

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

Departamento de Direito Constitucional

Mikaell Sodré de Souza

A Inadmissibilidade Constitucional da Prova Ilícita e a Efetividade da
Justiça

Mestrado em Direito

São Paulo - SP

2021

Mikaell Sodré de Souza

A Inadmissibilidade Constitucional da Prova Ilícita e a Efetividade da
Justiça

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional sob a orientação da Profa. Livre-Docente Maria Garcia.

São Paulo - SP

2021

BANCA EXAMINADORA

À memória de minha avó, VALDEMIRA VASCONCELOS SODRÉ, que platonicamente
libertou sua alma do corpo,
e do meu querido tio JOSÉ WELINGTON GOMES SODRÉ que tão cedo nos deixou,
À minha mãe, MARIA AID VASCONCELOS SODRÉ DE SOUZA, e ao meu pai,
EDIVALDO PORTO DE SOUZA, pelo constante apoio.

O presente trabalho foi realizado com apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) – nº do processo 130093/2020-3.

This study was financed in part by the Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) – nº do processo 130093/2020-3.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pela iluminação e por tudo nesta vida.

À minha família e amigos pelo carinho e compreensão nesta jornada.

À professora Maria Garcia, que francamente me orienta na vida e na Academia.

Ao ISMART (Instituto Social Para Motivar e Realizar Talentos) ao qual devo o constante apoio em minha trajetória acadêmica e profissional.

Aos professores do programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo pelo amadurecimento acadêmico e conhecimento oferecido durante a realização do Curso de Mestrado.

E a todas as pessoas que, de alguma forma, tornaram a realização deste trabalho possível.

“Não existe nada mais valioso do que compreender que claramente nascemos para a justiça e que a justiça é determinada não pela opinião, mas pela natureza”

(Cícero, De Legibus I.28, p.115)

RESUMO

A proposta da dissertação é analisar a prova ilícita no ordenamento jurídico brasileiro a partir do conflito com a Justiça. Para tanto, conceitua-se o que é prova ilícita na Constituição, no Código de Processo Civil e no Código de Processo Penal – legalmente, doutrinariamente e jurisprudencialmente – assim como, delinea-se o que é esta percepção de Justiça que permeia o Direito e instiga a avaliação e a crítica das decisões judiciais. Com efeito, analisa-se como ocorreria o equilíbrio desses dois princípios, à luz da razoabilidade, e, conseqüentemente, a mais adequada interpretação do inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição.

Palavras Chaves: Prova Ilícita; Justiça; Direito Constitucional; Razoabilidade; Processo Civil e Processo Penal;

SOUZA, Mikael Sodré de. **A Inadmissibilidade Constitucional da Prova Ilícita e a Efetividade da Justiça**. São Paulo, 2021. Disserta o (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to analyze the illicit evidence in the Brazilian legal system based on the conflict with Justice. To this end, it conceptualized what is illicit evidence in the Constitution, the Code of Civil Procedure and the Code of Criminal Procedure - legally, doctrinally and jurisprudentially - as well, it is outlined is this perception of Justice that permeates the Law and instigates the evaluation and criticism of judicial decisions. In fact, it is analyzed how the balance of these two principles would occur, in the light of reasonability, and, consequently, the most appropriate interpretation of subsection LVI, of Article 5 of the Constitution.

Keywords: Illicit Evidence; Justice; Constitutional Law; Reasonableness; Civil Procedure and Criminal Procedure;

