

APRECIÇÃO DAS PROVAS ILICITAS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Aparecida Cristiane Reiko NAKAJIMA¹
Márcio Ricardo da Silva ZAGO²

RESUMO: O presente trabalho tem a finalidade de demonstrar até que ponto as provas obtidas de forma ilícita são admitidas no processo civil. Assim reconhecendo o direito constitucional a prova, preponderando a atividade probatória com justificativas coerentes que visem à tutela de outros valores ou interesses considerados mais relevantes no caso concreto. Onde a verdade deve ser sempre buscada garantindo o processo justo.

Palavras-chave: Prova, Admissibilidade, Processo de conhecimento, Teoria da Proporcionalidade.

1 INTRODUÇÃO

A prova é a questão fundamental no direito processual civil. Assim será examinada sob o aspecto da história da prova, o conceito de prova, o objeto da prova, as funções da prova, a classificação da prova, os meios de prova e por fim a questão da admissibilidade ou não das provas no processo civil. Previsão que está proibida no artigo 5º, inciso LVI da Constituição da República Federativa do Brasil.

Contudo vem sendo suavizada pelo Princípio da Proporcionalidade, posicionamento voltado para a norma da Constituição de forma estável, pois se admite uma ofensa ao ordenamento constitucional quando em benefício para resguardar um valor maior também garantido pela Constituição Federal.

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Especialista e Orientador do trabalho.

2 Síntese da História da Prova

Da época mais antiga até a era contemporânea a prova vem acompanhando os avanços dos povos, a evolução da civilização. Segundo Moacyr Amaral Santos (1949, p.17) na sociedade rudimentar as fratrias ou cúrias (agrupamentos de pessoas) se podem prever a prova judiciária, com caráter de meio para se chegar a uma decisão. Existia também muita influência religiosa, acreditando-se que a proteção divina auxiliava na busca da verdade.

Como ensina Moacyr Amaral Santos (prova Judiciária, p.18):

A lei era a própria religião e esta influía decisivamente sobre a conduta dos homens e da própria coletividade, nada mais natural e explicável tivesse a religião atuação imperativa nas decisões dos litígios entre os particulares ou entre estes e a sociedade.

As ordálias ou juízos de Deus constituíam a prova suprema usada pelos povos primitivos e semi-bárbaros da família indo-européia, os povos antigos da Ásia e os germanos primitivos conforme ressalta Moacyr Amaral Santos (1949, p.19).

Essas provas consistiam em submeter alguém a uma prova, na esperança de que Deus não o deixaria sair com vida se fosse culpado. Prova de caráter eminentemente religioso, numa época que tudo era protegido por Deus.

Instituíram-se provas formais, sem contra provas, diante das quais, o juiz aguardava que a justiça divina, que desconhecisse a malícia das acusações ou da falsa prova pendesse para o lado da verdade e do justo. Assim ao juiz cabia absolver a quem levasse a prova a cabo e condenar ao que fraquejasse ou sucumbisse à experimentação.

Ainda segundo Moacyr Amaral Santos (1949, p. 19-20) tem-se algumas modalidades de ordálias conhecidas entre hebreus e hindus. Entre os hebreus havia a prova das águas amargas, imposta para mulher suspeitada de adultério. De depois de haver ingerido a bebida oferecida pelo sacerdote, seu rosto se contraía e seus

olhos injetavam sangue era considerada culpada. Na Índia as ordálias constam de quatro espécies: a do fogo, a da água, a da balança, a do veneno.

Para ilustrar certas ordálias, o ilustre doutrinador Moacyr Amaral Santos menciona as mais conhecidas como exemplo, prova pelo fogo: teria o acusado que passar por duas sarças, vestido com roupa encharcado em cera ou se fazia o acusado tocar com a língua em ferro quente ou carregar por certa distância uma barra de ferro em brasa ou se caminhar sobre ferros quentes, prova pela água fervendo: consistia em o acusado de tirar um ou mais objetos dentro de uma caldeira de água a ferver. O exame das mãos ou dos pés era feitos três dias após e se permanecesse ileso ou quase ileso era considerado inocente. A prova à água fria: consistia em imergir a mão num vaso cheio de água fria, no qual se não tornasse danosa, o acusado inocente. Ou atravessar um rio por diversas vezes a nado, quem cansasse primeiro perdia a causa. Prova pelo cadáver: O acusado aqui é em caso de assassinato, teria que passar o dedo sobre as feridas ou sobre o umbigo da vítima ou mesmo passar descalço sobre o cadáver pronunciando um juramento de que era inocente e se o cadáver voltasse a sangrar o acusado era culpado. Prova da serpente: Lançava-se o acusado no meio das serpentes e que elas morderiam somente o criminoso.

