.

Não obstante, o magistrado constitui importante figura no tema das provas. É possível atribuir ao Código de Processo Civil de 1939 o início do reconhecimento dos poderes instrutórios do juiz sendo atualmente expressamente consagrado em nosso ordenamento jurídico.

O Juiz irá direcionar a produção probatória no processo, ele conduz o processo determinando os atos das partes envolvidas, combatendo a má-fé processual, deferindo ou indeferindo provas. Por essa razão o legislador mune o magistrado de poderes dentre os quais estão os poderes instrutórios, tendo este como finalidade a formação de uma convicção.

No nosso ordenamento jurídico vigora o sistema da persuasão racional ou livre convencimento motivado que concede a liberdade ao juiz na apreciação da prova produzida. Entretanto, essa liberdade na apreciação da prova conferida ao juiz está sujeita a regras, é uma liberdade condicionada. O limite estabelecido pelo legislador é justamente o de motivar sua decisão, logo, o juiz sempre deverá expor as razões da formação de sua convicção. Portanto, apesar de sofrer limitações, o magistrado possui amplos poderes instrutórios, o que lhe dá validação para atuar no campo das provas ilícitas se analisada determinadas questões que serão tratadas no decorrer deste trabalho.

Neste prisma, este trabalho visa analisar questões concernentes ao tema dos poderes instrutórios do juiz e das provas ilícitas no processo civil, a partir da pesquisa de fontes legais, jurisprudenciais e doutrinárias. A pesquisa à jurisprudência objetiva mostrar a repercussão das posições da doutrina, portanto, limita-se àquelas provenientes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Os comentários aos ordenamentos jurídicos esparsos como, espanhol, norte-americano, alemão e português será realizado de modo suplementar, para avaliar também novas soluções que vem sendo aplicadas e não só as exclusivamente adotadas em nossa legislação.

O trabalho analisa o tema dos poderes instrutórios do juiz e das provas ilícitas, logo, é impossível não fazer menção ao processo penal e dele se extrair suas fontes. A uma, por conta da origem do dispositivo constitucional que foi gerado a partir do objetivo de se proteger o cidadão objeto de uma investigação e uma ação penal, refletindo em um vasto campo bibliográfico de alta qualidade acerca do tema. A duas, pois a própria regulamentação do texto previsto constitucionalmente foi realizada por meio de alteração do Código Processual Penal, portanto o tema das provas ilícitas está estritamente ligado a este ramo.

Cabe, ainda, ressaltar que o presente estudo não se limita ao campo dos meios ilícitos de se obter a prova, na verdade, busca-se estudar a possibilidade de admissibilidade dessas provas e se a vedação constitucional é absoluta ou não frente aos poderes instrutórios que o magistrado possui, principalmente quando há conflitos que indicam que a admissibilidade da prova será mais favorável ao processo.

Neste sentido, não importa para esta pesquisa analisar às violações que originam uma prova ilícita. Na jurisprudência predominante a menção as provas ilícitas está relacionada a interceptações telefônicas e a gravações secretas, entretanto não é objeto deste trabalho saber se uma gravação é ilícita ou não, mas sim as possibilidades de seu aproveitamento pelo processo, baseando-se na ideia de que a prova é ilícita.

Sob uma ótica temporal, o presente estudo se atém a promulgação da Constituição Federal vigente, ainda que haja menção à tempos remotos.

No primeiro capítulo faz-se um breve estudo a respeito da teoria geral da prova no processo, sem abordar os meios específicos de prova. Analisando o direito à prova como um direito fundamental garantido constitucionalmente que é uma base sobre a qual se desenvolve o tema das provas ilícitas. Bem como inicia o estudo da limitação ao direito à prova e da inadmissibilidade das provas ilícitas, determinando a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas que é constantemente confundida, abarcando o processo civil e penal.

No segundo capítulo o estudo é voltado para o magistrado e sua liberdade de atuação probatória. Trata-se de um capítulo que se inicia com um abarcamento histórico e compreendendo a evolução da ampliação dos poderes instrutórios ao longo dos anos. Importante dispositivo tratado nesse ponto é o princípio do dispositivo que possui íntima ligação com os poderes instrutórios do juiz em razão da restrição que sua influência impõe à atividade do julgador.

O terceiro capítulo recorre à doutrina e jurisprudência para elencar as posições favoráveis e desfavoráveis quanto a admissibilidade das provas ilícitas, estudando-se os principais argumentos de cada lado.

No quarto capítulo busca-se estudar os princípios do devido processo legal e do acesso à justiça como consagrados princípios constitucionais, de modo que constituem um meio de garantir ao cidadão a efetiva tutela aos seus direitos, baseando-se na ideia de que um meio ilícito admitido muitas vezes pode gerar a efetiva tutela do acesso à justiça.

O quinto aborda a aplicação da proporcionalidade para a admissão de provas ilícitas. Em primeiro lugar aborda o tema do subjetivismo que há na aplicação da proporcionalidade, mas não o tratando como um problema e sim como algo comum à atividade jurisdicional, porém, que causa grandes críticas a aplicação de referido dispositivo. Em segundo lugar é feito um esclarecimento a respeito da correta aplicação da proporcionalidade como um postulado normativo e as implicações que isso vem a gerar. Em terceiro lugar se estabelece uma breve análise a respeito das espécies de normas extraídas do texto de lei concentrando o estudo nos princípios e postulados normativos quanto a sua aplicabilidade. Ainda, é realizado um breve estudo a respeito da aplicação da proporcionalidade quando há uma prova ilícita *pro reo* e sua aplicabilidade no processo penal.

Por fim, o sexto e último capítulo busca trazer como um meio de estabelecer uma posição segura quanto à admissibilidade das provas ilícitas no processo civil a utilização da proporcionalidade como base de seu aproveitamento. E para tanto, demonstra-se a importância da análise do caso concreto, delimitando os bens jurídicos que estão em conflito para se chegar a uma conclusão A respeito daquele caso específico. Não sendo possível generalizar e estabelecer uma regra absoluta para um tema com tantas possibilidades.

2 TEORIA GERAL DA PROVA

Na análise do processo, em linhas gerais, percebe-se que o intuito das partes que litigam se destina ao convencimento do julgador sobre uma pretensão, e para alcançarem tal ambição o instrumento que se valem é a prova.

Por meio da prova é possível investigar a verdade dos fatos sobre os quais há de ser aplicada a regra jurídica *in abstracto*, que dirigirá o caso em concreto. Fato é que, a produção probatória no processo é essencial, uma vez que, o que gera a pretensão levada a juízo são fatos, e a prova, basicamente se propõe à elucidação destes.

2.1 Direito Constitucional à Produção Probatória

A Constituição não afirma o direito à prova de modo amplo e direto, assim como, ao analisar o texto legal, não existe uma garantia constitucional específica e formal do direito à prova, mas, conforme estabelece Dinamarco (2005, pp.47-48), o direito constitucional à prova é com absoluta segurança, inferido de alguns de seus textos de amplitude mais geral.

Alguns autores apontam como fundamento constitucional para o direito à prova o §2º, do artigo 5º, da Constituição Federal, que dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Portanto, pode-se considerar que, os direitos fundamentais não são apenas os previstos na Constituição expressamente, mas também, os que podem ser extraídos de tratados ou princípios. Canotilho (2008, pp.169-170), em sua obra “Estudos Sobre Direitos Fundamentais”, dispõe que a respeito do tema que “o direito fundamental à prova deve ter reconhecido o seu fundamento constitucional, devendo ser estudado separadamente, mesmo estando inserido em outros direitos e garantias fundamentais”.

Portanto, a produção efetiva à prova compreende premissas básicas estabelecidas na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, incisos XXXV, LIV

e LV, quais sejam, o devido processo legal, o acesso à justiça, o contraditório e ampla defesa.

No plano constitucional, garantir o acesso à justiça é garantir o direito de ação que é concebido no âmbito das garantias e direitos fundamentais.

José Roberto dos Santos Bedaque (2009, p.26), em sua obra, “Poderes instrutórios do Juiz”, expõe que:

Entre os princípios inerentes ao processo, destacam-se o contraditório e a ampla defesa. Expressões diferentes para identificar o mesmo fenômeno: a necessidade de o sistema processual infraconstitucional assegurar às partes a possibilidade da mais ampla participação na formação do convencimento do juiz.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa se fundem no que diz respeito à finalidade de efetuar devidamente o exercício probatório a fim de que o devido processo legal seja estabelecido de forma legítima e garantida efetivamente às partes o acesso à justiça.

Ambos os princípios supramencionados compreendem um poder que às partes é conferido, a fim de que estas, possam se valer de todos os meios de prova necessários, adequados e possíveis para que consigam reconstruir os fatos que alegam serem constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito sustentado.

No processo civil a prova é aludida como um ônus, o artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015 estabelece a quem incumbe o ônus da prova. Porém, esta deve ser enxergada pelo viés de “*garantia constitucional ao instrumento adequado à solução das controvérsias*”, como dispõe Bedaque (2009, p.26).

A parte é a princípio, o titular do direito a prova, porém, não exclusivamente, pois o juiz compreende sujeito interessado no contraditório efetivo e equilibrado. Ao juiz assiste o poder de determinar as provas necessárias à formação de seu convencimento.

Não obstante, podemos dizer que, após análise realizada, o direito a prova pode ser compreendido como parte do próprio direito de ação. Assim, mostra-se imprescindível um estudo deste elemento de forma conceitual de modo a compreender seu objeto, como tratado a seguir.

2.2 Conceito, Objeto e Finalidade.

A definição de prova não se encontra baseada apenas no âmbito do direito, trata-se na verdade de noção comum a diversos, se não todos, os ramos científicos, como um elemento para atestar processos empíricos. Dadas considerações permitem pernoitar que o conceito de prova pode assumir diversas conotações nos diversos ramos da ciência.

Pode trazer em seu conteúdo instrumentos que possibilitem o magistrado conhecer os fatos trazidos para sua cognição, assim como pode representar o resultado da atividade lógica do conhecimento (MARINONI, 2009, p.55).

Reiterada vezes, na ciência jurídica, prova vem conotada com um sentido de reconstrução de um fato. A prova servirá ao magistrado como elemento a fim de convencê-lo à cerca dos eventos ocorridos e do direito deduzido. Lessona (1928, p.3), manifesta-se nesse sentido, expondo que “provar, nesse sentido, significa fazer conhecido para o juiz os fatos controvertidos e duvidosos, e dar-lhe a certeza de seu modo preciso de ser”.

Ainda nesse entendimento, Liebman (1992, p.318) dispõe que: “Os meios que servem para dar o conhecimento de um fato e por isso para fornecer a demonstração e para formar a convicção da verdade de um fato específico”.

Há uma visão ainda, no sentido de que se trataria de prova os meios disponibilizados por lei para se chegar a verdade dos fatos. Verde, citado por Marinoni e Arenhart (2009, p.56) define prova como “todos aqueles instrumentos na base dos quais se pode fixar a hipótese à qual a norma torna possível implicar os efeitos jurídicos pretendidos”.

Fato é que inúmeros autores trazem apontamentos significantes com relação ao conceito de prova, mas, todos estão vinculados em um ponto específico. As visões de diversos autores possuem em comum, a compreensão de que prova, diz respeito ao passado, há um fato, ou verificação de um fato já ocorrido e este fato uma vez comprovado gerará ao douto magistrado uma convicção.

A respeito disso Marinoni (2009, p.57) ressalta que a ideia está superada, uma vez que não poderá servir como exata demonstração da verdade:

A verdade enquanto essência de um objeto, jamais pode ser atingida se esse objeto está no passado, porque não se pode mais recuperar o que já passou; de outra banda, também a ideia de certeza somente pode ser concebida no nível subjetivo específico, sendo que esse conceito pode variar de pessoa para pessoa – o que demonstra a relatividade da noção.

Portanto, atualmente, como dispõe Taruffo apud Marinoni e Arenhart (2009, p.57) a prova “assume a função de fundamento para a escolha racional da hipótese destinada a constituir o conteúdo da decisão final sobre o fato”. Assim, nessa perspectiva referidos autores em continuidade, definem que:

A prova em direito processual, é todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.

Em síntese, produzir provas dos fatos é indispensável para apuração da verdade e para que possa conferir segurança às decisões judiciais.

Ademais, é necessário discriminar o objeto da prova, que consiste no objeto que servirá de elemento para formação da convicção do magistrado. Quando as partes procuram uma tutela jurisdicional, elas trazem fatos e fazem alegações sobre esses fatos, mas, o que é preciso provar ao juiz? Os fatos ou as alegações sobre os fatos? A doutrina tradicional é direcionada ao esclarecimento de dois pontos primordiais, qual seja distinguir questões de fato e de direito e fatos e alegações sobre fatos.

Para identificar o objeto da prova, é necessário inicialmente identificar a diferença entre questões de fato e questões de direito. A priori, é possível indicar, de forma geral, como questões de fato, aquelas concernentes a pontos controvertidos relativos a fatos e, questões de direito como os relativos à controvérsias referentes ao direito.

Embora, aparentemente de fácil distinção, o tema abrange certa polêmica, haja vista não ser possível separar de forma plena o fato do direito.

Tem sido dito, rigorosamente que, por um lado seria impossível diferenciá-los, porém, é possível fazer uma análise buscando-se um ponto de preponderância. Partindo de um fenômeno jurídico que envolve necessariamente fato e direito, é possível se falar em questões que, embora abranjam as duas perspectivas, seja preponderantemente de fato ou de direito.

Ademais, Francisco Carnelutti, citado por Reichelt (2009, p.49) inicia sua obra mencionando a magnitude de efetuar a distinção, ao mencionar o que intitula de “*duplice tema dela attività del giudice: posizione dela norma giuridica, posizione dela situadazione di fatto; o, como si disse nel linguaggio corrente: questione di diritto (Rechtsfrage), questione di fatto (Tatfrage)*”¹.

A prova reconstrói o fato, assim, a clássica atividade probatória, relacionada a questões de fato, estaria ligada à demonstração destes, enquanto as questões de direito estariam ligadas à persuasão, a uma atividade intelectual, motivo pelo qual fato necessita de prova; e direito, de argumento.

Nesse sentido Karl Larenz, em sua Obra “Metodologia da Ciência do Direito” (1991, p.433) dispõe que:

A distinção entre questão de facto e de direito perpassa todo o direito processual; o princípio dispositivo pressupõe, especialmente esta distinção. O juiz julga sobre a "questão de facto" com base no que é aduzido pelas partes e na produção da prova; a questão de direito decide-a sem depender do que é alegado pelas partes, com base no seu próprio conhecimento do Direito e da lei, que tem de conseguir por si (*jura novit curia*). Só os factos, isto é, os estados e acontecimentos fácticos, são susceptíveis e carecem de prova; a apreciação jurídica dos factos não é objeto de prova a aduzir por uma das partes, mas tão-só de ponderação e decisão judicial.

Logo, ao tomar como base questões de fato e de direito, embora sabendo se tratar de campos autônomos, a sentença resultará da soma dos dois processos decisórios, através de uma técnica de raciocínio.

O objeto da prova é o fato gerador do direito, as razões que o sustentam, sobre o qual recairá o julgamento. Ademais, a prova não se dará ao conhecimento de um fato, mas sim, ao reconhecimento deste.

Há ainda, a respeito do tema, um debate na doutrina no que cerne ao objeto da prova com relação aos fatos e as alegações sobre os fatos.

Um primeiro caminho, trilhado por Humberto Theodoro Jr. sustenta que na ciência jurídica processual vigente, os fatos litigiosos são o objeto da prova e, além disso, que, não se prova o direito, pois *jura novit curia*.

Outros doutrinadores como, por exemplo, Marinoni, Dinamarco, Pontes de Miranda e outros, sustentam que o objeto da prova não são os fatos, e sim, as alegações sobre os fatos.

¹ Em tradução livre: “Um duplo tema da atividade do juiz: posição da norma jurídica, posição da situação de fato; ou, como é dito na linguagem atual, questões de direito e questões de fato”.

Não obstante, a finalidade da prova é de servir como um elemento de convencimento do Estado-Juiz. Por meio da prova, o magistrado poderá proferir uma sentença legítima e que represente de fato e de direito, tendo observado o devido processo legal e demais regras jurídicas, a manifestação de um Estado de Direito.

As partes possuem a oportunidade de apresentarem alegações sobre as quais incidirão suas pretensões, e ainda, de comprová-las, ou seja, convencer o magistrado de sua verossimilhança.

A prova se prestará como um argumento retórico, direcionada ao Estado Julgador, a fim de, convencê-lo da credibilidade de suas asserções. Antes da prova se destinar a reconstruir os fatos, ela servirá como forma de estabelecer um diálogo entre as partes e o Estado-Juiz, o que será extremamente importante para a “fixação dos fatos controvertidos” (MARINONI, 2009, p. 52).

2.3 Limitações ao Direito de Provar

Apesar de a prova buscar a verdade dos fatos visando o convencimento do magistrado sobre sua verossimilhança, a busca da verdade no processo não pode ser perseguida a todo e qualquer custo. De acordo com Roxin, “a averiguação da verdade não é um valor absoluto no processo penal; antes, o próprio processo penal está impregnado pelas hierarquias éticas e jurídicas de nosso Estado”. Ademais, essa necessidade de se impor limitações à produção probatória não se trata de uma construção recente, segundo Tabosa Pinto (2000, pp.13-25), a inadmissibilidade de provas que violem a ética remonta à Roma antiga.

Os direitos fundamentais não são absolutos, até mesmo o direito a prova poderá sofrer limitações quando vir a colidir com outros princípios constitucionais.

É necessário estabelecer limitações a admissibilidade da prova justamente para proteger os interesses individuais frente ao Estado Juiz.