SOUZA, Mikael Sodr  de. **The Constitutional Inadmissibility of Illicit Evidence and the Effectiveness of Justice**. São Paulo, 2021. Dissertation (Master in Constitutional Law) - Pontifical Catholic University of São Paulo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. A CONSTITUIÇÃO E O PRINCÍPIO DA JUSTIÇA.....	12
1.1. A Constituição	12
1.2. O Preâmbulo.....	14
1.3. Constituição e Justiça.....	18
2. O ARTIGO 5º, LVI: A PROVA ILÍCITA E OS MEIOS ILÍCITOS.....	21
2.1. Prova ilícita e Processo.....	21
2.2. Prova ilícita no Processo Civil	34
2.3. Prova ilícita no Processo Penal.....	39
3. TENDÊNCIAS.....	54
3.1. Correntes.....	54
3.2. Jurisprudência.....	55
3.3. Procedimento	60
3.4. Existência, Validade e Eficácia.....	64
4. JUSTIÇA E A RELATIVIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA	68
4.1. O que é “Justiça”?	68
4.2. Historicidade.....	70
4.3. O “propósito” da Justiça.....	75
4.4. <i>Diké</i> e <i>Justitia</i>	78
4.5. Relativização da Prova Ilícita	80
CONCLUSÕES	87
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	92

INTRODUÇÃO

Desde as primeiras civilizações, organizações sociais humanas, busca-se a relação entre as regras sociais e a Justiça. Regras, que com o avanço do tempo se tornaram o que se conhece como Direito e, conseqüentemente, a associação deste à persecução da Justiça.

Nesse sentido, identificamos o famoso brocardo latino, associado a Cícero, de que “*ubi non est justitia, ibi non potest esse jus*”, ou seja, “*onde não há justiça, não há Direito*”, legitimando ou autorizando todas as práticas jurídicas em conformidade com uma ideia de Justiça.

Em paralelo a isso, ocorreu também uma evolução de direitos, estes que ora por concepções de indissociabilidade da condição de pessoa humana ora por questões de conquistas sociais, foram sendo incorporados nas respectivas Constituições dos Estados e, conseqüentemente, considerados garantias constitucionais, ou seja, ganharam relevância para o Direito, especialmente para o Direito Constitucional.

Nessa sequência, ganharam não só uma proteção jurídica, como também um *status* de inegociáveis, uma vez que por serem constitucionais, seriam essenciais. Fartos seriam os exemplos desses direitos, mas aparentemente somente um, na atualidade, colide diretamente com a concepção de Justiça que até então vinha sendo desenvolvida em paralelo, no caso, a inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos.

O direito, previsto na Constituição Brasileira de 1988, no artigo 5º, inciso LVI, significando que ninguém poderá sofrer as sanções da prestação da tutela jurisdicional do Estado, cíveis ou penais, sob o fundamento de prova obtida por meios ilícitos. Não obstante, que o fundamento desta indissociabilidade ou conquista das pessoas, pauta-se na intenção de se evitar abusos do Estado e de qualquer pessoa, como meios autoritários capazes de condenar até um inocente, como a tortura ou a invasão a qualquer momento da privacidade.

Todavia, na atualidade, esse direito muitas vezes colide diretamente com a suposta busca da justiça, que é essencial ao Direito. Isto porque provas que não são obtidas por meios

desumanos, degradantes, podem revelar um crime ou a existência de uma conduta ilícita, mas que por uma amplitude na possível interpretação do texto, do direito em questão, são descartadas e encobrem um crime ou impedem a atuação do Estado e, conseqüentemente, negam a efetividade da Justiça.¹

Efetividade que decorre da premissa de que o Direito não deve perseguir a proteção do ilícito ou acobertar crimes, especialmente, por uma falha no próprio sistema. Isto porque “prova ilícita” é uma construção jurídica, sob o crivo do operador do Direito, e que a qualquer momento não só pode mudar, como deve ser, quando criar situações totalmente contrárias ao próprio sistema, ao Direito e à própria Justiça, uma vez que independentemente da concepção de justiça adotada, obstruir a aplicação da lei é afrontar a essência do conceito de Justiça.

De modo que se faz relevante rever a interpretação do texto constitucional e questionar se a aplicação dessa interpretação não estaria desconfigurando o próprio Direito. Isso porque a busca por uma “Justiça”, como finalidade do Direito, implica no não acobertamento de condutas reprováveis socialmente, leia-se crimes, e conseqüentemente, se a interpretação do que consiste nessa prova “ilícita” se impõe a necessidade de revisão do conceito.