Consideram-se umas das três espécies de provas divinas ou juízos de Deus: as ordálias, o juramento e duelo. O juramento traz caráter nitidamente religioso, em qual invocava a divindade como testemunha da verdade do fato alegado. Foi introduzido o juramento na época em que a escrita não existia, a população era baixa, colhia-se provas testemunhas. O combate judiciário ou duelo surgiu pelo mau uso ou desuso, pelo descrédito e pelo não surgimento dos efeitos do juramento. Para que os indivíduos não jurassem sobre fatos obscuros e não jurassem falso sobre fatos certos.

No principiar do século XIV voltou-se para a prova testemunhal para ao qual substituiu e servisse em corrigir os abusos do mau uso do juramento. Acompanhando a prova testemunhal, desenvolveu-se a prova literal, depois que a escrita foi descoberta.

Como ensina Moacyr Amaral Santos (prova Judiciária, p.41):

Do século XV, mais ou menos, a prova literal entrou em definitivo no sistema probatório, sempre e cada vez mais generalizando-se o seu uso, obrigatório e indispensável para a apuração de uma porção, dia a dia maior, de atos e convenções, em todas as legislações dos povos modernos.

No Brasil foi promulgada a lei de 20 de Outubro de 1823, a independência política dos valores probatórios ressalvado por Moacyr Amaral Santos (1949, p. 42).

Importante destacar que a prova dentro do processo é destinada para o juiz, onde ele é quem apreciará o conjugado probatório produzido pelas partes, analisando e formando seu convencimento para solução da lide.

3 Conceito de Prova

Segundo Cambi (2001, p.47), “etimologicamente, o termo prova provém do latim *probo*, *probatio* e *probus*. *Probus* significa bom, reto, honrado, sendo possível, então, afirmar que o que resulta provado é autêntico ou corresponde à verificação ou demonstração da autenticidade”.

A origem da palavra prova em sua interpretação literal, gramatical, prova seria o resultado provado como verdadeiro, na demonstração da verdade de uma proposição afirmada.

Juridicamente prova segundo Torquato Avolio (1999, p.24) “Pode-se dizer que a prova é o elemento integrador da convicção do juiz com os fatos da causa, daí sua relevância no campo do direito processual”.

Uma pretensão de direito que se configura nos litígios a serem solucionados pelo processo se originam nos fatos. O autor propõe uma ação enquanto que o réu uma resposta a essa ação, ambos vão se basear nos fatos, um para justificar-se de pretensão e outro a sua resistência.

Os fatos se enquadram ao direito objetivo onde o juiz extrairá uma decisão a qual será a sentença.

As provas são os objetos do processo de conhecimento dos fatos alegados pelos litigantes. Ou seja, não basta simplesmente alegar os fatos, tem que se demonstrar a veracidade dos fatos definitivamente garantida através das provas, para que o juiz declare na sentença o direito.

Há dois sentidos do conceito de prova no processo, o objetivo e o subjetivo. O conceito objetivo é o instrumento ou meio pelo qual demonstre que o fato existe como exemplo os documentos.

Já o subjetivo é no estado psíquico, onde convença realmente o juiz para que ele não tenha dúvida do fato litigioso com a prova apresentada. Assim a prova é certeza negativa ou positiva da existência do fato probando.

Sendo assim a prova tem que convencer o juiz, nada se vale se tiver um montante de provas documentais, periciais, testemunhais e não satisfazer no convencimento da veracidade dos fatos pelo julgador. O julgamento do pedido será julgado improcedente, pois não houve prova no sentido jurídico.

A prova não é das partes (autor e réu), mas sim para o processo, a qual tem a meta principal o convencimento do juiz.

A instrução do processo é a fase em que as provas serão utilizadas pra provar suas alegações.