Há duas linhas doutrinárias que lidam com as provas ilícitas, para uma delas, todos os meios de provas, que estejam aptos a formar o convencimento do magistrado, devem ser admitidos, independentemente de seu modo de obtenção, uma vez que, a condição de ilicitude da prova não compromete, de forma

necessária, a genuinidade da informação, tendo defensores como Cordero, Carnelutti, Leone e Rosemberg.

Citada linha doutrinária dominou por muito tempo o sistema da *Common Law*, ela preconiza a admissão das provas no processo, sem que haja quaisquer prejuízos em outras esferas jurídicas contra o eventual infringente.

Não obstante, outra linha doutrinária defende a inadmissibilidade da prova ilícita baseada na necessária proteção de direitos constitucionais.

Nossa Carta Magna se manifestou expressamente em seu artigo 5º, inciso LVI, a respeito da inadmissibilidade no processo da prova obtida por meios ilícitos, em razão disso possíveis discussões a respeito do tema estão por ela superadas, apesar de autores nacionais ainda defenderem a tese da admissibilidade.

Sobre a utilização das provas no processo, as vedações podem ser fundamentadas de forma processual ou extraprocessual. De maneira geral, sob o aspecto processual é vedado a utilização de provas quando o vício puder comprometer a veracidade da informação e assim induzir a erro o julgador, por exemplo as restrições de prova relativas ao estado civil das pessoas, pois, estas devem ser provadas de acordo com a legislação civil.

Assim como na forma extraprocessual, a vedação tem um fim político, se destinando a proteger um outro bem jurídico, como podemos observar nas situações em que há o privilégio de não testemunhar com o fim de proteger determinadas relações, por exemplo entre paciente e médico, cliente e advogado.

É possível concluir que, apesar daquela prova não ser admitida no processo por uma finalidade política, qual seja, a de renunciar a verdade no âmbito processual para possibilitar a criação de um sistema processual que observe direitos fundamentais, há veracidade nos fatos evidenciados pelo meio de prova não admitido.

2.3.1 A Necessária Legitimidade Dos Fins E Dos Meios

Como visto anteriormente, a prova no direito processual corresponderá a um elemento de formação da convicção do juiz a respeito da existência de um determinado fato controvertido que é considerado relevante para a solução do litígio.

Os meios de prova são os instrumentos que serão utilizados para comprovação dos fatos relevantes, pelos quais os elementos de prova serão fixados no processo, além de servir ao juiz como um canal de informação.

No nosso direito processual são admitidos os meios legais e, além destes, os que sejam moralmente legítimos. O artigo do CPC/15 prevê que as partes terão direito a empregar todos os meios legais e, ainda que não tipificado no Código, os que sejam moralmente legítimos.

Os meios tipificados no Código, que compreendem “meios legais” são: ata notarial (art. 384); depoimento pessoal (artigos 385 a 388); confissão (artigos 389 a 395); exibição de documento ou coisa (artigos 396 a 404); prova documental (artigos 405 a 441); prova testemunhal (artigos 442 a 463); prova pericial (artigos 464 a 480); inspeção judicial (artigos 481 a 484); e prova emprestada (artigos 372).

Além desses, o legislador ainda permitiu a utilização dos meios moralmente legítimos, que compreende todo e qualquer meio, ainda que não tipificado pelo legislador que não afronte a moral e os bons costumes.

Assim, o princípio da liberdade dos meios de provas está implícito no nosso Código de Processo Civil, pois são permitidos todos os meios de provas, exceto as que sejam ilícitas ou imorais.

Fato é que, a tecnologia trouxe ao alcance do ser humano novas técnicas e invenções, possibilitando maiores variações de produção e obtenção da prova, porém, é de suma importância que esta, uma vez não estando tipificada na nossa legislação processual, seja moralmente legítima. Aliás, esse avanço tecnológico facilitou em muitos casos na captação e reprodução dos fatos, razão também pela qual, o legislador não se ateve a indicar taxativamente os meios de prova admissíveis no processo.

Portanto, é necessário que as provas que serão produzidas no processo, estejam em conformidade com a legislação vigente, ou com a moral e os bons costumes, sendo quaisquer meios além desses, inadmissíveis pelo nosso ordenamento jurídico.

Segundo Patrícia Azevedo (1999, p.190), o termo “moralmente legítimo” traduz um conceito aberto, conferindo assim, um papel fundamental ao juiz na admissão dos meios de prova. Desse modo, caberá ao juiz balizar sua admissão, observando o caráter teleológico do dispositivo.

Entretanto, a constituição foi bastante convicta quando previu no artigo 5º, LVI que são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos, ou seja, as que são colhidas infringindo as normas materiais, inclusive não considerando o emprego de meios moralmente legítimos.

A questão das provas ilícitas é apresentada pela doutrina também sob uma divisão entre prova ilícita em sentido lato e em sentido restrito. Segundo, João Batista Lopes (2002, p.96) em sentido lato, abrange não só as provas contrárias à Constituição, como também às leis ordinárias e bons costumes e, em sentido restrito refere-se às provas que ofendam disposições legais e constitucionais.

Também é possível realizar uma análise se a natureza da ilicitude refere-se ao seu meio de obtenção ou à forma de sua produção em juízo. Nesse sentido, João Batista Lopes (2002, p.97) dispõe que:

A despeito de a norma constitucional se referir a “provas obtidas por meios ilícitos”, temos para nós que a vedação alcança, também, sua apresentação em juízo por força da regra do art. 332 do CPC, que dispõe sobre a admissibilidade de todos os meios moralmente legítimos.

Entretanto, não é na maioria das vezes de fácil identificação a imoralidade do meio de prova pretendido, até mesmo porque o próprio conceito sofre variações ao longo do tempo e do lugar.

Portanto, os meios precisam juridicamente idôneos e quando não previsto na legislação, analisados com cautela visando sempre o bem estar do processo sob o aspecto de alcançar suas finalidades.

2.4 Questões Terminológicas

Ainda no já citado, artigo 5º, inciso LVI da CF, o legislador se valeu da expressão “provas obtidas por meios ilícitos”, essa terminologia empregada pelo constituinte é doutrinariamente distinguida da chamada prova ilegítima.

É fundamental no âmbito das provas ilícitas, efetuar a distinção de provas ilícitas e provas ilegítimas.

De modo geral, prova ilícita é aquela que contraria normas de direito material, tanto em relação ao instrumento da prova, quanto em relação a sua forma de obtenção. Por outro lado, a prova ilegítima vai contra normas de direito

processual, no modo em que se introduz a prova no processo ou quanto a sua produção e está sujeita a teoria das nulidades, diferente das ilícitas que possui expressa vedação constitucional.

Nesse sentido, a doutrinadora Ada Pellegrini Grinover (1992, p.45), estabelece que “define-se como prova ilegítima a que, se admitida, viola normas de direito processual; enquanto prova ilícita, é a que ao ser colhida infringe normas de direito material, sobretudo as referidas na Carta Constitucional”.

Joan Picó I Junior, citado por João Batista Lopes (2002, p.96), contempla ainda, outros conceitos afins, quais sejam: entende-se por provas ilegais ou irregulares as obtidas em discordância com disposições legais ou, quando apresentadas em juízo em conflito com o procedimento adequado; provas viciadas, por sua vez, tratam-se daquelas que embora produzidas sob as formalidades legais estejam comprometidas em sua veracidade; por fim, as clandestinas se prestam às obtidas por meios ocultos, sem possuir publicidade.

2.5 Provas ilícitas no Processo Civil e no Processo Penal

Assim como no processo civil, as provas ilícitas no processo penal são aquelas obtidas em desconformidade com a lei ou a moral, ferindo assim normas de direito constitucional e material. No código de processo Penal a inadmissibilidade está preconizada no artigo 157, “caput”².

Aplicar-se-á ao processo penal a mesma regra prevista no Código de Processo Civil com relação aos meios de provas admitidos, ou seja, a priori há ampla liberdade nos meios de prova, salvo nos casos elencados no artigo 155 do CPP: “Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. Quando se tratar do estado das pessoas deverá ser observado as restrições civis.

Não é objeto de discussão a questão de que as provas obtidas por meios ilícitos não podem ingressar no processo penal, porém, uma vez já contida nos autos, deverá ser retirada do mesmo para que não influencie o convencimento

² Artigo 157 do Código de Processo Penal: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

do juiz. “A sentença que se fundar em prova ilícita será nula” (BONFIM, 2008, p.312).

Ademais, as provas ilícitas no processo penal podem ocorrer pela “teoria do fruto da árvore envenenada”, inspirada na teoria *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada) do direito norte-americano. Essa teoria foi positivada no §1º do artigo 157 do CPP³. Nesse caso provas ilícitas por derivação são aquelas que advêm de uma prova anterior que foi obtida de forma ilícita. Isso gera para a prova posteriormente produzida, uma contaminação da ilicitude daquela, de forma que essa prova posterior jamais será considerada uma prova lícita.

Assim, Rachel Mendonça (2001, p.129) relata que:

Trata-se de doutrina de procedência norte-americana que consagra o entendimento de que o vício de origem que macula determinada prova se transmite a todas as provas subsequentes. Não obstante a prova derivada seja essencialmente lícita e admissível no ordenamento jurídico, com a aplicação dessa doutrina, a ilicitude desta contaminaria o seu conteúdo, tendo, por consequência, a extensão da inadmissibilidade processual.

Portanto, uma árvore podre não tem como produzir bons frutos. Um exemplo dessa situação é a confissão do réu colhida mediante tortura, que trata-se de prática vedada pela constituição, logo, uma prova obtida por esse meio será considerada ilícita, pois ainda que produzida de modo lícito, há uma conexão entre ela e a anterior.

Há ainda uma teoria conhecida como teoria da fonte independente, ou, “*Independent source*”, pela qual o seu uso implicará na não aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, uma vez que por ela, a prova obtida por uma fonte independente da que originou a prova ilícita será apta. O artigo 157 do CPP, em seu §2º diz que: Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Nesse sentido, Tourinho Filho (2009, p. 529) dispõe que:

Se a despeito de ter havido prova ilícita existirem outras provas autônomas e independentes e que por si só autorizam um decreto condenatório, não há cuidar de imprestabilidade da prova. A ilicitude de uma não contamina a outra, se esta, óbvio, tiver origem independente.

³ Artigo 157, §1º do CPP: São também inadmissíveis as provas derivadas das provas ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexos de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Assim, essa teoria flexibiliza a utilização da teoria dos frutos da árvore envenenada no caso em que havendo duas fontes de obtenção de uma determinada prova, sendo uma ilícita e outra admissível a prova deverá ser considerada lícita.

A doutrina da ilicitude (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) aplica-se também ao processo civil, porém temos o chamado Princípio *Pas Nullité Sans Grief*⁴, segundo o qual mesmo sendo a prova ilícita ou ilícita por derivação, elas só serão nulas se causarem prejuízos às partes. Caso não cause prejuízo às partes, segundo o referido princípio elas não serão desentranhadas do processo⁵, logo, continuarão no processo, não podendo, entretanto, o magistrado fundamentar sua decisão exclusivamente nelas.

⁴ Em tradução livre: não há nulidade sem prejuízo. O Princípio preconiza que uma vez não causando prejuízo processual o ato não será nulo.

⁵ O desentranhamento das provas ilícitas do processo é determinado pelo artigo 157, “caput”, do Código de Processo Penal.

3 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

No século XIX o Estado liberal vigorava e era caracterizado por uma intervenção estatal mínima nas relações privadas, que refletia diretamente no papel do magistrado no processo. O juiz atuava como um representante do Estado se mantendo sempre inerte, a espera de uma provocação das partes para que sua intervenção fosse a menor possível, como dispõe João Batista Lopes (2002, p.72).

Conforme Maria Luiza do Valle Rocha (2014, pp.22-23) as partes exerciam grande domínio sobre o processo e isso abriu as portas de entrada para a predominância do princípio do dispositivo, como será estudado mais a frente. Mas de início é possível destacarmos que o juiz atuava como mero “espectador”, e seu papel se limitava a colher as provas sem que pudesse ter algum tipo de iniciativa sobre sua produção. O juiz atuava como um aplicador da lei ao caso concreto. Assim, não havia de forma latente uma preocupação com a justiça ou a busca da verdade. O processo consistia em um “instrumento para resolução de conflitos”. Segundo a autora “admitia-se a verdade ficta (formal), mesmo se o resultado fosse benéfico para quem não tivesse razão”, e acrescenta “o processo era visto como um jogo em que as partes tinham como única preocupação sair vencedoras através do convencimento do magistrado”.

Com a Revolução Francesa baseada nos ideias de liberdade, igualdade e fraternidade, o Estado assumiu um caráter Social, e passou a objetivar resguardar os direitos da sociedade como um todo, preocupando-se assim com o bem estar social. Conseqüentemente o processo foi atingido por essas mudanças, e em adequação aos novos ideais em ascensão, percebeu-se que a “ótica privatista vigente já não era mais satisfatória” (ROCHA, 2014, p.23).

Houve então uma mudança no processo, que antes era guiado por uma ideia de efetiva atuação das partes e atuação mínima do estado-juiz, passou a valorizar muito mais a função pública, gerando uma publicização do processo. O processo passou a se voltar à ordem pública, e não somente a resolução de conflitos, buscando a preservação dos interesses coletivos.

Com essa nova visão do processo, houve também uma preocupação especial a respeito da atuação do magistrado, pois não tinha mais lógica dentro do novo quadro processual formado, a figura de um juiz passivo e inerte.

Em oposição ao princípio do dispositivo passou-se a ser aplicado um modelo inquisitorial, “marcado pela participação direta do magistrado nas fases processuais, dentre as quais se destaca a probatória”, conforme apontamentos de Rocha (2014, p.23). Assim, o juiz passou a ter seus poderes instrutórios ampliados, devendo intervir sempre que entendesse indispensável, não havendo necessidade de provocação das partes para tanto, como será abordado a seguir.

3.1 Breves Apontamentos Históricos Sobre a Ampliação Dos Poderes Judiciais.

Nos últimos duzentos e cinquenta anos houve grandes evoluções em termos de amplitude e extensão dos poderes investidos aos magistrados e da concepção de sua natureza como tratado anteriormente. Referida evolução possui ligação direta com o momento que o direito e a própria teoria geral do estado estavam vivenciando no período, principalmente com relação ao que se tinha de concepção de Estado.

Como já visto, dois momentos marcaram essa evolução, o Estado Liberal e o Estado Social, neles o poder judiciário, segundo José Wellington Bezerra da Costa Neto (2015, p.82), possuía duas funções fundamentais, quais sejam, “conferir eficácia aos direitos individuais (liberalismo clássico) e fiscalizar o respeito aos direitos sociais, impelindo o Estado a uma atuação compensatória e distributiva”.

Durante o Estado liberal o exercício da política e governo estavam sob responsabilidade do Parlamento, que era um órgão representativo da burguesia revolucionária.

De acordo com Celso Fernandes Campilongo (2011, p.30-32 e 38) a superação do absolutismo resultou na estabilização de três elementos:

A mudança de um modelo político mono-hierárquico para uma estrutura anti-hierárquica da divisão dos poderes; rígida distinção entre Estado e sociedade civil, ou seja, com claros limites em relação a esfera de liberdade privada; e transformação de uma sociedade estratificada numa igualitária.

Assim passou a haver uma maior cooperação entre Estado e sociedade. Nessa mudança de um Estado liberal para um social o poder executivo

passou a ocupar o lugar mais alto das funções de governo e com isso conforme os apontamentos de José Wellington Bezerra da Costa Neto (2015, p.83) “o Estado liberal que garante as regras do jogo passa a ser o social que interfere em amplos domínios da sociedade e se expõe às pressões de correntes da organização dessa própria sociedade”. Em razão disso, houve um aumento nas manifestações reivindicando uma maior eficácia na interferência do direito na vida social, trazendo em seu conteúdo clamores por responsabilização política do juiz e um ativismo judicial, como expõe Campilongo (2011, pp.30-32 e 38). Referido autor acrescenta ainda que, a partir desse momento, passou a haver uma redefinição de decisão judicial, de maneira que a jurisdição passou a ocupar a função central do sistema jurídico, e não a legislação, como de praxe.

Conforme Rodolfo de Camargo Mancuso (2010, pp.291-292), “a dimensão estática do Estado – Poder/Soberania – foi substituída pela dinâmica, baseada na ideia de Estado-função”, e está se fundamenta na união entre as funções de legislar, julgar e administrar, como prossegue o autor.

Assim, José Wellington Bezerra da Costa Neto (2015, p.83) explica que “assim que o fortalecimento dos poderes do juiz parece ser tendência inarredável seja à evolução da atividade estatal, seja à melhor compreensão do princípio da separação dos poderes”.

Na atualidade temos como resultado de inúmeras reformas do processo civil o aumento dos poderes judiciais e a redução dos direitos das partes, segundo Giuliano Scarselli apud José Wellington Neto (2015, p.84). Rodolfo de Camargo Mancuso (2010, p.294), chega a afirmar que “o Judiciário é um Poder que sobrepaira aos demais”, a medida em que os reclamos da sociedade contemporânea não é atendido, sendo um judiciário com um perfil “neutro e desengajado”, de acordo com referido autor.

Nesse sentido, Campilongo (2011, p.42), diz que:

Se o controle dos demais poderes pelo Judiciário se deve dar por juízos de legalidade e constitucionalidade, a conformação do ordenamento jurídico na contemporaneidade como entidade incoerente, incompleta, ambígua e marcada por lacunas e conceitos vagos, naturalmente abre cada vez mais espaço à discricionariedade judicial, exacerbando o caráter político da função jurisdicional

A evolução que ocorreu pós Revolução Francesa “vai de níveis bastante baixos de independência e criatividade até o momento atual, de contínua tendência de afirmação tanto da independência quanto inevitabilidade da função criativa” segundo Campilongo (2011, p.49), desse modo, o que marcou esse movimento de fortalecimento dos poderes judiciais foi “a admissão do caráter criativo do direito da sua atividade, bem como da politicidade da função”, como expõe José Wellington Neto (2015, p.84).