Com efeito, deve-se estudar a hermenêutica da garantia constitucional da vedação da prova ilícita em paralelo a essa aspiração do Direito, de forma que não se revogue a garantia, tão cara ao Estado Democrático de Direito, mas a concilie com o “propósito” de tal sistema.

Sem embargo, também a necessidade de refletir-se sobre esse conceito de Justiça, ou seja, questionar que “justiça” está se buscando. Logo, examinar a relação entre Direito e Justiça e se ocorre, ou não, a destruição do Direito em interpretar tão extensivamente tal direito, uma vez que negar uma aparente satisfação de Justiça pode significar na verdade proteger o Direito

¹ Por exemplo, uma gravação na qual um criminoso confessa ao parceiro a realização de um crime poucos minutos após uma interceptação telefônica autorizada judicialmente, que por uma falha técnica ainda continuou a gravação, mas será descartada por ser tradicionalmente considerada ilícita; ou a entrega de uma gravação feita entre amigos de uma conversa em que um devedor admite que esconde patrimônio para não pagar pensão aos filhos ou as verbas trabalhistas de ex-funcionários, mas que foi fruto da indignação de um destes amigos com a situação dessas vítimas e sem autorização judicial desvendaria uma conduta ilegal. Por certo, divergindo da intenção do legislador que era o combate aos abusos estatais e eventuais abusos dos particulares, mas na verdade acoberta práticas criminosas e conseqüentemente nega a efetividade da Justiça.

e todas as conquistas conseguidas no decorrer da História ou negar sua existência se ela for elementar para tal sistema.

Assim sendo, nítido o conflito entre o direito apresentado e a concepção preliminar de justiça a partir da perspectiva do acobertamento do ilícito e de certos resultados gerados. Isto porque o primeiro surge com um propósito, mas ganha uma dimensão com o tempo que compromete *prima facie* o segundo, visto uma concepção tradicional de que tais resultados são contrários a Justiça, ao “propósito” do Direito.

Logo, fazendo-se imperioso estudar o assunto e tentar solucionar o conflito: um direito que se estendeu de tal modo ao ponto de prejudicar a atividade do Direito, ou seja, a busca pela Justiça? Ou a justiça que aparentemente se busca satisfazer negando certos direitos não é a justiça à qual o Direito busca satisfazer, o define por natureza?

Problemática densa, mas importante ao Direito. Isto porque não só está se analisando a extensão de um direito – fundamental, por estar no artigo 5º da Constituição –, mas também o propósito de existir dessa ciência, uma vez que se a Justiça for a finalidade do Direito, conseqüentemente, uma interpretação que a negue implica na descaracterização do Direito. A saber, tanto se revela a compreensão da extensão deste direito constitucional, quanto a análise do cumprimento, ou não, do propósito do Direito, de sua finalidade.

Com efeito, o que é essa insatisfação gerada com a aparente impunidade da supressão da “prova ilícita”? A violação de uma Justiça universal e que deve ser a finalidade do Direito ou somente uma insatisfação momentânea e particular dos interessados no caso que nada tem haver com o propósito do Direito?

Assim, clareia-se a problemática do estudo, que busca solucionar a questão: a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos impede a satisfação da Justiça, do Direito. E, conseqüentemente, como compreender e compatibilizar tal garantia constitucional com um possível propósito para o Direito, pela busca por Justiça?

1. A CONSTITUIÇÃO E O PRINCÍPIO DA JUSTIÇA

Inicialmente precisamos compreender onde está inserida a garantia da proibição do emprego de meios ilícitos e a sua relação com a Justiça. Nesse sentido precisamos compreender a magnitude do que é a Constituição e qual a importância que está atribuída à Justiça.

1.1. A Constituição

Nesse prisma, a Constituição implica a “*ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito*”². Ou seja, na forma em que a sociedade se organiza e registra os seus valores e a forma em que se pretende organizar.