4 Objeto da Prova

Para se formar a convicção do juiz sobre a verdade dos fatos alegados é necessária a prova. O objeto da prova consiste nos fatos litigiosos. A finalidade da prova é tornar aquele fato conhecido do juiz, convencendo-o, da sua existência.

Os meios legais de prova e os moralmente legítimos são empregados no processo para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação e a defesa segundo o artigo 332 do Código de Processo Civil.

Os fatos impertinentes não precisam ser provados, só os fatos **relevantes** e **pertinentes** para a solução da lide. Entretanto a lei dispensa a prova relativa aos fatos notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, admitidos no processo como incontroversos, cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade.

Fatos **relevantes** são os acontecimentos da vida que entusiasmam o julgamento da demanda. Como por exemplo: conduta desonrosa como razão de separação judicial.

Fatos **pertinentes** são os relacionados diretamente ou indiretamente com o motivo. Num acidente de trânsito, é importante saber a extensão dos danos, como a posição em que ficaram os veículos depois do acidente; todavia é impertinente saber se o réu é proprietário do prédio em que reside ou não, ou se é casado ou solteiro.

Quanto aos fatos **notórios** são os acontecimentos ou situações de conhecimento geral incontestes, como por exemplo, os fatos heróicos, as situações geográficas, as datas históricas.

Assim consideram-se fatos notórios aqueles que entram naturalmente na cultura, no conhecimento ou na informação normal da pessoa em relação a um lugar, no momento da decisão do juiz.

O fato **incontroverso** também não é objeto de prova, seja em decorrência da confissão real, seja através dos efeitos da revelia ou inobservância da impugnação específica.

Agora os fatos que cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade tem-se assim, como modelo, o devedor que tem em seu poder o título de crédito não precisa provar o respectivo pagamento.

5 Funções da Prova

As provas desempenham basicamente duas funções no processo: uma interna e outra externa. A função interna refere-se cognição, isto é a prova é a ferramenta apropriada para a reconstrução dos fatos no processo, a fim de que o juiz possa constituir a sua convicção após a discussão e concepção dos fatos.

Por outro lado a prova cumpre uma função externa, estando voltada à legitimação social do exercício do poder jurisdicional.

Segundo menciona Eduardo Cambi (2001, p.57), “Para que esses fins sejam alcançados satisfatoriamente, é preciso que o sistema probatório esteja voltado à busca da verdade e à realização da justiça da decisão”.

Sendo assim na tentativa da busca da verdade, que seja objetivável e relativa ao processo civil, é necessário incluir os termos verossimilhança, probabilidade e verdade.

Segundo menciona Eduardo Cambi (2001, p.58):

A noção de verossimilhança não se confunde com a verdade possível de ser objetivável, no processo, pois o juízo de verossimilhança concerne ao fato enquanto objeto da alegação ou, mais propriamente, à mera alegação do fato. Logo não depende de qualquer elemento de prova nem sequer diz respeito à previsão do resultado da prova ou do seu êxito *ex ante* (antes de ser produzida). O juízo de verossimilhança é formulado com base no conhecimento que o juiz tem, antes da produção da prova, estando baseado na mera alegação do fato e fundado em uma máxima da experiência, isto é, na frequência com que fatos do tipo daquele alegado acontecem na realidade. Portanto é juízo genérico e abstrato sobre a existência do fato típico, formulado sob o critério da normalidade.

O conceito de verossimilhança não se confunde com o de verdade, pois é a aspecto da verdade. Pois se fossem sinônimos, tudo que pudesse ser considerado normal, pela ponderação comum deveria ser considerado verdadeiro.

O processo deve buscar a verdade dos fatos, desde que sobre eles plaine alguma controvérsia relevante, a qual determine que a dúvida seja extinta. Por isso não basta alegar, é necessário demonstrar as alegações e isso se faz por interposição das provas.

E verdade também não é a probabilidade. A probabilidade em relação a verossimilhança se aproxima da verdade.

Portanto pode-se afirmar que, quanto à formação da sentença, os juízos fundados com base na verossimilhança e na probabilidade são apenas instrumentais, e aquela baseada na verdade, é a que põe termo à relação jurídica processual.