Aliás, Mancuso (2010, p.295) diz que a afirmação do Judiciário como Poder ocorreu no mesmo momento em que o processo evoluiu se tornando ramo autônomo do direito público.

A conexão entre a superação da figura judicial típica do Estado liberal e a conquistada com a publicização do processo foi justamente a maior amplitude dos poderes ao juiz conferidos para que direcione e controle um novo processo, segundo ensina Carlos Aurélio Mota de Souza (1987, p.73-74), em sua obra “Poderes éticos do juiz – A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo”.

Amendoeira Jr. Apud José Wellington Neto (2015, p.85), nesse sentido explica:

Amendoeira Jr. Realiza investigação que remonta ao processo romano, passando pela experiência germânica, processo canônico e as ordenações portuguesas, culminando com apanhado sobre a legislação nacional, Regulamento 737 e os Códigos estaduais, aos quais se seguiu a unificação sob a égide do Código de 1939, e, a seguir, a legislação atual. Sua conclusão é que a linha evolutiva gradualmente conduziu para o incremento dos poderes judiciais, de mero árbitro para diretor atuante no processo. Mas a importante constatação é de que este fortalecimento, mais do que pautado em permissivos legais, baseia-se no contexto sociopolítico, ou seja, no incremento de complexidade das demandas sociais.

Nesse contexto, o juiz assume a posição central no processo a fim de haja uma entrega plena do direito almejado tempestivamente. O juiz possui “poderes-deveres” e não faculdades ou ônus, como ressalta o autor acima citado.

Celso Fernandes Campilongo (2011, pp.60-61) diz que ao juiz incumbe de forma igualitária “interpretar, construir, formular novas regras, acomodar a legislação, tudo em face das influências políticas”, por essa razão, segundo o autor a politização da magistratura é inevitável.

Não obstante, o fortalecimento dos poderes judiciais gerou várias críticas, entre elas é possível elencar três sentidos que o pensamento dos opositores

seguiam, segundo José Wellington Neto (2015, p.86): a) partindo do dado histórico de que os Códigos que conferiam ao magistrado uma posição central na relação processual tiveram origem em regimes autoritários, fascistas ou totalitários, defendem que essa ampliação dos poderes judiciais teriam a mesma origem; b) que o processo civil serve para resolver conflito de particulares, assim, deveria ser deixado à mercê das partes; c) a participação processual do juiz feriria sua imparcialidade.

Entretanto, Picó i Junoy (2006) apud NETO (2015, p.86) responde as três críticas apontando que:

a) a validade e o valor técnico de uma regra dependem de seu próprio conteúdo e alcance, e não da ideologia de seu autor ou do modo como em dada prática forense se lhe aplique; b) a crítica supra elencada no item “b” é baseada em ultrapassadas concepções privatistas acerca do processo, visto como um negócio particular. Prevalece hoje a visão publicista ou social, visto que é o instrumento necessário para o exercício da função jurisdicional; c) se forem observados os limites adiante propostos às iniciativas judiciais, notadamente no campo probatório, entende-se que remanesce resguardada a imparcialidade judicial.

O processo hoje é um instrumento de interesse público e a atuação estatal visa a aplicação do direito ao caso concreto, assim o juiz possui um perfil mais ativo na produção de provas, sem deixar de lado sua imparcialidade, em razão de limites impostos pelo próprio legislador.

Em complemento à ampliação dos poderes judiciais temos o reconhecimento do direito fundamental da sociedade a uma tutela jurisdicional, de acordo com Rodolfo Mancuso (2010, p.309) com os seguintes atributos “de qualidade, assim identificada aquela que seja justa, jurídica, econômica, tempestiva e razoavelmente previsível”.

Existem motivos extremamente relevantes e essenciais que circundam o incremento dos poderes judiciais, que se mostram como finalidades a serem alcançadas na atuação judicial, como, por exemplo, a paridade socioeconômica das partes, garantindo que uma lide não seja resolvida com base em quem tem maior poder econômico e também objetivando garantir uma maior celeridade no julgamento da causa, evitando atos inúteis. Nesse sentido, Scarselli apud José Wellington Neto (2015, p.87). Salaria que as partes são os maiores interessados em uma rápida solução da lide.

Por fim, José Wellington Neto (2015, p.88) elenca como principal motivo para o aumento dos poderes do juiz, em especial em matéria probatória “é que o que se busca é a sentença justa, ou mais justa possível”, e isso só é atingível se a decisão se basear em avaliação mais completa possível dos fatos a fim de se aproximar ao máximo da verdade material.

É importante ressaltar que como já dito, a ampliação desses poderes, desde o início, trouxe muitas objeções e diferentes posicionamentos, e até hoje paira muita dúvida sobre essa restrição de liberdade processual das partes e ampliação dos poderes do juiz.

Atualmente, o poder instrutório do juiz, consiste na direção da fase instrutória (ROCHA, 2014, p.23). Vale ressaltar que a direção da fase instrutória inclui desde requisitar provas necessárias *ex officio* até intervir em provas da produzidas pelas partes envolvidas. Destacando-se os princípios da verdade real e do acesso à justiça como base para essa iniciativa probatória.

Scarselli citado por José Wellington Neto (2015, p.88) faz o seguinte questionamento: “porque se crer que atribuído um poder à parte, ela fará dele um mau uso, e conferido o mesmo ao juiz, ele fará um uso correto, sábio e conforme a justiça?”. Esse questionamento é perceptível dentro de vários assuntos concernentes aos poderes instrutórios do juiz como será tratado no decorrer deste capítulo.

3.2. Princípio do Dispositivo

Há uma íntima ligação entre os poderes instrutórios do juiz e o princípio do dispositivo em razão da restrição que sua influência impõe à atividade do julgador.

Os princípios são espécies do gênero normas jurídicas. Eles estão ao lado das regras, porém, em decorrência da carga valorativa que há sobre eles, possuem maior abstração. Nesse sentido, o professor Humberto Ávila (2003, p.167), traz a seguinte definição:

[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação

demandam uma avaliação da correlação entre o estado das coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Existem princípios que são basilares do ordenamento jurídico, dentre eles, podemos destacar o devido processo legal, pois a partir dele decorrem os demais princípios. Na visão de Eduardo Cambi, apud Trícia Navarro (2008, p.40), o devido processo legal deve ser tratado como “cláusula em branco”, pois está destinada a variar segundo as condições histórico-políticas e econômicas-sociais próprias do momento de sua aplicação”.

Em suma, o devido processo legal retrata uma prerrogativa fundamental que compreende garantias de suma importância para o bom exercício do direito processualista, quais sejam ampla defesa e contraditório.

Ademais, existem ainda, além dos princípios gerais que norteiam todo o processo, princípios próprios do direito probatório que valem a menção, mesmo que tão somente de forma enunciativa: I. Princípio da ampla defesa, tipificado no artigo 5º, LV da CF/88, garante que haja a produção de prova e contraprova pelas partes em uma demanda; II. Proibição da prova obtida ilicitamente, tipificado no artigo 5º, LVI da CF/88, não possui caráter absoluto, mas, discorreremos sobre o assunto mais detalhadamente no decorrer do presente trabalho; III. Disponibilidade processual – atribui ao magistrado a direção do processo na busca de elementos probatórios; IV. Oralidade - na produção de provas deve haver prevalência da palavra falada sobre a escrita como forma de aproximar o juiz dos meios probatórios; V. Imediatidade – o juiz colhe a prova pessoalmente e imediatamente; VI. Identidade física do Juiz, tipificado no artigo 132 do CPC, prevê que o juiz que concluir a instrução, em regra, deve sentenciar; VII. Aquisição Processual – as provas uma vez produzidas são incorporadas ao processo; VIII. Livre convencimento motivado do juiz – tipificado no artigo 131 do CPC, define que no sistema jurídico brasileiro o juiz deve analisar o conjunto probatório produzido nos autos do processo e decidir motivadamente, não havendo uma pré-avaliação da prova.

Assim, essas são as premissas que direcionam o direito probatório, concedendo a ele particularidades que fazem com que se torne diferente de outros institutos processuais.

Todavia, temos ainda como diretriz regedora do processo civil o princípio do dispositivo, que é apontado como um dos principais obstáculos aos

poderes instrutórios do juiz segundo parte da doutrina, o que é relatado por Trícia Navarro (2008, p.41).

Nesse sentido, o Professor José Roberto Bedaque (2011, p.94), dispõe que:

Assim tem entendido a maioria da doutrina processual, que estabelece nexo entre esses dois fenômenos, ao afirmar que o princípio dispositivo, entre outras restrições impostas a atividade do julgador, impede tenha ele iniciativa probatória. Fala-se que as partes, tratando-se de direitos disponíveis, tem total liberdade para influir na prova, não contestando, confessando. Esse comportamento amputaria os poderes instrutórios do juiz e seria consequência do princípio dispositivo.

Entretanto, há estudiosos do tema que, como Moacyr de Amaral Santos (1976, p.259-260), alegam que o Código de Processo Civil ampliou os sistemas dispositivo e inquisitivo, já que ampliou os poderes instrutórios do juiz não excluindo, porém, o ônus da parte de demonstrar os fatos afirmados.

Em sua obra “Prova judiciária no cível e comercial”, Moacyr de Amaral Santos (1976, p.260) expôs a respeito do tema que:

Dá-se, assim, no processo probatório, uma perfeita interdependência de atribuições das partes e do juiz. Apenas aquelas não podem ter ingerência na função específica deste, de emitir provimentos relativos a qualquer dos atos probatórios e de avaliar e estimular as provas, porque, então, seria transformarem-se em juízes das próprias alegações. Por sua vez, o juiz não pode, a não ser dentro do critério legal e com o propósito de esclarecer a verdade, objetivo de ordem pública, assumir a função de provar fatos não alegados ou de ordenar provas quando as partes delas descuidam ou negligenciam.

Observa-se que mencionado processualista apesar de admitir a produção de provas *ex officio*, atribui a tal instituto um caráter secundário.

A consagração expressa do princípio dispositivo, na verdade, reflete a vertente do pensamento jurídico ocidental que tende a reservar às partes o papel principal na produção de provas, o que acaba por induzir, ao menos em tese, o afastamento de qualquer interferência do magistrado.

A origem da expressão “dispositivo” indica relações jurídicas disponíveis, assim, trata-se dos direitos que podem ser dispostos com liberdade pelas partes. Nesse modelo o juiz fica subordinado aos atos processuais dos envolvidos na demanda, ao contrário do sistema inquisitivo, que confere maiores

poderes ao órgão judicial e “tem como princípio basilar a reunião, num mesmo sujeito, das funções de acusar, defender e julgar” (CALABRICH, 2007, p.36-37).

O modelo inquisitivo, como é possível observar, se presta a além de elevar os poderes processuais do juiz, mas a ampliar suas atribuições conferindo-lhe inclusive a função de acusação.

O princípio do dispositivo possui origem alemã e embora tenha sido, de início, influenciado pela disponibilidade de direitos, acabou não conseguindo refletir seu significado de forma clara na terminologia utilizada.

Até mesmo com relação ao seu conteúdo podemos encontrar disposições divergentes, como relata Bedaque (2001, p.97):

Parte da doutrina entende que a dedução dos fatos, da causa de pedir, integra o *Dispositionsmaxime*, pois, se em consequência da natureza privada do direito subjetivo a parte tem o monopólio sobre a propositura da demanda, evidentemente que nesse poder incluem-se os respectivos elementos objetivos. Daí a limitação imposta ao juiz pela regra da correlação, segundo a qual ele deve decidir apenas à luz dos fatos narrados na inicial. Outros sustentam que reservar às partes a delimitação dos fatos a serem levados em consideração na sentença configura ideia relacionada ao *Verhandlungsmaxime*.

Nesse sentido, referida subordinação do magistrado à iniciativa processual das partes foi nomeada de *Verhandlungsmaxime*. Essa expressão transparece a incorporação no processo da matéria de fato e o modo de operação da iniciativa probatória.

Contudo, a expressão *Dispositionsmaxime*, tem relação com a liberdade das partes de decisão sobre os rumos do processo, por esse sistema, o processo é regido pelas partes. Sobre o tema, Trícia Navarro (2008, p.42) expõe que se relaciona com a “liberdade do titular do direito de decidir sobre a utilização ou não do instrumento do processo, sua subsistência, e ainda sobre a demarcação do litígio”.

No ordenamento jurídico brasileiro, a expressão “princípio dispositivo” traz ainda divergências quanto ao seu significado que a doutrina costuma empregar para expressar coisas diversas. Por exemplo, que mencionado princípio, em sentido amplo, visa conferir às partes os ônus de: iniciação, determinação do objeto, impulso do processo e produção de provas. Entretanto, há quem prefira se referir ao fenômeno da propositura da demanda como “princípio da demanda”, enquanto

“dispositivo” somente representaria as limitações impostas ao juiz no âmbito interno processual.

Todos esses atos podem ser desdobramentos do princípio dispositivo, entretanto, referido princípio se propõe a tratar dos atos a disposição das partes, sobre os quais o magistrado poderá se pronunciar, por exemplo, quanto à validade, estando, em tese, proibido de se manifestar quanto ao conteúdo.

Assim, o legislador ao consagrar o princípio do dispositivo tinha como objetivo distribuir as tarefas entre sujeitos processuais, quais sejam, partes e juiz, e não conferir um maior poder a um deles, deixando claro que a utilização desses poderes pelo magistrado só estaria autorizada quando fosse identificada desigualdade relevante ou para impedir condutas atentatórias ao bom funcionamento da justiça.

Em nenhum momento os poderes conferidos às partes subordina o exercício instrutório do juiz, se prestando muito mais a um papel regularizador do que impositivo.

Por fim, registrado tais considerações sobre a abrangência e a complexidade que gira em torno desse princípio, resta relacioná-lo com os poderes instrutórios do juiz, pois o reconhecimento de tais poderes encontra aparente incompatibilidade com referido princípio, sendo este uma barreira para àqueles, de acordo com Trícia Navarro (2008, p.44), essa incompatibilidade ocorreria “sob o argumento de que as partes poderiam dispor dos atos processuais tal qual o fazem em relação ao direito material, retirando do juiz qualquer ingerência nesse intento”.

É de suma importância identificá-los como institutos diversos que não possuem ligação direta, logo, são consagrados fenômenos que se prestam a finalidades diferentes, portanto, é completamente possível que ambos convivam em harmonia dentro do sistema processual brasileiro, pois a atividade judiciária não interfere nos atos das partes e vice-versa.

Em outros termos, a atividade de um deve ser incentivada pelo outro, pois não há concorrência entre as partes e o magistrado, pelo contrário, deve haver uma colaboração recíproca, as partes cada vez mais respeitando a posição que ostenta o magistrado como sujeito processual, exigindo-se dele que haja dentro dos aspectos legais, como meio de assegurar o equilíbrio e efetividade da relação jurídica processual, ao passo que, os atos de disposição das partes devem ser cada vez mais consagrados, reconhecidos e estimulados pelo próprio juiz.

É certo que, quanto mais imparcial for o juiz, mais haverá segurança para o desenvolvimento do processo. As partes agem visando proveito próprio, e o dever do juiz, como sujeito neutro na relação será de resguardar a paridade de armas. Tem-se então, direitos das partes e poderes do juiz, não havendo ameaça um ao outro, mas simplesmente atividades diferentes.

Em outras palavras, a atividade das partes está ligada ao direito material e não pode ser restringida pelo juiz, somente quando forem inválidos. Porém, esses atos não se prestam a controlar o processo, mas sim a fazer com que o processo se desenvolva, sendo o controle exercido pelo juiz.

Trícia Navarro (2008, p.46) assim comenta a questão:

Os poderes do juiz – inclusive os instrutórios – não redundam no abrandamento, na mitigação ou na reformulação do princípio dispositivo, que permanece íntegro. Por outro lado, o princípio dispositivo não deve ser medido pelo grau qualitativo e quantitativo de atuação do juiz no processo.

Assim, o objetivo do princípio do dispositivo é proteger os atos de disposição das partes que decorrem de um direito material e a técnica processual é por conta do juiz. Dessa forma as partes podem dispor do próprio direito material e o processo não fica no campo de liberdade dos litigantes, assim, há mais coerência na relação do interesse particular com os poderes instrutórios do juiz.

3.3. Poderes instrutórios do Juiz no Processo Civil brasileiro

O juiz conduz o processo determinando os atos das partes envolvidas, combatendo a má-fé processual, deferindo ou indeferindo provas; decidindo questões e outros, ele é o gestor. Por essa razão o legislador mune o magistrado de poderes dentre os quais estão os poderes instrutórios, tendo este como finalidade a formação de uma convicção.

É possível atribuir ao Código de Processo Civil de 1939 o início do reconhecimento dos poderes instrutórios do juiz, na própria exposição de motivos já previa que a formação dos elementos probatórios e a direção do processo eram atributos do julgador.

O artigo 118 do CPC/39 indicava o livre convencimento do juiz como modo de avaliação das provas produzidas, já o artigo 117 tratava da possibilidade de o juiz determiná-las *ex officio*, sendo o precursor do artigo 130 do CPC/73 e atual artigo 370 do CPC/15, conforme ensina Trícia Navarro (2008, p.49).

Durante a evolução legislativa a doutrina incansavelmente alegava que tais poderes possuíam caráter supletivo, o que será tratado mais a frente.