Com efeito, consigna premissas que alicerçam aquela organização social e como se pretende que ela funcione. Na medida em que José Celso de Mello Filho consigna:

*“Constituição é o nomen juris que se dá ao complexo de regras que dispõem sobre a organização do Estado, a origem e o exercício do Poder, a discriminação das competências estatais e a proclamação das liberdades públicas”*³

Na esteira em que se insere a referida violação do emprego dos meios ilícitos probatórios. A saber, na proibição do Estado na prestação de sua tutela jurisdicional e entre os particulares, ou seja, nem o Estado como agente organizador da sociedade e nem os indivíduos entre si nas questões da vida em sociedade, poderão recorrer a tais meios para atingirem o fim que perseguem.

De modo que José Afonso da Silva acrescenta o seguinte, quanto ao papel da Constituição para o Estado:

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição; 11ª reimpressão; Coimbra: Almedina Editora, 2003. p.107.

³ FILHO, José Celso de Mello. **Constituição Federal Anotada**. 2ª edição. Saraiva.1986. p. 6/7.

“A Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais; um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação.”⁴

Logo, configurando-se como o alicerce de todo o sistema jurídico que dela decorre. Na medida em que os direitos, garantias, nelas preconizados são de máxima relevância social e fundamentais, em certo modo, para toda ação e norma que delas decorrem, ao passo que se insere a questão da vedação das provas obtidas por meios ilícitos, que se permearão em todo o ordenamento infraconstitucional, especialmente nas disposições processuais, que é principalmente onde o tema se apresenta – conforme aprofundaremos a seguir.

Contudo, também decorre desse documento “ordenador da vontade política” a preocupação com a Justiça. Ou seja, a sociedade brasileira também registra no documento fundante de seu Estado e, conseqüentemente, do ordenamento jurídico brasileiro, a preocupação com a Justiça.

De forma que o Preâmbulo da Constituição de 1988 registra:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”
(grifos nossos)

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª edição, verificada e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 37.

Com efeito, elencando a Justiça como um valor supremo do Estado Democrático Brasileiro e, portanto, elevando-a a um patamar importante de consideração, na interpretação da Constituição e, conseqüentemente, de todo o ordenamento brasileiro.

1.2. O Preâmbulo

De modo que precisamos analisar qual a relevância jurídica desse “valor supremo” consignado no Preâmbulo. Por certo, ainda que sem efeito normativo por ser anterior à parte dispositiva da Constituição e não possuir um comando expreso, a sua localização inicial do documento e permeabilidade nos dispositivos que a sucedem implica num importante elemento interpretativo do sistema e de seus dispositivos.

Significa dizer que apesar do Preâmbulo não possuir um comando legal expreso, no conteúdo ele indica elementos importantíssimos para a interpretação dos artigos que o sucederam posto que todos decorreram dos alicerces ali fixados pelo constituinte no momento da promulgação da Constituição. Ou seja, todos os artigos, comandos, interpretações que decorrem desse sistema implica na consideração daqueles valores, intenções do constituinte ali fixados, pois o que dele sucede reflete o projeto desta Constituição, Sociedade, Estado.

Nesse sentido, Peter Häberle⁵, considera que o Preâmbulo reflete uma "profissão de fé" de uma verdadeira "religião civil" da comunidade política, cujo conteúdo revela as posturas valorativas, os altos ideais, convicções e motivos do constituinte, ou seja, a própria imagem do legislador originário.

Nessa lógica é uma espécie de "ponte do tempo", a qual recorda (ou nega) o passado, demonstra o presente e perspectiva o futuro, sendo um conjunto de elementos que integram a comunidade política, conseqüentemente expressando desejos e esperanças do constituinte, ou melhor, daquele povo, ou seja, é a manifestação da tensão entre "desejo" e "realidade" na Constituição (e na política), o "concreto-utópico", um "esboço do futuro".

⁵ HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Cidade do México: UNAM (Universidad Nacional Autónoma de México). 2003. pp. 274-285.