O direito à prova permite que as partes tenham um meio de convencer o juiz de que têm razão, garantindo o direito de liberdade e por outro lado exige que o juiz valora as provas produzidas esclarecendo quem o convenceu e porque o fez.

Contudo devem se evitar os exageros nocivos que poderiam constituir da busca da verdade absoluta, uma vez que o ser humano é falível e não conseguiria expor toda a história dos fatos com a verdade.

Segundo menciona Eduardo Cambi (2001, p.70):

Deve se buscar, então, a melhor verdade possível de obter, com base nas provas constitucionalmente admissíveis e relevantes que podem ser produzidas, porque quanto mais abrangente é a investigação dos fatos melhor é seu conhecimento e, por conseguinte, mais justa pode ser a decisão que versa sobre esses fatos. Logo se o Estado assume a tarefa de pronunciar sentenças justas, deve garantir aos cidadãos o direito à prova.

Enfim segundo o artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal a tutela jurisdicional deve ser célere, tempestiva e adequada, sendo assim não cair em tentação da busca excessiva da verdade.

6 Classificação da Prova

As principais formas de classificação das provas é que levam em consideração o sujeito, o objeto e a forma da prova.

Quanto o **sujeito** e a prova analisam – se as partes e o juiz.

Conforme Arruda Alvim (2003, p. 485):

Nesta perspectiva, ter-se à de constatar que a atividade probatória é, acima de tudo, uma atividade tendencial, desenvolvida pelas partes, colimando cada uma delas demonstrar a verdade dos fatos que alegou, e, ainda, comumente, a inveracidade dos fatos aduzidos pela outra (nessa linha de enfoque o autor deverá, na petição inicial, indicar os meios de prova que objetiva produzir – artigo 282, inciso VI); outro tanto deve acontecer com o réu, na contestação – artigo 300.

A prova é a atividade realizada por excelência pelas partes, conforme artigo 333 do Código de Processo Civil.

Tendo em cenário ainda o sujeito, a prova pode ser pessoal ou real.

Pessoal quando é consistente em declaração ou afirmação sobre a veracidade de um fato, como o depoimento pessoal e o depoimento testemunhal.

Real é a prova consistente no próprio fato e suas circunstâncias, como exemplo o exame das circunstâncias que ocasionaram um desastre.

Quanto o **objeto** e a prova, classificam-se em direta e indireta.

Direta quando a prova tiver por finalidade a demonstração ou tiver por alvo a manifestação de fatos que se constituem em fundamento do litígio. A inspeção judicial é a mais direta das provas.

Indireta é a prova que se refere ao fato diverso do que se pretende demonstrar, mas que, por meio de um raciocínio permite chegar ao fato objeto da prova. Exemplo: danos ocasionados a uma lavoura, que poderão sugerir prática de turbação.

Quanto à **forma** e a prova, classificam-se em escrita ou oral.

Na escrita estão os documentos, perícias. E na oral todas as formas de manifestações orais, como depoimentos, esclarecimentos de peritos.

7 Meios de Prova

Os meios de provas são os procedimentos gerais usadas nos processos para a averiguação dos fatos. Os meios de provas são internos e genéricos do processo.

A lei formula de acordo com o artigo 332 do Código de Processo Civil:

Art. 332 – Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

A confissão, por exemplo, foi considerada a rainha das provas, entretanto ela é uma declaração antagônica da parte, onde reconhece a verdade de um fato. Com isso declara – se que confissão não é propriamente um meio de prova.

Os especificados pelo Estatuto Processual Civil foram os seguintes:

- depoimento pessoal (artigos 342 - 347);
- confissão (artigos 348 - 354);
- exibição de documento ou coisa (artigos 355 e 363);
- prova documental (artigos 364 - 391);
- prova testemunhal (artigos 400 - 419);
- prova pericial (artigos 420 - 439);
- inspeção judicial (artigos 440 - 443);

Finalmente existe a possibilidade de produção de provas atípicas. São as que não estão previstas no nosso ordenamento jurídico ainda que “moralmente legítimas”.

Como exemplos de provas atípicas podem ser citados a prova emprestada (que vem a ser produzida em outro processo, mas que tem grande valor para o atual), indícios, presunções, as constatações feitas pelo oficial de justiça e até o comportamento extraprocessual das partes em casos excepcionais como a entrevista.