Dentro do sistema probatório existem sistemas de apreciação das provas que regulamentam a forma com que elas serão avaliadas. O primeiro que pode ser destacado é o das provas tarifadas, por esse sistema há uma tabela pré-estabelecida com o valor dado a cada prova, restringindo qualquer liberdade do magistrado para delas se valer livremente. O segundo é o da livre convicção, aqui o juiz tem plena liberdade para analisar as provas e verdade dos fatos. E por último, temos o sistema da persuasão racional ou livre convencimento motivado que concede a liberdade ao juiz na apreciação da prova produzida, porém, com o limite de motivar sua decisão com base nela.

Este último sistema, da persuasão racional, por ser uma forma de garantir a segurança jurídica, em razão do limite imposto, foi o consagrado no nosso ordenamento jurídico.

Entretanto, essa liberdade na apreciação da prova conferida ao juiz está sujeita a regras, pois é uma liberdade condicionada, por esse motivo sempre deverá ser fundamentada, logo, o juiz sempre deverá expor as razões da formação de sua convicção.

Segundo Fredie Didier Jr. (2007, p.68) essa liberdade está condicionada: “a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica; b) às provas desses fatos colhidos no processo; c) às regras legais de prova e às máximas de experiência.”. E o autor segue dizendo que o livre convencimento do magistrado é limitado também pela racionalidade, sendo necessário que se utilize de critérios lógicos, por mais que o irracional possa parecer respeitável, como exemplo, ele elenca decidir baseado em sua fé, haja vista somos um Estado laico.

Sobre a matéria tratada, João Batista Lopes (2000, p.47) expõe que:

De acordo com o critério da persuasão racional, o juiz não deve decidir exclusivamente segundo suas impressões pessoais ou escorado em elementos colhidos fora dos autos, mas deve atender ao conjunto probatório e às regras jurídicas e de experiência.

É claro que, o bom senso é de suma importância para que julgue com base em uma prova, assim como toda a experiência adquirida na carreira jurídica, entretanto, isso deve exercer apenas uma pequena porcentagem de influência na formação de sua convicção, devendo se valer primordialmente dos preceitos legais e doutrina jurídica.

Nesse sentido, os poderes instrutórios do juiz se desdobram em diversos “pequenos” poderes, que compreendidos em uma mesma esfera, formarão a totalidade dos poderes instrutórios. De modo amplo, o juiz tem o poder de conduzir a instrução processual, enquanto os “pequenos” poderes tratam sobre como determinadas provas serão produzidas, quais serão produzidas e a valoração que a cada prova será atribuída.

Assim, o legislador no CPC/15 elencou dois dispositivos que fundamentam tais poderes conferidos ao magistrado: os artigos 370 e 371, que possuem a seguinte redação:

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Nota-se, da observância dos referidos dispositivos, que incumbe ao douto magistrado a determinação das provas a serem produzidas, bem como, indeferir fundamentadamente diligências que entender inúteis ou meramente protelatórias, ou seja, que observa que prestarão apenas a retardar o final da relação jurídica processual. Assim, após a produção probatória, incumbe ao juiz apreciá-las e formar com base nelas sua convicção, indicando as razões que o levaram àquela decisão.

O Código de Processo Civil prevê ainda outros dispositivos específicos que regulam os poderes instrutórios do juiz, dentre eles temos o artigo 375 que permite ao magistrado que na falta de norma jurídica específica se utilize da

experiência comum; ainda o artigo 385 permite que o juiz determine de ofício, em qualquer fase processual, o comparecimento das partes para ouvi-las sobre os fatos; e, o artigo 481 que prevê a hipótese do magistrado proceder a inspeção de pessoas e coisas, bem como diversos outros dispositivos sobre o assunto, mostrando quão amplo é o amparo legal aos poderes instrutórios do juiz.

Dentre os citados, podemos destacar dois atributos inerentes aos poderes instrutórios do juiz: I. Determinar as provas a serem produzidas e; II. Valorá-las segundo o sistema da persuasão racional, também chamado de livre convencimento motivado. Sobre o primeiro aspecto o legislador foi claro ao determinar que tal exercício poderá ocorrer *ex officio*. Entretanto, a doutrina brasileira diverge sobre o alcance desse poder, por exemplo, assim escreveu o processualista Moacyr Amaral Santos (1989, p. 351):

Cumpra observar, porém, que o poder de iniciativa judicial, nesse terreno, deverá ser entendido como supletivo da iniciativa das partes, para que seja somente utilizado nos casos em que houver necessidade de melhor esclarecimento da verdade, sem o que não fosse possível ao juiz, de consciência tranquila, proferir sentença. A regra é que as provas sejam produzidas pelas partes; por exceção, o juiz poderá, de ofício, ordenar diligências necessárias à instrução da causa.

Do mesmo modo relatou Rogério Greco Filho (2003, p.227-228):

Como se disse, essa autorização deve ser interpretada coerentemente com a sistemática do Código, em especial, com o princípio da igualdade das partes. Assim, conclui-se que não pode o juiz substituir a iniciativa probatória, que é própria de cada parte, sob pena de estar auxiliando essa parte e violando a igualdade de tratamento que elas merecem. A atividade probatória do juiz não pode substituir a atividade de iniciativa das partes. Para não inutilizar o dispositivo resta interpretar que o juiz, na verdade, poderá determinar provas, de ofício, nos procedimentos de interesse público, como, por exemplo, os de jurisdição voluntária, e nos demais processos, de maneira complementar a alguma prova já requerida pela parte, quando a prova produzida foi insatisfatória para o seu convencimento. Isto ocorreria, por exemplo, após uma perícia requerida pela parte, no tempo e no local devido, e que fosse inconclusiva, podendo, pois, o juiz, determinar de ofício nova perícia. Afora esses casos excepcionais, não pode o juiz tomar iniciativa probatória, sob pena de violar o sistema da isonomia, e sob pena de comprometer-se com uma das partes extinguindo, com isso, o requisito essencial da imparcialidade.

Vê-se que na doutrina processualista brasileira há quem reconheça um caráter absolutamente supletivo da iniciativa probatória do juiz. Segundo quem defende esse posicionamento, haveria uma violação da imparcialidade do magistrado no momento em que determinasse a produção de provas *ex officio* e

acabaria por beneficiar a parte favorecida pela prova produzida por iniciativa do juiz, como dispõe Alexandre Freitas Câmara (2008, p.14).

Todavia, como já mencionado, há muitas discussões e divergências a respeito do tema, existem autores que não conhecem de forma nenhuma um caráter supletivo aos poderes de iniciativa probatória do juiz. Por exemplo, neste sentido expõe Bedaque (2001, p.159), que entende que os dispositivos que regulamentam a iniciativa probatória por parte do juiz devem ser interpretados da maneira mais ampla possível e as “regras particulares devem ser consideradas meramente explicitantes”.

Na visão de Bedaque (2001, pp.161-162):

A atividade probatória também deve ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas junto com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo. A maior participação do juiz na instrução da causa é uma das manifestações da “postura instrumentalista que envolve a ciência processual”. Essa postura favorece, sem dúvida, a “eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos”. Contribui, enfim, para a “efetividade do processo”, possibilitando que o instrumento estatal de solução de controvérsias seja meio real de acesso à ordem jurídica justa.

Tal entendimento encontra correspondentes como, por exemplo, Didier Júnior, Braga e Oliveira (2007, p.52):

Nada obstante ainda se perceba, na doutrina, na jurisprudência e na própria legislação, certa resistência à iniciativa probatória do magistrado, fruto de reminiscência histórica de um tempo em que se tinha uma visão eminentemente privatista do direito processual, pode-se dizer que hoje, com o desenvolvimento de uma visão oposta, que enxerga o processo civil sob um ângulo mais publicista, a tendência é de se conferir ao Estado-juiz os mais amplos poderes instrutórios.

Encontra-se, pois, no Código de Processo Civil, expressa previsão do poder conferido ao juiz de determinar, de ofício, as provas a serem produzidas. A questão a ser resolvida é com relação à interpretação do artigo referente ao caráter desse poder, se é suplementar ou não da atividade probatória das partes, conforme pressupõe Câmara (2008, p.15).

Mais adiante, prossegue o jurista (2008, p.15):

Tenho para mim que a correta interpretação do art. 130 do CPC⁶ é a que leva a afirmação da existência de amplos poderes de iniciativa probatória do

⁶ O artigo 130 a que se refere o autor corresponde ao artigo 370 do Novo Código de Processo Civil.

juiz. E digo isso com base no fato de que não vejo, na atividade probatória desenvolvida por determinação *ex officio*, algo capaz de romper com a necessária imparcialidade do juiz. Afinal, quando o juiz determina de ofício a produção de uma prova, não tem ele conhecimento da parte que tal prova beneficiará.

[...] se o juiz que determina a produção de uma prova fosse parcial (em favor daquele a quem a prova beneficiará), o juiz que permanecesse passivo e não determinasse a produção da prova também seria parcial (em favor daquele a quem a prova prejudicaria). Isso mostra o equívoco do entendimento oposto.

Assim, a iniciativa probatória do juiz não fere sua imparcialidade, pois não há como prever a quem a prova produzida por determinação do magistrado beneficiará, portanto, o juiz possui amplos poderes instrutórios. Porém, alguns fatores foram determinantes para que isso fosse possível, segundo Trícia Navarro (2008, p.51-52) “a publicização do direito processual, o reconhecimento da natureza processual das normas sobre prova e a correta interpretação do próprio princípio dispositivo” foram essenciais para que houvesse essa mudança no panorama dos sujeitos processuais, atribuindo assim, a direção do processo ao juiz.

Sobre o tema, Marco Antônio de Barros (2002, pp.33-34), expõe que:

Isto revela, mais uma vez, a tendência publicista do Direito processual moderno, que se destina a produzir a efetivação da justiça, em cujo contexto inclui-se a providencial intervenção do juiz durante a instrução do processo, realizada com o propósito de garantir a paz social. E por ser esta a principal missão a ser cumprida pelo juiz, há quem defenda que o mesmo não pode satisfazer-se com a 'direção formal', mas sim empreender a 'direção material' do processo de forma a promover a concretização da justiça.

Assim, as técnicas processuais passaram a estar à disposição do magistrado, de modo legal e com a perfeita aplicação das garantias constitucionais das partes.

O juiz passou a ter mais iniciativa e autonomia dentro da relação processual, o que resultou na entrega da tutela jurisdicional com mais celeridade, pois antes havia um apego excessivo às normas, como já comentava Galeno Lacerda em 1983 em análise aos 10 anos do Código de 1973.

O legislador confiou ainda ao magistrado a ponderação dos princípios da efetividade e da segurança jurídica no caso concreto, optando pela prevalência de um sobre o outro quando necessário, como forma de garantir um bom funcionamento do poder judiciário.

Apesar disso os poderes instrutórios do juiz é um tema que ainda gera certa desconfiança nos litigantes, por não terem um conhecimento aprofundado na importância e na riqueza que isso agregou ao processo, possuem receio de seus interesses serem prejudicados por esse controle probatório. Entretanto, é certo que ter esses poderes bem definidos estabelecem um equilíbrio entre as partes na relação processual, fazendo com que a tutela seja prestada em conformidade com o direito de cada litigante.

Frise-se que tais poderes são obrigatórios e não constituem uma faculdade, sendo assim, o juiz não pode em determinados momentos escolher não exercê-los.

Por fim, os poderes instrutórios do juiz estão vinculados à necessidade de busca da verdade dos fatos e de se estabelecer a paridade de armas dos litigantes (NAVARRO, 2008, p.57). Assim como em todo o processo, é clara e certa a necessidade de observância dos princípios do contraditório e ampla defesa, bem como o da obrigação de motivação, demonstrando o juiz as justificativas e razões de suas decisões e ações.

4 DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO

Sabe-se que as decisões judiciais, sejam em primeiro grau ou nos tribunais, se baseiam essencialmente na lei, nas provas produzidas e na interpretação que à elas é dada pelo magistrado com base na lei. Por tal motivo, é importante analisar com cuidado o momento em que a prova se torna inadmissível para o processo.

Estabelecer um debate sobre o comportamento do magistrado quando se depara com uma prova que resolve a questão no caso concreto, mas é ilegítima ou ilícita, é fundamental para elucidar o responsável pelo ato ilícito ou o momento em que essa prova ilegítima se torna contrária à prova dos autos.

É certo que surge para o juiz um dilema muito próprio nesse momento: ressaltar a verdade que foi demonstrada de forma contrária aos meios admitidos por lei, e assim atuando, negar o direito, pois fundamentar uma decisão que tem o dever, de ser sempre justa, com argumentos baseados em provas ilícitas ou ilegítimas, é contrário à garantia de liberdade de defesa conferida pela Constituição Federal; ou, não admitir uma prova por sua natureza ilegal e assim fazendo, negar a verdade pela “presunção de que o que não está no processo não está no mundo jurídico, nem poderá ser apreciado pelo magistrado”, e assim, se negando à verdade estaria de certa forma negando, também, o direito, que fatalmente busca defender a verdade e a justiça, conforme explica Luís Alberto Thompson Flores Lenz (1988, p.220).

Haviam duas correntes sobre a admissibilidade processual das provas ilícitas antes da Constituição Federal de 1988, tendo prevalência a que defendia a admissibilidade, principalmente em matéria de direito de família, como explica Fernanda Braga (2008, s/p).

A corrente que defendia a admissibilidade tinha como argumento principal a busca da verdade real, não tendo muita importância o meio pelo qual a prova foi adquirida ou constituída. Nesse caso, o juiz deveria, sempre que houvesse conflito entre o direito à intimidade e o direito à prova, o direito a prova deveria prevalecer, principalmente quando estiver em “jogo” a ordem pública e direitos alheios. A busca da verdade deveria sempre prevalecer, até mesmo quando os meios forem ilícitos.

Sobre os outros campos do direito, tanto no civil quanto penal, Ada Pellegrini Grinover (1998, pp.49-50), expõe que:

Ainda há quem se manifeste a favor da admissibilidade processual das provas colhidas com infração a normas de direito material, preconizando apenas a punição do infrator pelo ilícito cometido no momento da obtenção da prova.

Por outro lado, a parte minoritária dos estudiosos que defendiam a inadmissibilidade da prova ilícita como meio de prova no processo, baseavam-se no artigo 332 do Código de Processo civil de 1973, que dispõe que:

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.

Assim, essa parte da doutrina entendia que essas provas não são legais e nem moralmente legítimas.

Sobre o tema, Elisângela Hoss de Souza (s/a, p.11) disserta que é possível perceber nos dias atuais três correntes tratando a respeito da admissibilidade ou não das provas ilícitas. Conforme a autora em primeiro lugar tem-se a chamada “corrente Obstativa”, segunda a qual considera-se “inadmissível a prova obtida por meio ilícito, em qualquer hipótese e sob qualquer argumento”. Importante salientar que a “teoria dos frutos da árvore envenenada” que é muito usada na Suprema Corte Brasileira advém dessa corrente, conforme explica referida autora. A segunda corrente é denominada Permissiva, defende que a ilicitude de uma prova está ligada ao meio de obtenção e não ao seu conteúdo, portanto aceita a prova que foi obtida de forma ilícita. Ainda sobre essa corrente, a autora supra citada expõe que, “aquele que produziu a prova ilicitamente deve ser punido e o conteúdo probatório deve ser aproveitado”. E por fim, tem-se a chamada “corrente intermediária”, segundo a qual, a prova ilícita é aceitável, dependendo para tanto dos “valores jurídicos e morais em jogo”, defendendo a aplicação da proporcionalidade.

Assim, é extremamente importante se identificar dentro do tema das provas ilícitas, os argumentos mais relevantes quanto a sua admissibilidade ou não, e também, sua validade perante o ordenamento jurídico atual, bem como doutrina e jurisprudência.

Carlos Vinicius Soares Cabeleira (2010, p.70) escreve que:

No atual estágio da ciência jurídica, todos os doutrinadores admitem que existem casos de admissibilidade plena da prova ilícita e outros de inadmissibilidade, variando apenas o sopesamento que se faz dos casos concretos em que se admitem uma e outra.

Portanto, as posições são das mais variadas, tanto quanto à aplicação da proporcionalidade como sobre o que é ilícito no processo civil.

4.1 Posições Favoráveis

Como justificativa da admissibilidade da prova ilícita, o maior e mais invocado argumento é o de que “não haveria vedação expressa, circunstância que, aliada à taxatividade da nulidades processuais, tornaria obrigatória a admissão de todas as provas ilícitas, desde que pertinentes e relevantes”, como dispõe Carlos Vinicius Soares Cabeleira (2010, p.62).

Dentro de todo o nosso sistema judicial a prova ilícita é vista como violação de direito material, porém, são normas processuais que regulamentam e determinam quais são admissíveis ou não. Neste sentido, Carlos Vinicius Soares Cabeleira (2010, p.62), discorre que:

Em razão da autonomia do direito processual em face do direito material, se uma determinada violação de norma na obtenção da prova não estava prevista como causa de exclusão da prova pelas regras procedimentais, então o elemento de prova respectivo deveria permanecer no processo.

Logo, por esse argumento a falta de previsão legal expressa em norma procedimental tratando da inadmissibilidade dessa prova é causa para sua admissibilidade, sendo necessário apenas analisar a relevância desta para o processo. Por ser o objetivo da instrução probatória demonstrar no processo a verdade dos fatos para a solução da causa, se o elemento prova é verdadeiro, deveria ser aproveitado pelo processo. Caso assim não fosse, o juiz estaria julgando contra uma verdade conhecida, agindo como se não a conhecesse, ou seja, fingindo que não a conhece.

Cordero (1963, p.163) dizia que, para analisar a admissibilidade ou não de uma prova nos autos, é fundamental observar se o modo com que foi introduzida era “consentida em abstrato pela lei processual”, pouco importando os meios de sua obtenção (*male captum bene retentum*).