Contudo, três são as posições elencadas pela doutrina: I) a tese da irrelevância jurídica, segundo a qual o Preâmbulo não se situa no campo do Direito, mas sim no da política, desse modo, sem relevância jurídica; II) a tese da plena eficácia, que reconhece o Preâmbulo como tendo a mesma eficácia jurídica das normas constitucionais; e III) a tese da relevância jurídica indireta, onde o Preâmbulo desempenha um papel orientador na identificação das características da Constituição, mas não se confunde com suas normas.⁶

Todavia, a posição do Supremo Tribunal Federal é de que o Preâmbulo implica em um elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem. Isso se considerarmos o julgamento da ADI 2.076-5, na qual discutia-se a inconstitucionalidade por omissão “sob a proteção de Deus”, constante no Preâmbulo da Constituição do Estado do Acre, que reconheceu a laicidade estatal ao afirmar que a previsão não implicava na transformação em Estado confessional, uma vez que não possuía condão normativo e somente demonstrava a Constituição de um Estado que reconhecia a existência do componente religioso na sociedade, mas não restringe qualquer prática religiosa, inclusive, a sua não profissão considerando a proteção dos agnósticos e ateus.

Nas palavras de Alexandre de Moraes, fixou-se que:

“O preâmbulo, portanto, por não ser norma constitucional, não poderá prevalecer contra texto expresso da Constituição Federal, e tampouco poderá ser paradigma comparativo para declaração de inconstitucionalidade, porém, por traçar as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição, será uma de suas linhas mestras interpretativas”⁷

⁶ Nesta segmentação, grandes nomes se dividem. Contra o caráter normativo estão: CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da constituição. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 45; LAVIÉ, Quiroga. Derecho constitucional. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 61; EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. Tratado de derecho constitucional. t. 1. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 76; MELLO FILHO, José Celso. Constituição Federal Anotada. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 20; BASTOS, Celso; GANDRA, Ives. Comentários à constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1. p. 409-410; DANTAS, Ivo. Constituição federal: teoria e prática. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. v. 1. p. 221; FERREIRA, Pinto. Comentários à constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1. p. 3-4. Já a favor, admitindo a existência de força normativa no preâmbulo, manifestam-se: CAMPOS, G. Bidart. Derecho constitucional. t. 1. Buenos Aires: Ediar, 1968. p. 314; NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. Comentários à constituição federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 134. Pinto Ferreira também nos aponta: Lafferrière, Roger Pinto, Burdeau, Schmitt, Nawiaski, Paolo Biscaretti di Ruffia e Giese (FERREIRA, Pinto. Comentários à constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1. p. 4).

⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2011. p. 16.

Ou seja, o Preâmbulo apesar da ausência de caráter normativo possui relevante importância para a hermenêutica da Constituição, posto que contém elementos essenciais para integrar a norma e orientar a finalidade almejada pelo constituinte no momento da promulgação do texto, ou melhor, da própria Constituição vigente.

Não obstante, o avanço em julgamento posterior, ainda que a discussão principal fosse o reconhecimento da validade da lei federal que concede passe livre às pessoas com deficiência, a Ministra Carmen Lúcia elevou os “valores supremos” do Preâmbulo a *status* de princípio jurídico, *in verbis*:

*“Devem ser postos em relevo os valores que norteiam a Constituição e que devem servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais e apreciação da subsunção, ou não, da Lei 8.899/1994 a elas. Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988 (...). Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...). E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva que ‘O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. Assegurar, tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu exercício. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de assegurar, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico’ (...). Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, **o princípio***

jurídico da solidariedade.” (STF, DJe 17 out.2008, ADIn 2649-6/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia) (grifos nossos)

Note-se, ainda que se fale do princípio da solidariedade é possível inferir que o texto preambular é alicerce para o “princípio da Justiça”, o qual implicaria em um mandamento nuclear de todo o sistema jurídico, como aponta Celso Antônio Bandeira de Mello⁸:

“O princípio é um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente para definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica de lhe dá sentido harmônico.”

Com efeito, o “preâmbulo” de uma Constituição possui muito mais relevância do que normalmente se atribui, inclusive, mais do que para os que o consideram como elemento essencial para o processo de interpretação. Ele é um elemento facilitador para a identificação política e jurídica de um povo e do diploma constitucional que apresenta, mesmo não tendo força normativa, uma força interpretativa e norteadora que impregna todo o sistema jurídico e, conseqüentemente, é um instrumento útil para a análise imediata da sociedade e do ordenamento jurídico, posto a possibilidade de extrair os principais traços políticos, culturais e jurídicos que irão permear todo o sistema que ele antecede.