Diante do exposto, apresenta – se o assunto da apreciação das **provas ilícitas**, como meio de prova também. A expressão prova ilícita pode ser adotada em acepção lato, no qual abrange as provas contrárias aos bons costumes, as leis ordinárias e à constituição.

Também é na acepção restrita, no qual abrange provas que afronta disposições legais e constitucionais.

A prova ilícita difere da ilegítima, sendo esta a que ofende disposições de caráter processual e a ilícita ofende as normas de direito material.

No nosso ordenamento jurídico muito se discute a respeito da eficácia da prova ilícita, isto é sobre a probabilidade de ser empregada pelo magistrado para fundamentar a sua convicção. Pois a ilicitude da prova pode incidir ou da maneira como foi adquirida ou do modo empregado para a demonstração do fato. São alguns exemplos as interceptações telefônicas, a violação do sigilo de correspondência.

A Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso LVI considera inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito sem nenhuma ressalva. Sendo assim tem predominado o entendimento de que a vedação ao uso de prova ilícita é absoluta.

Segundo entende Rios Gonçalves (2008 p.442), “essa extremada radicalização compromete de morte o acesso à justiça e constitui grave ressalva à promessa constitucional de tutela jurisdicional a quem tiver razão (Constituição Federal, art. 5º, inc XXXV)”.

8 CONCLUSÃO

A prova tem importância fundamental no processo, uma vez que constitui o elemento integrador do convencimento do juiz com os fatos da origem. O direito a prova constitui um desdobramento do Princípio do Contraditório, não se

restringindo ao direito de propor ou ver produzidos os meios de prova, mas efetivamente, na possibilidade de provocar no convencimento do juiz.

A violação das provas ilícitas ocorre no direito material, contudo a ilicitude repercute no plano processual, tornando-a inutilizável. A maioria dos ordenamentos comparados prevê a inutilizabilidade no processo das provas ilícitas, como exemplo na Itália e Alemanha.

No Brasil o Princípio da Proporcionalidade é reconhecida pela doutrina especialmente a administrativa e vem sendo aplicada pela jurisprudência.

Conforme relata Torquato Avolio (1999, p.64):

A teoria da Proporcionalidade ou da Razoabilidade, também denominada Teoria do Balanceamento ou da Preponderância dos interesses, consiste, pois, exatamente, numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto.

A aplicação da Teoria da Proporcionalidade pressupõe uma determinação correta dos valores em jogo, da ordem de prioridade dos valores e do cânone da proporcionalidade entre os meios empregados e o fim a ser obtido.

Segundo menciona Rios Gonçalves (2008, p.442):

Parece-nos, também que a vedação constitucional a utilização da prova ilícita não se pode ser estendida a tal ponto que impeça provas lícitas só porque a sua produção advém de um desdobramento da produção da prova proibida..

Nem nos parece, ainda que a vedação constitucional seja absoluta. Melhor que se aplicasse a teoria da Proporcionalidade, que concede eficácia jurídica a prova, se sua ilicitude causar uma ofensa menor ao ordenamento jurídico que a que poderia advir de sua não produção. Essa teoria originária do direito alemão, permite ao juiz ponderar entre as consequências negativas que resultarão do uso da prova ilícita e as que advirão de sua proibição, cabendo-lhe avaliar qual o maior prejuízo.

Como um exemplo, a interceptação telefônica utilizada em uma ação de modificação de guarda, para fazer prova de espancamentos frequentes a uma criança. A interceptação telefônica é vedada por lei, pois viola o Princípio

Constitucional da Intimidade. Contudo neste exemplo deve prevalecer a proteção à vida e a integridade física da criança, sendo proporcionalmente mais relevante.

Em casos assim o juiz deve acolher excepcionalmente a prova ilícita.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 2 ed. Ver., ampl., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. Teoria **geral do processo e processo de conhecimento**. V 11. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional a prova no processo civil**. V. III São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. 5 ed. V I. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sergio Cruz. **Curso de processo civil: Processo de conhecimento**. 6 ed. Ver., amp., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. V. I. Parte Geral São Paulo: Max Limonad, Editor de livros de direito, 1949.

THEODORO, Humberto Junior. **Curso de direito processual civil**. 47 ed. V. I. São Paulo: Editora Forense., 2007.