Já Ricci (1987, p.70) apud Cabeleira (2010, p.64), entende que “no caso de se referir à atividade material anterior à produção do documento em juízo, a ilicitude não tem relevo e a prova conserva todo seu valor”. Isso quer dizer que, uma prova pré-constituída que chegou até as partes de maneira ilícita possuirá eficácia normal, como qualquer outra prova desenvolvida de forma regular, e não de simples indícios.

Para referido autor (1987, pp.74 e 82), postular a ilicitude de determinado comportamento não quer dizer “necessariamente sancioná-lo com uma nulidade”, pois o ordenamento poderia se limitar a aplicar outras sanções, como, por exemplo penal, para ter o efeito “dissuasório” que é buscado com a vedação dessas provas. Ainda, o autor explica que isso não significa que não haja limites à possibilidade de utilização dessas provas ilícitas. E esses limites são, segundo Cabeleira (2010, p.64), “determinados de modo claro e preciso pela necessidade de respeito ao princípio do contraditório e da defesa, que são princípios inderrogáveis de todo processo”.

Cabeleira (2010, p.64), ensina ainda, que:

Nos Estados Unidos, não se aplica a regra de exclusão para violações praticadas por particulares. Como o fundamento é majoritariamente considerado o efeito educativo para os órgãos de persecução, os particulares não estão abrangidos pelo mesmo, de modo que as provas ilícitas por eles produzidas são admissíveis. Dessa forma, não se reconhece a regra de exclusão no processo civil. Ou seja, punem-se as violações de direitos fundamentais de forma autônoma com relação ao processo em que as provas dessa forma obtidas são valoradas.

Nesse sentido, Israel la Fave (1992, p.116) apud Barbosa Moreira (1997, p.119) expõe que:

Naquele país, a *exclusionary rule* só se aplica normalmente contra a autoridade pública (não quanto a eventuais infratores particulares), e no terreno penal: em feitos de outra natureza, a ilicitude da obtenção não impede a utilização da prova, salvo casos excepcionais, como o de processo destinado a imposição de sanção administrativa grave.

Nesse prisma, Vigoritti (1968, p.67) apud Cabeleira (2010, p.64): ensina que “a jurisprudência norte-americana considera que a Quarta Emenda refere-se apenas à atividade dos poderes públicos e não também àquela dos cidadãos singulares, de cujos ilícitos se é suficientemente protegido pelas normas penais”. Portanto, é favorável à utilização de provas ilícitas, restando a punibilidade do autor do crime.

Picó i Junoy (2005) apud Cabeleira (2010, p.64), defende na Espanha a admissibilidade de provas obtidas com “violação de meros preceitos legais”. Conforme o autor, desde que na aquisição da prova não tenha havido violação de direito fundamental algum, ela poderá ser livremente utilizada e valorada pelo magistrado na fundamentação da sentença, sem correr o risco de sofrer qualquer responsabilização civil, penal ou administrativa por assim proceder. Para Picó i Junoy (2005) apud Cabeleira (2010, p.64). A Constituição concedeu caráter fundamental ao direito à prova, bem como o Estado tem interesse em prestar uma tutela plena, e isso permite que o juiz aprecie a prova ilegal.

Há ainda, outro argumento no sentido dessa admissibilidade, conforme expõe Cabeleira (2010, p.65):

O dever das partes de dizer a verdade, no processo civil, como dito acima, tornaria obrigatória a admissão das provas ilícitas que visassem a demonstrar a falsidade de uma alegação. Além disso, o interesse na descoberta da verdade e a celeridade processual também justificam a admissão de todos os meios capazes de proporcionar maior certeza, e conseqüentemente, maior celeridade ao julgamento.

Porém, no Brasil, a vedação das provas ilícitas caracteriza uma garantia constitucional. De acordo com André Vasconcelos Roque (2007, p.319), uma simples violação de direito material é capaz de tornar a prova ilícita e, assim, inadmissível ao processo. Neste sentido, o argumento sobre a ausência de expressa vedação não pode ser arguida no Brasil após a constituição de 1988.

Portanto, em razão dessa vedação expressa que o Constituinte trouxe, não é possível simplesmente aceitar a admissibilidade de provas ilícitas. No entanto, Cabeleira (2010, p.65) relata que é aceitável a admissão de uma prova assim se, a ilicitude for “meramente aparente, seja porque não houve violação do direito material, seja porque o agente agiu albergado por alguma excludente de ilicitude” e ainda quando, houver conflito entre bens juridicamente protegidos que permita a

aplicação do princípio da proporcionalidade e no caso concreto admitir-se o aproveitamento de tais provas.

Luiz Galvez Muñoz apud Luiz Guilherme Marinoni (2005, p.367) faz lembrar que a maioria dos países, se não todos, que defendem a inadmissibilidade de provas ilícitas já se encontraram em situações que se viram obrigados a abrir exceções. De uma forma ou de outra, os países tiveram que aceitar a flexibilização da regra de exclusão das provas ilícitas para preservar alguns valores que entendem dignos de proteção. Em alguns lugares a regra já foi constituída com exceções, “como um compromisso entre a defesa dos direitos fundamentais e a obtenção da verdade processual” como dispõe o autor. Porém, em outros lugares foi o tempo e a realidade que acabaram flexibilizando.

Isabel Alexandre (1998, p.208), ensina que:

A flexibilização da admissibilidade da prova também decorre da circunstância de que a escolha entre admissibilidade e inadmissibilidade como consequência de um ilícito não permite uma correta graduação das consequências de acordo com suas características, em especial, a sua gravidade.

Desse modo, a violação de um direito no momento da obtenção de uma prova pode ser “desmesuradamente castigada com a improcedência da ação”, segundo os ensinamentos de Cabeleira (2010, p.66).

Aparentemente dentro do nosso sistema processual podemos observar essa situação. Os tribunais e a doutrina começaram a reconhecer quão necessário é flexibilizar essas regras. Observa-se, um trecho do voto do relator Ministro Adhemar Maciel no Habeas Corpus nº 3.982-RJ, julgado em 05 de dezembro de 1995, pelo Superior Tribunal de Justiça:

Numa análise apressada da jurisprudência americana anterior a 1987, pode-se constatar que a *Exclusionary Rule* não é tomada em termos absolutos. Como em termos absolutos não é tomada na Alemanha, e não deve ser no Brasil. Além de casos gritantes de proteção individual, pode haver, no outro prato da balança, o peso do interesse público a ser preservado e protegido.

Ainda, no Habeas Corpus nº 4.138, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça adotou um entendimento matizado, e rejeitou a alegação de

inadmissibilidade de gravação de conversa telefônica, mediante escuta telefônica supostamente ilícita, no presídio a que se achavam recolhidos os impetrantes.

Comoglio apud Cabeleira (2010, p.67) disse que:

Estaria ganhando crédito, sobretudo na jurisprudência, a ideia segundo a qual as regras de exclusão não seriam absolutas e automáticas, mas teriam efeitos relativos. Subordinando-se a uma apreciação concreta pelo juiz, que deve estabelecer, caso a caso, se o sacrifício da prova relevante é comparavelmente justificado, ou não, na relação proporcional com a lesão causada aos direitos individuais.

Assim, a análise do caso concreto possui grande relevância para auferir ou não efeitos relativos à regra da inadmissibilidade, sobretudo quando houver proporcional lesão a bens distintos tutelados. O juiz deve verificar no caso se o sacrifício dessa norma é justificável.

4.2 Posições Desfavoráveis

Independentemente de vedação expressa ou não, em todos os países existem autores que vão defender sua inadmissibilidade no processo civil por consequência de uma unidade que acreditam ter o ordenamento jurídico e até mesmo da necessidade de proteger de forma mais ampla direitos fundamentais

Allorio apud RICCI (1987, p.40) apud CABELEIRA (2010, p.68), que é, segundo Ricci “o mais severo defensor da ineficácia da prova ilicitamente admitida” acredita que o livre convencimento do juiz somente se aplica às provas legais, não alcançando assim, àquelas que a lei nunca permitiria a aquisição pelo processo. Para Allorio, há grande perigo em relativizar direitos fundamentais.

Com base nos ensinamentos de Vigoritti, Cabeleira (2010, p.68) expõe que:

A revogação ex lege e a perda de eficácia dos atos lesivos, que comportaria exclusão do juízo de certas provas relevantes e talvez também decisivas, não são outra coisa senão instrumentos que o sistema atribui ao cidadão para a defesa dos valores considerados fundamentais e, ao mesmo tempo, são o indicativo mais evidente da prioridade dos valores garantistas frente a outros valores, mesmo que sejam estes também importantes para a vida social.

Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover em 1982, portanto, antes da Constituição de 1988, em sua obra “Liberdades públicas e processo penal” apud Luiz Francisco Torquato Avolio (1999, p.77), ensinava que:

A inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes e de terceiros. Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos de personalidade. Será também irrelevante indagar-se a respeito do momento em que a ilicitude se caracterizou (antes e fora do processo ou no curso do mesmo); será irrelevante indagar-se o ato ilícito foi cumprido contra a parte ou contra terceiro, desde que tenha importado em violação a direitos fundamentais; e será, por fim, irrelevante indagar-se se o processo no qual se utilizaria prova ilícita deste jaez é de natureza penal ou civil.

Até mesmo o Supremo Tribunal Federal, antes da Constituição de 1988, já se posicionava quanto à proibição das provas obtidas em desconformidade com a lei. É possível observar isso em acórdão proferido em 11.11.1977, no RE nº 35.439/RJ, Segunda Turma, relator Ministro Xavier de Albuquerque. Em seu voto, o ministro relatou:

Tenho como patente, por outro lado, à luz do que dispõem a respeito o Código Penal e o Código Brasileiro de Telecomunicações, a ilegalidade do meio probatório de que se valeu, até aqui com a aquiescência das instâncias ordinárias, o recorrido, meio que também não pode ser considerado moralmente legítimo, por mais progressistas e elásticos que sejam os padrões de moralidade que se possa utilizar.

Com a vigência da Constituição de 1988, referida inadmissibilidade passou a ter previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, a maioria da doutrina em casos específicos permite a relativização, como já visto.

Os autores da obra “A viagem redonda: Habeas data, direitos fundamentais e as provas ilícitas”, Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos na *Revista trimestral de Direito Público* (1998, n.24/14.), expuseram que:

A Constituição brasileira, por disposição expressa, retirou a matéria da discricionariedade do julgador e vedou a possibilidade de ponderação de bens e valores em jogo. Elegeu ela própria o valor mais elevado: a segurança das relações sociais pela proscrição da prova ilícita.

Não obstante, os autores dizem no mesmo texto que “merecia reflexão a questão do emprego de prova ilícita como eventual elemento único de defesa em processo criminal”, assim, observa-se que mesmo quem defende a total inadmissibilidade reconhece que em certas situações a regra precisa ser temperada.

Entretanto, Ada Pellegrini Grinover (1992, p.46), ressalta que a constituição ao não abrir qualquer exceção expressa não deu margem para aplicação da proporcionalidade. E disse ainda (1990, pp.61-62): “O sistema constitucional brasileiro partilha da convicção de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados”.

A posição do STF pós CF/88, ficou clara no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, no HC 69.912-RS:

No Brasil, contudo, a inadmissibilidade da prova captada ilicitamente já se firmara no Supremo Tribunal, antes da Constituição, seja no processo civil, seja na investigação criminal. E a Constituição de 1988 explicitou peremptoriamente, no art. 5º, LVI, que —são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos—. No ponto, *legem habemus*: toda a discussão a respeito terá, no Brasil, sabor puramente acadêmico.

Marcellus Polastri Lima (2009, p.128) dispõe que em âmbito processual penal havia três correntes que consideram provas ilícitas inadmissíveis. De acordo com a autora elas tinham por fundamento: I. Se o direito é um só e a prova é ilícita, ela deve ser assim considerada em todos os ramos do direito, portanto ela não poderia ser utilizada no processo, que era defendido por Heleno Fragoso no Brasil; II. Baseava-se na necessidade do estado se restringir ao princípio da moralidade, sendo inadmissível se valer de meios ilícitos mesmo com o objetivo de combater o crime. III. Defendia a ideia de que referida admissão seria uma ofensa à Constituição e atingiria valores fundamentais e garantias individuais (defendida pela autora Ada Pellegrini Grinover).

Dentro da ótica do processo civil, Lourival Serejo (2004, p.61) possui uma postura bastante consistente quanto à prova ilícita, dizendo não haver possibilidade nem mesmo de aplicação da proporcionalidade, sendo possível só no processo penal e mesmo assim excepcionalmente. O autor dispõe em relação a vedação das provas ilícitas que:

Pode não se revestir de caráter absoluto, em se tratando de processo penal, tendo em vista o equilíbrio de valores e o princípio do interesse público, mas o afastamento dessa proibição deve ter respaldo no caso concreto e trazer elementos capazes de justificar a excepcionalidade. Entretanto, o argumento do 'interesse público' não se aplica no cível, no qual a disputa é entre dois interesses privados.

Contudo, o próprio autor (2004, p.58) já assumiu posicionamento menos rígido quando o assunto é a guarda de filhos. Inclusive, menciona situação que vivenciou em sua prática forense onde a genitora gravava conversas da filha com o pai e acabou decidindo usar essas gravações em desfavor da conduta dele a fim de assegurar a guarda de sua filha. Então, entregou a fita em um envelope na casa do juiz, onde constava que era para "o juiz ficar sabendo a verdade". Nesse caso específico o autor entendeu ser admissível o aproveitamento da prova em razão de compreender "questão de alta carga valorativa". Porém, ressalta que é totalmente inadmissível sem a análise do caso concreto.

5 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA.

Inicialmente, o consagrado princípio do devido processo legal que estamos a estudar é um instituto que foi criado como forma de garantia apenas processual, ou seja, “como um princípio assecuratório da regularidade do processo, a ser observado nas várias instâncias processuais”, como dispõe Carlos Roberto de Siqueira Castro (1989, p.34). Conforme o autor, ainda em seu início, esse princípio constituía um requisito de validade da jurisdição penal e somente posteriormente abrangeu a jurisdição civil e procedimentos administrativos.

Nessa linha, Castro (1989, p.38) expõe que:

Foi natural consequência que essa garantia originariamente voltada à regularidade do processo penal, onde buscava adequar o *jus libertatis* dos acusados ao *jus puniendi* do Estado, transpusesse as fronteiras penalistas e se estendesse a todas as relações processuais, de maneira abranger também o processo civil.

O devido processo legal foi expressamente consagrado em nosso ordenamento jurídico com a Constituição de 1988, nos seguintes termos do artigo 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O reconhecimento desse princípio pelo constituinte foi na época, motivo de grande celebração entre os juristas, pois era necessário um parâmetro a se utilizar para controle dos atos estatais, conforme dispõe Maria Rosynete Oliveira Lima (1999, pp.175 -176).

O texto Constitucional concebeu o devido processo legal como um meio de atuação do Poder Judiciário a fim de dar eficácia a direitos e deveres previstos na Constituição. Garantias como contraditório e ampla defesa, estabelecidos da mesma forma no artigo 5º da Magna Carta são parâmetros desse princípio. E, embora o devido processo legal possua raízes na Constituição de 1215, “cujo período serviu para regular o poder real, ele ultrapassou não só barreiras geográficas, mas também temporais e ideológicas”, compõe na atualidade o ordenamento jurídico brasileiro, conforme os ensinamentos de Maria Rosynete Oliveira Lima (1999, p.184).

Gregório Peces-Barba Martínez (1995) apud Maria Rosynete Oliveira Lima (1999, p.184) diz que a explicação para este fenômeno está: “na ideia básica e imutável do princípio do devido processo legal, isto é, o controle do poder, ou limites *al poder*”. Ou seja, não importa quantos anos passaram e nem as condições que trouxe sua existência, sempre existirá a necessidade de impor limites e controlar de alguma forma a atuação dos que encabeçam o processo político.

A lei estabeleceu um procedimento onde “a parte tem o direito de produzir todas as provas pertinentes, relevantes e admissíveis, o impedimento da produção probatória por parte do juiz viola o devido processo legal formal” conforme Cabeleira (2010, p.23), que segue dizendo que:

Se no procedimento estabelecido pela lei o direito à produção probatória é indevidamente restringido, de modo que o exercício do direito material fica obstaculizado, tal procedimento é injusto e viola o devido processo legal na sua acepção material.

Assim, o devido processo legal serve como um fundamento para o direito constitucional à prova, bem como o princípio do acesso à justiça.

O acesso à justiça está consagrado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal nos seguintes termos: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Esse princípio possui um aspecto material e um formal, que conforme Cabeleira (2010, p.23) consiste em:

O acesso à justiça formal é a capacidade de levar uma determinada questão ao conhecimento do Poder Judiciário, o direito de propor uma demanda e de obter uma resposta em tempo razoável. O acesso à Justiça material é o direito à obtenção de uma decisão justa.

Uma decisão justa depende de uma reprodução fiel dos fatos perante o juiz, ou seja, precisa da produção de provas. Logo, produzir prova é uma forma de exercer um direito, seja ele qual for. Cercear o direito de produzir provas pode suprimir o direito da parte de obter uma adequada proteção a sua situação jurídica, pois para que o direito seja aplicado é necessário indicar e demonstrar os fatos constitutivos do direito por meio da prova.

Como já mencionado nos primeiros capítulos deste trabalho, o direito à prova é um direito subjetivo da parte que é assegurado no nosso ordenamento por diversos institutos, dentre eles, o devido processo legal e o acesso à justiça.