De modo que Juan Bautista Alberdi⁹ consigna que *“o preâmbulo sintetiza sumariamente os grandes fins da Constituição, servindo de fonte interpretativa para dissipar as obscuridades das questões práticas e de rumo para a atividade política do governo”*. Logo, emergindo a questão da importância da Justiça para o Direito, ou melhor, do Princípio da Justiça para a Constituição.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 451.

⁹ ALBERDI, Juan Bautista. **Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina**. Buenos Aires: Estrada, 2009. p. 295

1.3. Constituição e Justiça

Evidentemente, o fenômeno da Justiça não é exclusivo da Constituição brasileira, de modo que podemos identificar em outras Constituições pelo mundo a fixação da Justiça como um elemento fundante do respectivo Estado e da sociedade que ela institui.

De início, já apontamos a presença do Princípio da Justiça no Preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos da América (1787)¹⁰, da Argentina (1853)¹¹, da Espanha (1978)¹² e da Angola (2010)¹³ e em outras Cartas Magnas ainda que de forma diferenciada, como na

¹⁰ “Nós, o povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma União mais perfeita, **estabelecer a justiça**, assegurar a tranquilidade interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e garantir para nós e para os nossos descendentes os benefícios da Liberdade, promulgamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América.” (grifos nossos)

¹¹ “Nós, os representantes do povo da Nação Argentina, reunidos num Congresso Geral Constituinte pela vontade e eleição das províncias que o compõem, em cumprimento de pactos pré-existentes, com o objetivo de constituir a união nacional, **consolidar a justiça**, consolidar a paz interna, providenciar a defesa comum, promover o bem-estar geral, e assegurar os benefícios da liberdade, para nós próprios, para a nossa posteridade, e para todos os homens do mundo que desejam habitar o solo argentino: invocando a proteção de Deus, a fonte de toda a razão e justiça: ordenamos, decretamos e estabelecemos esta Constituição, para a Nação Argentina.” (grifos nossos e tradução livre)

¹² “A Nação espanhola, **desejando estabelecer a justiça**, a liberdade e a segurança e promover o bem de quantos a integram, no uso da sua soberania, proclama a sua vontade de: Garantir a convivência democrática no quadro da Constituição e das leis em conformidade com uma ordem económica e social justa. Consolidar um Estado de Direito que assegure o império da lei como expressão da vontade popular. Proteger todos os espanhóis e povos de Espanha no exercício dos direitos humanos, das suas culturas e tradições, línguas e instituições. Promover o progresso da cultura e da economia para assegurar a todos uma digna qualidade de vida. Estabelecer uma sociedade democrática avançada, e Colaborar no fortalecimento de novas relações pacíficas e de eficaz cooperação entre todos os povos da Terra. Em consequência, as Cortes aprovam e o povo espanhol ratifica a seguinte” (grifos nossos)