6 PROVAS ILÍCITAS À LUZ DO “PRINCÍPIO” DA PROPORCIONALIDADE

É possível afirmar, com base nos estudos efetuados até este momento que a máxima da proporcionalidade vem sendo admitida tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência quando da justificação da possibilidade de aproveitamento das provas ilícitas pelo processo civil. Em razão disso, é muito importante que seja feito um estudo mais específico a respeito da proporcionalidade, sua aplicabilidade e questões que são levantadas como críticas.

6.1 Subjetivismo na Aplicação da Proporcionalidade

A utilização da proporcionalidade como parâmetro para relativizar a rigidez da norma jurídica constitucional que estabelece a vedação das provas ilícitas sofre algumas críticas. É importante ressaltar que, são críticas genéricas, portanto, não dizem respeito diretamente às provas ilícitas e “estão relacionadas a um temor de esvaziamento do conteúdo garantista dos direitos fundamentais” (CABELEIRA, 2010, p.154).

A primeira crítica está relacionada diretamente à aplicação da proporcionalidade e da consequente atribuição de um caráter principiológico a ela.

Nesse sentido, de acordo com Daniel Sarmiento (2003, p.183), “se uma norma constitucional institui uma garantia, sem prever qualquer exceção, não poderia o Judiciário criar hipóteses de flexibilização, por mais relevantes que fossem os seus motivos”.

Além disso, existem características na nossa cultura jurídica que precisam ser consideradas, como expõe Barroso e Barcellos (1998, nº 24/14):

Embora a ideia da proporcionalidade possa parecer atraente, deve-se ter em linha de conta os antecedentes de país, onde as exceções viram regra desde sua criação (vejam-se, por exemplo, as medidas provisórias). À vista da trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um *sentimento constitucional* consolidado, não é nem conveniente nem oportuno, sequer *de lege ferenda*, enveredar por flexibilizações arriscadas.

Assim, sob esse aspecto não seria possível a admissão da proporcionalidade para tirar a rigidez de nenhuma garantia fundamental (CABELEIRA, 2010, p. 156).

O processualista Barbosa Moreira (1997, p.110) defendia a aplicação da proporcionalidade e argumentava contra as críticas que eram feitas de que sua aplicação resultaria em um subjetivismo. O autor observa que em vários casos a lei assume uma posição de confiança em relação à valoração que é feita pelo juiz quando da aplicação de normas que possuem conceitos indeterminados, como por exemplo, o interesse público e os bons costumes. Portanto, seria impossível suprimir a subjetividade do juiz, pois ela existe de modo frequente e essencial no decorrer do processo e no modo de decidir.

Nesse prisma, Robert Alexy (2007) apud Cabeleira (2010, p.156) afirma que “a possibilidade de não se ter uma unanimidade quanto à solução adotada não é uma crítica à racionalidade do método de ponderação, mas uma qualidade geral dos problemas práticos ou normativos”.

O subjetivismo está presente no exercício de qualquer atividade jurídica, mas principalmente na atividade jurisdicional, por isso, as críticas apresentadas servem apenas como um alerta.

6.2 Proporcionalidade como Postulado Normativo

O chamado “princípio” da proporcionalidade assume um papel fundamental em matéria de provas ilícitas como já analisado. Entretanto, é de suma importância o estudo da natureza deste instituto para a compreensão de sua aplicabilidade. Neste sentido, mostra-se relevante um breve estudo a respeito das espécies de normas jurídicas dando ênfase aos princípios e postulados normativos.

Ressalta-se que, como já visto, embora conhecido como princípio da proporcionalidade, sua correta aplicação se dá como um postulado normativo. Assim, seguindo o conceito já estudado, trata-se de norma metódica que auxilia, estrutura e viabiliza a aplicação das demais normas jurídica.

Entretanto, insta salientar que a aplicação do postulado da proporcionalidade depende da existência de certos elementos e está pautada em

determinados critérios. Desse modo, a aplicação da proporcionalidade depende da existência de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, logo, é necessária a existência de meio e fim, como aponta Humberto Ávila (2011, p.155).

A relação de meio e o fim de que depende a proporcionalidade deve possibilitar três exames cruciais, quais sejam o da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. É importante essa análise, pois isto demonstra que o postulado da proporcionalidade não pode ser aplicado como “coringa”, não pode ser invocada para julgar todas as situações. Embora ela não resolva a questão do subjetivismo, questão esta que inclusive foi estudada anteriormente, ela auxilia na atividade de julgamento do magistrado.

Pode-se dizer então que: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, são submáximas da proporcionalidade. Porém, antes de estabelecer um estudo sobre as mesmas, é relevante a compreensão da relação entre meio e fim.

O postulado da proporcionalidade depende do “imbricamento entre bem jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável”, ou seja, se não houver uma boa e estruturada relação entre meio e fim não há como aplicar a proporcionalidade por falta de pontos de referência, como dispõe Ávila (2011, p.174).

Ávila (2011, p.175) dispõe que:

O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).

Se não houver uma relação de meio e fim, faltam elementos estruturais para aplicação da proporcionalidade. Nesse prisma, é crucial entender que *fim*, de modo geral, consiste na ambição de um resultado concreto, um resultado extrajurídico, algo que possa ser concebido, como, por exemplo, dar causa ou impedir a realização de ações. Por outro lado, meio seria a medida existente para alcançar o fim. Nesse sentido, Ávila (2011, p.175) diz que “um meio cujos efeitos são indefinidos e um fim cujos contornos são indeterminados, se não impedem a

utilização da proporcionalidade, certamente enfraquecem seu poder de controle sobre os atos do Poder Público”.

O exame da adequação exige que haja uma relação prática entre meio e fim, ou seja, o meio deve necessariamente levar à realização do fim. Portando a análise da adequação consiste em identificar se a restrição imposta é apta para atingir o fim a que se destina, afinal, “um meio pode produzir menos, igualmente ou mais o fim do que outro meio” (ÁVILA, 2011, p.178).

Neste sentido, referido autor (2011, p.180) aponta que:

Pode-se afirmar que nas hipóteses em que o Poder Público está atuando para uma generalidade de casos – por exemplo, quando edita atos normativos – a medida será adequada se, abstrata e geralmente, servir de instrumento para a promoção do fim. Tratando-se, porém, de atos meramente individuais – por exemplo, atos administrativos – a medida será adequada se, concreta e individualmente, funcionar como meio para a promoção do fim.

Em ambas as hipóteses citadas por Ávila a adequação é avaliada no momento da escolha do meio.

No exame da necessidade será analisado se a restrição imposta é a menos onerosa possível com a mesma eficácia. Isso levará a verificação da existência de meio alternativos que possam promover igualmente o fim, sem privar na mesma intensidade os direitos fundamentais atingidos. Sobre o tema, Ávila (2011, p.182) dispõe que:

O exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o *exame da igualdade de adequação dos meios*, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o *exame do meio menos restritivo*, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados.

Assim, o meio necessário será o que atinja igualmente o fim idealizado e o menos gravoso aos direitos fundamentais.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação de valores. Segundo Ávila (2011, p.185) “é a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”, nessa linha, o autor continua elencando perguntas que se deve fazer para identificar de modo claro a proporcionalidade em sentido estrito:

A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causado aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?

Efetuar referidos questionamentos auxilia a percepção da presença desse elemento em uma situação complexa, pois o julgamento do que terá maior importância no caso concreto, do que terá maior valor dependerá de uma avaliação muito subjetiva.

É inevitável a essa altura lembrar que o exame da proporcionalidade de modo geral exige do aplicador um juízo de probabilidade e indução de modo preponderante.

Portanto, a proporcionalidade é um postulado normativo, e essa classificação implica diretamente em seu modo de aplicação, sendo indispensável a observação de determinados critérios para sua aplicação.

Como mencionado, embora nítido a natureza de postulado normativo inerente a proporcionalidade, grande parte da doutrina a compreende como um princípio, o que limita sua aplicação justamente por postulados não possuírem o mesmo modo de aplicação de princípios como será estudado a seguir.

6.2.1 Da aplicabilidade de princípios

Antigamente, dizia-se que princípios não tinham força normativa, ou seja, não vinculavam, logo, não poderiam ser exigidos. O juiz não podia julgar com base em um princípio. A doutrina dizia que princípios eram meras cartas de boas intenções.

Com o advento da segunda guerra mundial, a comunidade jurídica passou a questionar se acima das regras nazistas não deveria haver um princípio como o da dignidade da pessoa humana, e a partir daí, começou-se a atribuir força normativa aos princípios.

Todavia, atualmente percebe-se que há uma supervalorização dos princípios, um extremo oposto do que ocorria no passado, e a realidade é que juridicamente “tudo” é possível com base em princípios, o que vem causando diversos problemas quanto a sua aplicação.

O código de processo civil ao trabalhar a questão da fundamentação da sentença é influenciado pelas críticas que existem em relação ao uso dos princípios pelos magistrados.

Princípio aqui compreendido é uma norma jurídica, e estas são instrumentos pelos quais o direito disciplina a vida em sociedade e determina condutas. Texto é o dispositivo da lei, norma é o resultado obtido a partir da interpretação do texto. De forma técnica, não se interpreta a norma, se interpreta o texto e dessa interpretação se extrai a norma. Feito esses apontamentos é possível dizer que da interpretação do texto posso extrair: princípios, regras ou postulado normativo. E a depender do tipo de norma que se extrai do texto, tem-se uma aplicação.

As normas do nosso ordenamento jurídico atuam sobre outras normas, seja definindo lhes seu sentido ou seu valor (ÁVILA, 2011, p.97). Nesse prisma, os princípios estabelecem um estado ideal a ser alcançado, conforme estabelece referido autor ao dizer que “os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente regras”.

Humberto Ávila (2011, p.122) estabelece como um dos pontos de discussão em sua obra as teorias predominantes de Dworkin e Alexy, pelos quais princípios podem ser definidos como “normas carecedoras de ponderação, no sentido restrito de normas que se submetem a um sopesamento diante do caso concreto, por meio do qual podem ser derrotadas por princípios colidentes” Assim, consideram que os princípios possuem força *prima facie*, ou seja, que atuam em razão de dirimirem conflitos entre princípios contrários.

Entretanto, embora o autor admita que alguns princípios possuam força normativa *prima facie*, afirma que esse elemento não é “definitório” dos princípios, que essa qualidade não está presente em todos os princípios.

As teorias de Dworkin e Alexy estabelecem como critério diferenciador entre princípios e regras o modo de aplicação e o modo de colisão. Portanto, enquanto “as regras seriam aplicadas mediante “subsunção”, os princípios seriam aplicados mediante “ponderação”” (ÁVILA, 2011, p.123). Essa ponderação em sentido amplo abarca um sopesamento de razões que podem estar presentes em qualquer norma, e em sentido estrito, de balanceamento de valores entre princípios,

de modo que se atribua peso maior a um em detrimento do outro diante do caso concreto.

Nesse sentido, Humberto Ávila (2011, p.123) expõe que:

O critério diferenciador de distinção entre regras e princípios, baseado no conceito restrito de ponderação, conduz a um outro critério – o “modo de colisão”: quando duas regras entram em colisão, ou se abre uma exceção que afasta o conflito, ou uma das duas regras deve ser declarada inválida, ao passo que quando dois princípios entram em conflito, ambos mantêm a sua validade, estabelecendo-se, porém, uma espécie de hierarquia móvel e concreta entre eles.

Esse entendimento conduz a definição de princípios como “normas carecedoras de ponderação”, ou seja, segundo essa teoria, o que diferencia princípios de regras são o modo em que eles são aplicados, que seria diante de ponderação, podendo essa ponderação levar ao afastamento total de um princípio em detrimento do outro no caso concreto. Assim, “ser uma norma-princípio é ser uma norma que se caracteriza pela restringibilidade e pela afastabilidade” (ÁVILA, 2011, p.123). O autor (2011, pp.123-124) entendeu necessário o estudo de tal questão, pois, se a ponderação por elemento essencial dos princípios, de modo que, o simples uso da palavra “princípio” remeta a necessária propriedade da “defectibilidade”, logo, seria conceituá-los como normas “derrotáveis ou afastáveis em razão de outra norma”.

Em vários ramos do direito tem se flexibilizado princípios em razão de outros, como é estudado nesse trabalho com a questão das provas ilícitas e os poderes do magistrado, o princípio da legalidade, da presunção de inocência e da proibição da prova ilícita tem sido relativizado em favor de princípios de interesse público e direitos fundamentais de maior valor, como exemplificado pelo próprio Ávila (2011, p.124).

Há inúmeros princípios que regem nosso ordenamento jurídico, entretanto, nem todos são aplicados da mesma maneira. A ponderação pressupõe “concorrência horizontal entre princípios, e nem todos os princípios mantêm relação paralela entre si” (ÁVILA, 2011, p.124).

Para comprovar que a ponderação como modo de aplicação dos princípios é apenas uma característica contingente e não definitiva⁷, o autor (2011, pp.124-125) aponta que: em primeiro lugar, os princípios não exercem a mesma função, há os que prescrevem o “âmbito e modo de atuação estatal” e os que “conformam o conteúdo e os fins da atuação estatal”. Logo, nesse primeiro aspecto vê-se que os princípios assumem um papel de complementação, não se podendo falar em conflito. Em segundo lugar, os princípios não se situam no mesmo nível, existem alguns que mantêm relação de subordinação, como nos casos em que o princípio é uma norma de concretização ou execução de outra. E por fim, nem todos possuem a mesma eficácia, podendo possuir eficácia interpretativa, integrativa ou bloqueadora. Logo, os princípios podem se dirigir por diversas direções, não necessariamente conflitantes.

Não são todos os princípios que podem receber peso de diferentes níveis no caso concreto, isso porque os princípios possuem diversas naturezas.

Nesse ponto, Ávila (2011, p.127) aponta que:

A força de alguns princípios pode ser melhor caracterizada como “condição estrutural”, como defendeu Nozick, no sentido de orientar necessariamente a organização e a atuação estatal, sem que possa ser afastada diante do caso concreto.

E continua, dizendo que:

Essas considerações conduzem ao entendimento de que a “ponderabilidade”, no sentido restrito de capacidade de afastamento não é elemento essencial, mas apenas contingente dos princípios. Há princípios carecedores de ponderação como há princípios, digamos assim, fechados a esse tipo ponderação.

Portanto, princípios são normas que atribuem fundamento a outras normas, pois indicam um fim a ser atingido, sem indicar necessariamente o meio para seu alcance. Apontam para um estado ideal de coisas a ser atingido, sem, contudo, indicar as condutas necessárias para se atingir esse estado ideal. Em razão disso, os princípios não são capazes de enumerar todas as situações do caso concreto, então possuem alto nível de indeterminação. A indeterminação sim é um elemento essencial de sua estrutura: “princípios são prescrições finalísticas com

⁷Definitória significa assembleia de definidores.

elevado grau de generalidade material, sem consequências específicas previamente determinadas” (ÁVILA, 2011, p.128).

Assim, existem certos conflitos entre princípios que não podem ser ponderados pela sua natureza, incidindo aí o importante estudo dos postulados normativos como será visto a seguir.

6.2.2 Da aplicabilidade de postulados normativos.

Postulados normativos são normas metódicas que auxiliam, estruturam e viabilizam a aplicação das demais normas jurídicas (princípios e regras).

Nessa linha, Humberto Ávila (2011, p.134) ensina que:

Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Neste sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas.

Há quem diga que postulados normativos são princípios, mas há distinção entre eles, os postulados possuem função distinta e rigorosamente não entram em conflito com nenhum princípio. Por exemplo, de um lado temos o princípio do contraditório e do outro o da seriedade, e a proporcionalidade é usada como método para resolver esse conflito.

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e regras, primeiro porque não estão no mesmo nível: “princípios e regras são normas objeto da aplicação e os postulados são normas que orientam a aplicação de outras”; segundo, porque não possuem os mesmos destinatários: “os princípios e as regras são primariamente dirigidas ao Poder Público e aos contribuintes e os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete aplicador do Direito”; e terceiro porque postulados não se relacionam do mesmo jeito com outras normas: princípios e regras estão no mesmo nível do objeto, portanto atuam de forma recíproca, tanto de modo “preliminarmente complementar, como de modo decisivo e os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflitualidade necessária com outras normas” referindo-se primeiro aos princípios e em seguida às regras. (ÁVILA, 2011, p.134).

Como ensina o autor (2011, p.135), não importa a definição que se de princípios e regras, a questão é que os postulados não atuam da mesma forma que outras normas. Postulados não são normas diretamente finalísticas, e sim metódicas, não são aplicáveis em diversos graus, mas estruturam a aplicação de diversas normas e, não são normas abstratas e gerais, mas “fornecem critérios bastante precisos para a aplicação do Direito”.

Existem postulados hermenêuticos, que são aqueles necessários para a compreensão interna do ordenamento jurídico como, por exemplo, o postulado da unidade do ordenamento jurídico e o da coerência, e os postulados normativos, que é o que interesse para este trabalho.

Os postulados normativos são utilizados para uma compreensão concreta do ordenamento jurídico, na medida em que são aplicados na solução de conflitos que surgem quando da aplicação do direito.

Nessa linha, Ávila (2011, p.145) dispõe que eles são utilizados:

Especialmente para solucionar antinomias contingentes, concretas e externas: contingentes, em vez de necessárias, porque surgem diante de cada caso; concretas, em vez de abstratas, porque surge diante de um problema concreto; e externas, em vez de internas, porque não surgem em razão de conflitos internos ao ordenamento jurídico, mas decorrem de circunstâncias externas a ele.

Assim, quando surgem conflitos entre normas diante de um caso concreto, os postulados normativos são utilizados como meio de resolução, e entre os principais postulados normativos podemos destacar a proporcionalidade e a razoabilidade. Via de regra, quando é aplicado um postulado, princípios e regras são violados e deixam de ser efetivamente aplicados. Por exemplo, Ávila (2011, p.146) cita que no caso em que “o STF declarou inválida ordem judicial para submissão do paciente ao exame de DNA, foi considerada violada a dignidade humana do paciente, por essa ter sido restringida de forma desnecessária e desproporcional”, nessa situação não foi a proporcionalidade que foi violada, mas sim o princípio da dignidade humana “na sua inter-relação horizontal com os princípios da autodeterminação da personalidade e da universalidade da jurisdição, que deixaram de ser aplicados adequadamente”.

Grande parte da doutrina enquadra os postulados normativos como princípios, até mesmo Alexy apud Ávila (2011, p.147), não considera os postulados

como uma categoria singular, na medida em que utiliza para sua definição o termo “princípio”.

Entretanto, é importante o esclarecimento a respeito da confusão que se há sobre o tema, haja vista possuírem finalidade completamente distinta, como define Ávila (2011, pp.147-148):

Princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos.

Portanto, os postulados normativos auxiliam, estruturam e viabilizam a aplicação das demais normas jurídicas (princípios e regras). Eles não entram em conflito com nenhum princípio, na verdade, são utilizados como meio de solução de conflitos que eventualmente surjam diante do caso concreto.

6.3 Proporcionalidade e Prova Ilícita *Pro Reo*

Ainda dentro do estudo da utilização da prova ilícita pelo juiz, temos a hipótese de utilização da prova ilícita *pro reo*, que é a utilização da prova em benefício da defesa. Não seria admissível que a vedação as provas ilícitas, que consiste em um garantia processual, gerasse um prejuízo para o acusado a fim de beneficiar o Estado.

Eugenio Pacelli de Oliveira (2009, p.330) alega que a:

Prova da inocência do réu deve sempre ser aproveitada, em quaisquer circunstanciais. Em um Estado de Direito não há como se conceber a ideia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser inocente. Em tal situação, a jurisdição, enquanto Poder Público, seria, por assim dizer, uma contradição em seus termos. Um paradoxo jamais explicado ou explicável.

De acordo com o autor a utilização de uma prova ilícita em benefício do réu consiste em uma aplicação objetiva da proporcionalidade, pois “o princípio da inadmissibilidade de prova ilícita constitui-se em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é o seu primitivo e originário titular”, como explica Oliveira (2009, p.330), assim, a violação de um direito na busca da prova da inocência pode estar acobertada, por exemplo, pelo estado de necessidade.

No mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos (1989, p.273) considera que quando se trata de prova ilícita *pro reo* tem-se que considerar o carácter peremptório da norma constitucional, ou seja, às vezes a norma exige “alguns temperamentos” para garantir o interesse que há da sociedade na efetiva realização de justiça sobre o direito individual que foi prejudicado no caso concreto.

É importante destacar que a possibilidade de admissão da prova ilícita *pro reo*, não está incorporada na vedação das provas ilícitas. A admissão da prova ilícita *pro reo* se concretiza no princípio da proteção à liberdade e a inocência, ainda que esse ato traga prejuízo ao devido processo legal. De acordo com Cabeleira (2010, p.144), seria invocável o “brocardo *summum ius summa iniuria* uma vez de a aplicação literal do texto constitucional traria o efeito exatamente contrário ao pretendido pela norma”.

Em Portugal, o legislador estabeleceu algumas hipóteses em que a prova será proibida independente se dela se extrair resultado favorável à defesa, nos seguintes termos do artigo 126 do Código de Processo Penal português: “1 - São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas”. Isabel Alexandre (1998, p.241), considera que a existência dessa norma não se dá unicamente ao fato de estarem em jogo direitos indisponíveis, mas também objetiva evitar nos tribunais a criação de uma espécie de “presunção judicial de culpa dos acusados que não desejam submeter-se à narcoanálise, ao polígrafo ou à hipnose”.

Porém, o mesmo dispositivo legal admite o uso das provas ilícitas com o consentimento do titular do direito nos seguintes termos:

3 - Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular.

Nessa linha, ainda que as provas sejam *pro reo* se sua ilicitude implicar em ameaça a confiabilidade desta, não será admitido seu aproveitamento, como ocorre na situação em que um indivíduo confesse um crime mediante tortura (CABELEIRA, 2010, p.144). Nesse caso, a prova não servirá como fundamento para sua condenação, bem como não servirá também para inocentar ninguém, pois a confissão mediante tortura a torna sem credibilidade.

Em matéria penal, a doutrina unanimemente admite como hipótese de admissão da prova ilegal a prova que se presta a beneficiar o acusado, haja vista nenhum direito ter caráter absoluto ou seja, é admitida a prova ilícita *pro reo* como forma de provar a inocência do acusado.

6.4 Proporcionalidade no Processo Penal

A proporcionalidade é utilizada como um método de resolução de conflitos entre princípios de forma geral, logo ela é aplicada também aos princípios que giram em torno na produção probatória, principalmente em matéria de vedação das provas ilícitas.

A vedação das provas ilícitas, como já mencionado anteriormente, constitui uma limitação ao direito constitucional à prova. Sempre que houver um conflito entre o direito à prova e a vedação das provas ilícitas a proporcionalidade servirá como critério para resolução, uma vez que a constituição preza pelo pleno exercício do direito à prova, bem como veda expressamente provas ilícitas no processo.

Nos casos concretos existem outros conflitos de princípios envolvendo matéria probatória, como o exemplo mencionado pela doutrina de conflito entre direito de liberdade do réu e dever de garantir segurança pública.

Nesse prisma, para Vigoritti (1968) apud Cabeleira (2010, p.141):

Se trata de atribuir um valor prioritário ou ao interesse público à repressão dos crimes, ou ao interesse, igualmente público, à tutela da liberdade dos indivíduos contra invasões injustificadas por parte dos poderes públicos.

Também há a hipótese de conflito entre o direito à intimidade do acusado e o direito de liberdade de uma vítima de sequestro, quando uma interceptação telefônica ilícita possibilita a localização da vítima.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho (2004, pp.161 e 169) fazem menção à utilização da proporcionalidade, na Alemanha, para casos extremamente graves e de forma excepcional, se admitir a utilização de provas ilícitas com base no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes. Para eles a proporcionalidade é utilizada para evitar um resultado desproporcional que a vedação da prova ilícita pode causar no caso concreto.

Citados autores (2004, pp.161 e 169) entendem que a Constituição, quando trata da vedação de provas ilícitas e de provas viciadas por derivarem de ilícitas, não afasta de forma absoluta sua admissão quando para beneficiar a defesa e aplicar a proporcionalidade, uma vez que:

Os direitos e garantias fundamentais não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio de sua conveniência, que exige interpretação harmônica e global das liberdades constitucionais.

Antônio Scarance Fernandes (2002, p.88) considera que:

A norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada.

Segundo o autor no caso de uma prova ilícita *pro reo* estaria em conflito duas normas constitucionais: a que veda a prova ilícita no processo e a que garante a ampla defesa. E no caso de “violação do sigilo da correspondência dos presos para impedir fuga de presídio e prática de sequestro de juiz de direito” existe conflito entre normas materiais, quais sejam: sigilo da correspondência, segurança dos presídios e a vida do juiz (FERNANDES, 2001, p.88).

Assim, não se pode dizer que quando a constituição estabeleceu a inadmissibilidade das provas ilícitas ela já previa a ocorrência de conflitos de

interesses e que, portanto, em qualquer hipótese não caberia nenhuma ponderação, pois isso implicaria considerar um princípio como absoluto.

É certa a natureza principiológica da vedação das provas ilícitas, entretanto, nenhum princípio é absoluto. É necessário analisar as hipóteses em que é possível ponderar esse princípio com outros valores individuais e fundamentais a fim de relativizar essa vedação e admitir seu aproveitamento no processo civil.

7 PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO CIVIL

Comumente, no processo civil, assim como ocorre no processo penal, a proporcionalidade é utilizada pela doutrina e jurisprudência como fundamento para que as provas obtidas ilicitamente sejam aceitas no processo (KNIJNIK, 1996, p.63).

Ovídio A. Batista da Silva (2005, p.339) relata que:

Em determinadas circunstâncias, tem-se admitido o uso de provas conseguidas por meios ilegítimos. É a doutrina conhecida como a do 'interesse preponderante' ou do 'bilanciamento degli interessi', amplamente empregada pelos tribunais alemães, segundo a qual, em certas hipóteses, particularmente quando a prova ilegítima seja a única existente, deve admitir-se o seu emprego, tal como ocorre com mais frequência em processo penal.

Assim, segundo o autor não são todas as vezes que provas ilegítimas serão reputadas inadmissíveis de forma absoluta. Cristiano Chaves de Farias (2005, p.613) elenca situações em que acredita não somente na possibilidade de sua aceitação no processo, mas sim ser “aconselhável” sua utilização no processo:

Assim, em casos excepcionais – como nas hipóteses de destituição de poder familiar, de investigação de paternidade ou de ações coletivas – há de ser admitida a prova ilícita, pois o bem jurídico a ser protegido é mais relevante do que o bem jurídico que se admite sacrificar, justificando a sua utilização. Em outras palavras, é a ponderação dos interesses no caso concreto que deverá nortear a decisão judicial (...) prestigiando-se o valor jurídico mais relevante.

Daniel Sarmiento (2003) apud Cabeleira (2010, p.147) traz como exemplo uma “ação de destituição de pátrio poder em que existem provas ilícitas evidenciando a prática de abuso sexual dos genitores contra o menor”. Nesse caso, referido autor entende que “o direito à dignidade e ao respeito do ser humano em formação, assegurado, com absoluta prioridade, pelo texto constitucional no artigo 277, assume peso superior ao do direito de privacidade dos pais e da criança”, e por essa razão, isso bastaria para justificar a admissibilidade da prova ilícita.

Isabel Alexandre (1998, p.117) não acredita que seja viável utilizar-se da ponderação de interesses como forma de viabilizar o aproveitamento de tais provas no processo civil. A autora defende que o fato de que apresenta a prova ilícita possuir um interesse não justifica o juiz praticar ato contrário à Constituição. Logo, o direito à prova não poderia ser apontado como uma compensação aos direitos fundamentais violados, por estarem em posição inferior, o

que tornaria justificável sua lesão. Entretanto, ainda que não existisse o conflito entre o direito à prova de uma parte e o direito fundamental contrariado da outra, a autora (1998, p.117) considera altamente contingente a determinação dos valores em confronto: “seria direito fundamental violado *versus* interesse público na descoberta da realidade? Ou seria de se ponderar com o interesse privado que se quer satisfazer com a utilização da prova?”.

Fernanda Letícia Soares Pinheiro (2009, p.139) dispõe na mesma direção, apontando o perigo que há na subjetividade aplicada ao princípio da proporcionalidade e que “as maiores incertezas decorre, efetivamente, da errônea individualização dos valores em jogo”. Dispõe ainda que é impossível ignorar a aplicação da proporcionalidade se for aplicada em situações extremas, onde a admissibilidade da prova ilícita seria mais proveitosa e causaria menos prejuízo do que sua inadmissibilidade.

Nívia Aparecida de Souza Azenha (2009, pp.146-147) desenvolveu uma dissertação sobre o tema tratado neste título e, após analisar ensinamentos de vários doutrinadores concluiu que a aplicação da proporcionalidade em matéria de provas ilícitas não os agrada muito, entretanto, não há uma rejeição pacífica. Acrescenta ainda que, no Brasil a jurisprudência também não tende por completo à aplicação da proporcionalidade. Azenha tende para a aplicação do referido princípio tão somente em situações excepcionais, quando se verificar substancial conflito entre direitos fundamentais, porém, não adentra de forma direta no conteúdo dos valores que podem se encontrar em conflito, muito menos elenca critérios para identificar os valores mais relevantes e nem dispõe sobre como fazer incidir tal princípio dentro do nosso sistema que veda tais provas.

Nesse sentido Cabeleira (2010, p.148) expõe que é fato que há conflitos entre princípios, porém, nunca há “apenas um princípio de cada lado”, geralmente os conflitos se dão entre vários princípios:

Apesar de ser inafastável a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade para a admissão de provas ilícitas no processo civil, não é possível negar as dificuldades que a determinação dos princípios em confronto gera. Principalmente porque, como se verá, não é possível isolar apenas um princípio de cada lado, mas os conflitos se dão sempre entre “constelações de princípios” que possam ser favorecidos ou desprestigiados dependendo do teor da decisão.

Podem existir diversas situações que envolvam conflitos de interesses ou de princípios onde a proporcionalidade se faz necessária no processo civil. Existe conflito entre “a proteção do direito material pela obtenção da prova ilícita e o direito à descoberta da verdade” (CABELEIRA, 2010, p.148). Marinoni e Arenhart (2005, p.317) dizem que:

Tratando-se de processo civil, é incontestável a necessidade de uma segunda ponderação, a ser feita pelo juiz diante do caso concreto. Por meio dessa ponderação, o juiz, mediante a aplicação da regra da proporcionalidade, poderá admitir eficácia à prova ilícita.

A análise do caso concreto é essencial para que o juiz mediante ao que está a sua frente verifique se é aplicável ou não a proporcionalidade como forma de relativizar a inadmissibilidade da prova ilícita e admitir sua eficácia no processo.

É certo que o processo civil é responsável pela resolução de inúmeros conflitos de interesses, por esta razão, é necessário determinar e definir os bens jurídicos em confronto, que será realizado no próximo título.

7.1 Delimitação dos Bens Jurídicos em Conflito

Partindo da premissa de que a proporcionalidade se presta à resolução de conflitos entre princípios, é essencial saber exatamente qual conflito de normas está ocorrendo quando ela for utilizada como forma de exceção à regra da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos.

A forma ilícita de se obter uma prova “pode contaminar sua validade desde que o bem jurídico que foi ofendido pela obtenção ilícita seja de menor relevância do que aquele que será beneficiado por tal prova”, como dispõe Marcelo Abelha Rodrigues (2003, p.317).

Didier Jr Braga e Oliveira (2008, pp.38-39) acreditam que a proporcionalidade para a solução do conflito “direito à prova *versus* vedação da prova ilícita” é certa de forma casuística para a concreta ponderação dos interesses. É ainda possível observar, entretanto, que para referidos autores ela deve ser efetuada de forma excepcional e observando alguns critérios:

(i) imprescindibilidade: somente pode ser aceita quando se verificar, no caso concreto, que não havia outro modo de se demonstrar a alegação de fato objeto da prova ilícita, ou ainda quando o outro modo existente se tornar extremamente gravoso/custoso para a parte, a ponto de inviabilizar, na prática, o seu direito à prova; (ii) proporcionalidade: o bem da vida objeto de tutela pela prova ilícita deve mostrar-se, no caso concreto, mais digno de proteção que o bem da vida violado pela ilicitude da prova; (iii) punibilidade: se a conduta da parte que se vale da prova ilícita é antijurídica/ilícita, o juiz deve tomar as providências necessárias para que seja ela punida nos termos da lei de regência (penal, administrativa, civil etc.).

Conforme Luiz Francisco Torquato Avolio (1999, pp.66-67), existe certo subjetivismo na aplicação da proporcionalidade e isso gera dúvidas, porém considera “que as maiores incertezas derivam efetivamente da errônea identificação dos valores em jogo”.

Pode-se observar que na determinação de bens jurídicos em conflito de um lado sem dúvidas estará a norma constitucional que veda a prova ilícita no processo, conforme pressupõe o constituinte a partir do inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e ainda diferentes princípios jurídicos que no caso concreto possam ser favorecidos com o afastamento da prova. Do outro lado, certamente haverá a busca da verdade juntamente com princípios que serão beneficiados com a admissão da prova.

Um exemplo para o dito é o caso onde um indivíduo realiza de forma constante filmagens da casa de seu vizinho da frente, violando sua privacidade. Esse indivíduo durante suas filmagens descobre que o sujeito morador da residência à sua frente pratica comumente sevícias em sua filha menor. Nesse caso o “curioso” não está acobertado por nenhuma excludente de ilicitude. Está será a única prova possível (necessidade) capaz de demonstrar a culpa (adequação) do agente. Analisando a proporcionalidade nesse caso específico é possível observar que de um lado tem-se a inviolabilidade do domicílio e proteção à intimidade em conformidade com a vedação das provas obtidas por meios ilícitos. Do outro lado, obviamente, o princípio da proteção à criança e a dignidade da pessoa humana aliado ao direito à prova e a busca da verdade. Está configurado um conflito de direitos fundamentais, nessa hipótese prevalece o valor de proteção à criança, logo, restringir o direito à prova não é apropriada. Não tem cabimento permitir que o

genitor continue as práticas agressivas contra a criança, isso violaria os valores consagrados na Constituição (ÁVILA, 1999, apud CABELEIRA, 2010, p.150).

No processo penal juntamente com a vedação às provas ilícitas está o “dever de proteção estatal por meio das normas penais e o dever de prestar a segurança pública”. E contra essas premissas está o direito de liberdade e de defesa do réu, pois, via de regra, o conflito ocorre por uma prova ilícita apresentada pela acusação. E ainda tem o direito violado pela prova no caso específico: inviolabilidade domiciliar, sigilo das comunicações, intimidade, e outros direitos fundamentais protegidos pela norma penal.

Entretanto, com relação ao processo civil, Cabeleira (2010, p.151) dispõe que:

No processo civil, no entanto, não é possível fazer uma generalização a respeito dos valores jurídicos em confronto como a oposição “segurança pública versus liberdade individual”. Não há como imaginar que os direitos defendidos pelo autor possam merecer prevalência sobre os direitos dos réus em razão da ampla gama de conflitos jurídicos deduzidos e da variação quanto aos bens jurídicos que podem ser defendidos ora ativamente, ora passivamente.

Observa-se o direito à prova é limitado pelas vedações probatórias, então, se o interesse que está sendo atingido for somente o conflito entre o direito à prova e a vedação das provas ilícitas, a regra da exclusão nunca seria aplicada, uma vez que a vedação é o que delimita o direito à prova, como dispõe Luiz Francisco Torquato Avolio (1999, p.65).

Portanto, é extremamente necessário identificar os direitos materiais que estão em jogo, em vários níveis, não podendo a aplicação da proporcionalidade se bastar tão somente para dirimir conflitos entre o direito à prova e a vedação das provas ilícitas. É importante que ela solucione conflitos mais profundos no caso concreto. No lado do direito de descoberta da verdade e do direito à prova, estão princípios de direito material que são beneficiados pelo aproveitamento da prova ilícita.

7.2 Análise da Proporcionalidade Frente ao Caso Concreto

Como já visto, em geral, a doutrina permite duas hipóteses de aproveitamento das provas ilícitas no processo penal com fulcro na proporcionalidade: a prova ilícita *pro reo* e a prova ilícita de crimes graves. Em ambos os casos, entretanto, a proporcionalidade não é aplicada de forma correta, uma vez que possui natureza de regras gerais e não considera nenhuma análise do caso concreto. Não é possível simplesmente dizer que a prova ilícita será aceitável em todo e qualquer caso que envolve um crime grave, não se pode dizer que a prova ilícita é sempre aproveitável em uma situação generalizada sem que seja feita uma análise do caso concreto.

Só é possível aplicar de forma correta a proporcionalidade se a fundamentação se ater nos termos do caso específico em tela. É difícil ter de pronto a solução sem antes verificar as particularidades da situação de conflito que se enfrenta. Não é desconhecido o fato de que muitas normas jurídicas vieram a existir após a compreensão de determinados fatos, isso demonstra o quanto o mundo fático e o jurídico estão interligados.

Neste sentido, Cabeleira (2010, p.153) aponta que tudo depende das peculiaridades do caso em tela:

Qual o fato *sub judice*, qual a ilicitude cometida na obtenção da prova, quais as consequências da admissão daquela prova, a boa-fé ou má dos agentes públicos envolvidos na coleta da prova, quem são os criminosos envolvidos, e todas as características do caso concreto que, exatamente por serem do caso concreto, não é possível enumerar teórica e antecipadamente.

E é justamente a falta disso que causa rejeição ao princípio da proporcionalidade, não haver fundamentação apropriada quando de sua aplicação, como observa Gomes Filho (2007, p.XVI):

A generalizada aceitação de tal critério levaria a uma indesejável banalização dos direitos fundamentais tutelados pela proibição das provas ilícitas, além de dar margem a interpretações perigosamente amplas e marcadas pelo subjetivismo.

Alexandre de Castro Coura (2007, p.21) em sua tese de doutoramento em direito constitucional estudou diversos casos julgados pelo STF e STJ onde não foram considerados os elementos do caso concreto e chegou a seguinte conclusão:

A ausência de consideração das peculiaridades do caso concreto impulsiona um indevido alargamento do rol de provas consideradas ilícitas, o que acaba reforçando a equivocada ideia de que a vedação constitucional a que se refere o art. 5º, inciso LVI, da Constituição, deve ser relativizada, como medida de justiça, em prol do combate à impunidade, ainda que o preço seja a redução dos direitos fundamentais ao "limite do possível", em face de contingências políticas, pragmáticas ou éticas, verificadas no momento de aplicação normativa.

Para considerar uma prova como ilícita é necessário observar todas as particularidades, circunstâncias e especificidades do caso fático, isso requer todo um estudo, não pode ser um dado previamente estabelecido. Assim, Cabeleira (2010, p.154) explica que "a consideração prévia, e não baseada nos fatos sub judice, de que a prova é ilícita leva à necessidade de se fundamentar a possibilidade do aproveitamento de provas ilícitas" e isso enfraqueceria a garantia de vedação das provas ilícitas.

A consideração do caso possibilita identificar diversas situações, como por exemplo, se é caso de prova ilegítima, onde somente haverá a nulidade dos atos praticados quando não puderem ser utilizadas. É possível ainda, demonstrar que determinada prova ilícita não pode assim ser considerada quando ostentar alguma causa que exclua sua ilicitude e tornaria possível seu aproveitamento. A respeito da teoria do fruto da árvore envenenada, a análise do caso concreto pode proporcionar a descoberta de que não há nexos de antijuridicidade, logo, não houve contaminação da prova supostamente derivada.

Não obstante, as especificidades do fato podem esclarecer que a violação de domicílio ou da vida privada, por exemplo, estavam autorizadas pela Constituição em uma hipótese de flagrante delito.

Assim, é muito mais proveitoso para o processo analisar o caso concreto e concluir que na verdade a prova não revela ilicitude do que excepcionar a vedação das provas ilícitas com base na proporcionalidade. Trata-se de uma forma de evitar sua incidência sem uma concreta necessidade, reservando sua aplicação para casos extremos e excepcionais.

Kai Ambos (2009, p.108) expõe a respeito que:

A decisão 'correta', de qualquer modo, tem que se dar caso a caso, já que não se pode evitar a utilização de certa casuística. A ponderação deve ser feita judicialmente, já que é o juiz do feito que deverá decidir, no juízo oral, se pode sanar o vício processual ou se deve reconhecer, necessariamente, a incidência de uma proibição de utilização da prova. A fixação pelo Poder

Legislativo de uma proibição de produção probatória não antecipa a existência de uma prévia ponderação, de forma a fazer com que, necessariamente, sempre incida a vedação de utilização.

Portanto, a correta fundamentação da proporcionalidade parte da análise minuciosa do caso concreto demonstrando sua especial gravidade e necessidade.

CONCLUSÃO

Evidenciou-se, por meio do amplo levantamento de questões controvertidas que inicialmente na fase instrutória é possível observar a criação de um diálogo entre as partes do processo com a finalidade de comprovar por meio das provas produzidas suas pretensões, devendo estas serem concebidas em conformidade com a moral e a legislação.

A prova é o meio pelo qual a parte se utilizara a fim de estabelecer uma verdade mediante sua comprovação no âmbito processual. Como um meio idôneo, ela se presta a convencer o juiz a respeito da veracidade dos fatos alegados no processo proveniente da atuação dos litigantes. Logo, o foco do juiz na fase probatória será dirimir suas dúvidas acerca da lide.

As partes quanto a sua produção possuem direito e garantia constitucional, se tratando da oportunidade que terão para convencer o magistrado a respeito de suas alegações. Podendo para tanto, se utilizarem de todos os meios legais, e ainda que não tipificados se forem moralmente legítimos, se tratando de ampla liberdade conferida pelo código no âmbito da produção de provas, haja vista a grandiosidade de variações de obtenção das mesmas com o avanço da tecnologia.

Os mesmos dispositivos que garantem o direito à prova, também o limita, esse direito deve respeitar outros princípios e direitos constitucionais.

Ainda nesse sentido, as provas em desconformidade com os parâmetros legais deverão ser desentranhadas do processo tanto civil quanto penal, uma vez que os meios de obtenção das provas não poderão ir contra princípios constitucionais, direitos fundamentais e outras diretrizes do nosso ordenamento.

São ilícitas as provas obtidas com violação de normas de direito material, ao passo que, ilegítimas as obtidas em violação a normas de direito processual. As primeiras, por uma vedação constitucional devem ser desentranhadas do processo, as outras se sujeitam a teoria das nulidades.

O artigo 157 do Código de Processo Penal trouxe a inadmissibilidade constitucional das provas ilícitas para todos os processos.

Por meio do princípio do dispositivo as partes possuem amplo poder de participação na produção probatória. Esse dispositivo não visa conferir maior poder as partes ou ao juiz, e sim distribuir às partes e aos sujeitos processuais seus papéis.

As partes possuem ampla liberdade para trazer aos autos dos processos as provas que entendam essenciais para convencer o magistrado, devendo este intervir sempre que verificar condutas atentatórias ao bom funcionamento da justiça. Assim, o princípio do dispositivo possui um papel regularizador.

Os poderes instrutórios conferidos ao juiz garante um equilíbrio na relação processual, fazendo com que a tutela seja prestada em conformidade com o direito de cada litigante.

No Brasil, a garantia constitucional de vedação das provas ilícitas está intimamente ligada ao desestímulo as violações dos direitos fundamentais, justificado pelo período vivenciado anterior a constituição de 1988.

É certo que referida vedação não constitui regra absoluta no ordenamento jurídico brasileiro. Não é toda ilicitude que gerará a inadmissibilidade da prova, no sentido de que o juiz, no exercício de seus poderes instrutórios analisará o caso concreto e verificará os bens jurídicos em conflito.

É possível o aproveitamento das provas ilícitas, os próprios tribunais começaram a flexibilizar essa regra em razão de casos gritantes de proteção individual, e quando sua admissão gera a proteção de um interesse público. Para tanto o juiz utilizará o postulado normativo da proporcionalidade que exige a observação de suas submáximas, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Os postulados normativos são um dos tipos de normas que se extraem do texto de lei e constituem normas metódicas que estruturam a interpretação e aplicação de outras normas, quais sejam, princípios e regras.

O postulado da proporcionalidade aplica-se nas situações em que haja uma relação concreta entre meio e fim e se presta a solução de conflitos entre princípios, como comumente há nos casos em que há o aproveitamento das provas ilícitas.

No processo penal, é admissível a prova ilícita *pro reo*, ou seja, em benefício do réu, pois ela concretiza o princípio da proteção da liberdade e a inocência, ainda que traga prejuízo ao devido processo legal.

É primordial para a aplicação de tudo estudado até o presente momento que haja uma análise minuciosa do caso concreto e seja feita uma delimitação dos bens jurídicos em conflito. É imprescindível identificar os direitos

materiais em jogo, pois a aplicação da proporcionalidade deve se dar para solucionar os mais profundos conflitos.

Muitas das vezes, na análise do caso concreto será perceptível que o que *a priori* parecia ter natureza ilícita, na verdade está acobertada por uma excludente de ilicitude, sendo desnecessária a aplicação da proporcionalidade, tornando mais proveitoso para as partes e para o processo tal descoberta. Trata-se de uma maneira de evitar sua incidência sem uma concreta necessidade, reservando assim, sua aplicação a casos extremos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A PROVA **como um direito fundamental e sua aplicabilidade no âmbito processual civil**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/332-artigos-jun-2016/7634-o-direito-a-prova-como-um-direito-fundamental-sua-aplicabilidade-no-ambito-processual-civil-e-trabalhista>> Acesso em 03 de maio de 2018.

ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em Processo Civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória. Perante as realidades alemã e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

AROCA, Juan Monteiro. **Lá prueba en el proceso civil**. 5.ed. Editorial Aranzadi, S.A. 2007.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12 ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2011.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 3 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

AZENHA, Nívia Aparecida de Souza. **Prova Ilícita no Processo Civil. De acordo com o Novo Código Civil**. 1. Ed 6. Tir. Curitiba: Juará, 2009.

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

BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas**. Revista Trimestral de Direito Público n. 24/14, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 5º ed. Ver., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 3.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CABELEIRA, Carlos Vinicius Soares. **Prova Ilícita no Processo Civil**. 2010. Dissertação de mestrado em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp136641.pdf>> Acesso: em 12 de setembro de 2018.

CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CÂMARA. Alexandre Freitas. **Poderes Instrutórios do Juiz e Processo Civil Democrático**. Revista OAB/RJ – n. 1, v. 24 (2008). Rio de Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil/ Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<http://revistaeletronica.oabRJ.org.br/wp-content/uploads/2017/09/Revista-OABRJ-v.-24-n.-1.pdf#page=11>> Acesso: em 21 de agosto de 2018.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

Cf. KNIJNIK, Danilo. **A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.1993**. Ajuri: Revista da Associação dos juízes do Rio Grande do Sul. mar. 1996.

CORDERO, Franco. **Tre studi sulle prove penali**, Milano: Giuffré, 1963, p. 163.

COURA, Alexandre de Castro. **Para uma análise crítica da vedação constitucional de provas ilícitas – Contribuições para garantia dos direitos**

fundamentais no Estado democrático de direito. Tese de doutoramento em direito constitucional. Orientação: Menelick de Carvalho Netto. Coorientação: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, Belo Horizonte, nov. 2007.

DELLAQUA, Leonardo Goldner. **Provas ilícitas “pro societate” no processo penal.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56215/provas-ilicitas-pro-societate-no-processo-penal>> Acesso em: 18 de maio de 2018.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil.** v. 2. 3. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Juspodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito processual civil.** V. III. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil – Teoria Geral.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 3. ed. rev. ampl. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Prefácio in: Ávila, Thiago Pierobom de. **Prova ilícita e proporcionalidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. Rede de ensino. **Admite-se prova ilícita em processo civil, à luz do princípio da proporcionalidade?** Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/86580/admite-se-prova-ilicita-em-processo-civil-a-luz-do-principio-da-proporcionalidade-fernanda-braga>> Acesso: em 31 de agosto de 2018.

GRAÇA, Camila Barroso. REIS, Claudean Serra. **Das Provas Ilícitas no Processo Civil.** Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4903> Acesso em 31 de agosto de 2018.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “**A eficácia dos Atos Processuais à Luz da Constituição Federal**”, in Revista Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, Centro de Estudos, nº 37, 1992.

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

_____. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas.** 2. Ed. São Paulo: RT, 1982.

_____; Fernandes, Antônio Scarance; Gomes Filho, Antônio Magalhães. **As Nulidades no processo penal.** 8. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LACERDA, Galeno. **O Código e o formalismo processual.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, v. 21, n. 21, p. 13-20, 1983/1984. Conferência proferida, na sessão solene de encerramento do Congresso Nacional de Direito Processual Civil, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Porto Alegre, em 15.07.1983.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 3ªed. Fundação Caloust Gulbenkian, 1991.

LESSONA, Carlos. **Teoria general de lá prueba em derecho civil.** Trad. Enrique Aguilera de Paz. Madrid: Reus, 1928. V1.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile – Principi.** 5ª ed. Milano: Giuffrè, 1992. V.1.

LOPES, João Batista. **A prova do direito processual civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **A Prova no Direito Processual Civil.** 2ª ed. Ver. atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

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

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil v. 5 Tomo I.** 2. ed.. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MILANI, Maria Paula. **Meios de Prova no Direito Processual Civil.** Disponível em: <<https://mpmilani.jusbrasil.com.br/artigos/333328234/meios-de-prova-no-direito-processual-civil>> Acesso em 16 de maio de 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual: oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Fátima das Dores Wiggers. **Prova no Processo Civil**. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Fatima%20das%20Dores%20Wiggers%20Oliveira.pdf>> Acesso em: 07 de maio de 2018.

PINHEIRO, Fernanda Letícia Soares. **Princípio da Proibição da Prova ilícita no Processo Civil**. Curitiba: Juruá, 2009.

REICHELDT, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ROCHA, Maria Luiza do Valle. **A Prova Ilícita no Processo Civil Português**. 2014. 100 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. 2014. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34891/1/A%20Prova%20illicita%20no%20Processo%20Civil%20Portugues.pdf>> Acesso: em 09 de outubro de 2018.

ROQUE, André Vasconcelos. **O estado de necessidade processual e a admissibilidade das provas (aparentemente) ilícitas**. Revista de Processo. Ano 32, n. 153, nov. 2007.

ROXIN, Claus, **Derecho procesal penal**. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

_____. **Prova judiciária no cível e comercial**. São Paulo: Saraiva 1983. Vol. I.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SEREJO, Lourival. **As provas ilícitas no direito de família**. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

SILVA, Giselle Cristina Lopes da. **A Teoria da Prova no Processo Penal brasileiro**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 12, no 752. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2450/a-teoria-prova-processo-penal-brasileiro>> Acesso em: 18 maio de 2018.

SOUZA, Elisângela Hoss de. **Da Utilização das Provas Ilícitas no Processo Civil Brasileiro e a Ponderação de Interesses**. S/a. Disponível em:
 <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/DA%20UTILIZA%C3%87%C3%83O%20DA%20PROVAS%20IL%C3%8DCITAS%20NO%20PROCESSO%20CIVIL%20BRASILEIRO%20E%20A%20PONDERA%C3%87%C3%83O%20DE%20INTERESSES.pdf>>
 > Acesso: em 31 de agosto de 2018.

TABOSA PINTO, Agérson. **Lá prueba em el proceso romano**. Revista da OAB – CE. Fortaleza, p. 13-25, set. 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Código de Processo Penal Comentado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Volume 1.

XAVIER, Trícia Navarro. **Poderes Instrutórios do Juiz no Processo de Conhecimento**. 2008. 173 f. Dissertação (mestrado em Direito Processual Público) - Universidade Federal do Espírito Santo. Espírito Santo, 2008. Disponível em:
 <http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese_2580_Disserta%E7%E3o%20Tricia%20Navarro.pdf> Acesso em: 15/09/2018.

CASOS CITADOS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Constitucional e Processual Penal. *Habeas corpus*: Escuta telefônica com ordem judicial. *Habeas corpus* n.º 3. 982, da 6ª. Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, RJ, 5 de dezembro de 1995. **Lex**-Jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, Rio de Janeiro, v. 82, dez. 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* n.º 4.138, da 6ª Turma do Tribunal de Justiça, Relator: Min. Adhemar Maciel. 5 de março de 1996. **Lex**-Jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, março. 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus*. Prova ilícita: Escuta telefônica mediante autorização judicial. *Habeas corpus* n.º 69.912 – RS, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 16/12/1993, Tribunal Pleno, data de publicação: DJ 25-3-1994 PP – 06012 EMENT VOL-01738-01 PP-00112 RTJ VOL-0155-02 PP-00508. Dez. 1993.