¹³ “Nós, o Povo de Angola, através dos nossos lídimos representantes, Deputados da Nação livremente eleitos nas eleições parlamentares de Setembro de 2008; Cientes de que essas eleições se inserem na longa tradição de luta do povo angolano pela conquista da sua cidadania e independência, proclamada no dia 11 de Novembro de 1975, data em que entrou em vigor a primeira Lei Constitucional da história de Angola, corajosamente preservada graças aos sacrifícios colectivos para defender a soberania nacional e a integridade territorial do país; Tendo recebido, por via da referida escolha popular e por força do disposto no artigo 158.º da Lei Constitucional de 1992, o nobre e indeclinável mandato de proceder à elaboração e aprovação da Constituição da República de Angola; Còncios da grande importância e magna valia de que se reveste a feitura e adopção da lei primeira e fundamental do Estado e da sociedade angolana; Destacando que a Constituição da República de Angola se filia e enquadra directamente na já longa e persistente luta do povo angolano, primeiro, para resistir à ocupação colonizadora, depois para conquistar a independência e a dignidade de um Estado soberano e, mais tarde, para edificar, em Angola, um Estado democrático de direito e uma sociedade justa; Invocando a memória dos nossos antepassados e apelando à sabedoria das lições da nossa história comum, das nossas raízes seculares e das culturas que enriquecem a nossa unidade; Inspirados pelas melhores lições da tradição africana – substrato fundamental da cultura e da identidade angolanas; Revestidos de uma cultura de tolerância e profundamente **comprometidos com** a reconciliação, a igualdade, **a justiça** e o desenvolvimento; Decididos a construir uma sociedade fundada na equidade de oportunidades, no compromisso, na fraternidade e na unidade na diversidade; Determinados a edificar, todos juntos, uma sociedade justa e de progresso que respeita a vida, a igualdade, a diversidade e a dignidade das pessoas; Relembrando que a actual Constituição representa o culminar do processo de transição constitucional iniciado em 1991, com a aprovação, pela Assembleia do 3 Povo, da Lei n.º 12/91, que consagrou a democracia multipartidária, as garantias dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos e o

Constituição Chinesa (1982)¹⁴ em que o termo “justiça” é utilizado como parâmetro para conceder asilo político àqueles que defenderam a Justiça¹⁵ ou no Japão (1947) em que se adota a Justiça como premissa de existência para uma Paz mundial.

De modo que os referidos preâmbulos constitucionais estrangeiros, de forma similar ao brasileiro, estipulam a Justiça como um propósito da Constituição a ser instituída. Por certo, um compromisso do então Poder Constituinte, um reflexo das aspirações sociais e, conseqüentemente, um princípio de todo o sistema jurídico instituído.

A saber, significa dizer que ao ser colocar no Preâmbulo de uma Constituição um princípio ou valor supremo implica na obrigação de se considerá-lo em todos os dispositivos que o sucedem e conseqüentemente, no reconhecimento como um “propósito” do sistema jurídico que instituído.

De maneira que se torna necessário compreender melhor o que é esse fenômeno da Justiça e esse princípio estruturante de alguns ordenamentos jurídicos, em especial, o brasileiro, ao ponto de Luis Manuel Pires, ao trabalhar a relação entre Direito e Justiça, refletir que:

sistema económico de mercado, mudanças aprofundadas, mais tarde, pela Lei de Revisão Constitucional n.º 23/92; Reafirmando o nosso comprometimento com os valores e princípios fundamentais da Independência, Soberania e Unidade do Estado democrático de direito, do pluralismo de expressão e de organização política, da separação e equilíbrio de poderes dos órgãos de soberania, do sistema económico de mercado e do respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do ser humano, que constituem as traves mestras que suportam e estruturam a presente Constituição; Conscientes de que uma Constituição como a presente é, pela partilha dos valores, princípios e normas nela plasmados, um importante factor de unidade nacional e uma forte alavanca para o desenvolvimento do Estado e da sociedade; Empenhando-nos, solenemente, no cumprimento estrito e no respeito pela presente Constituição e aspirando a que a mesma postura seja a matriz do comportamento dos cidadãos, das forças políticas e de toda a sociedade angolana; Assim, invocando e rendendo preito à memória de todos os heróis e de cada uma das angolanas e dos angolanos que perderam a vida na defesa da Pátria; Fiéis aos mais altos anseios do povo angolano de estabilidade, dignidade, liberdade, desenvolvimento e edificação de um país moderno, próspero, inclusivo, democrático e socialmente justo; Comprometidos com o legado para as futuras gerações e no exercício da nossa soberania; Aprovamos a presente Constituição como Lei Suprema e Fundamental da República de Angola.” (grifos nossos)

¹⁴ “Artigo 99 — A República Popular da China **concede o direito de asilo a todos os estrangeiros perseguidos por defenderem a causa da justiça, por participarem do movimento da paz, ou por sua atividade científica.**” (grifos nossos)

¹⁵ “Capítulo II. Renúncia a Guerra Artigo 9. **Aspirando sinceramente a paz mundial baseada na justiça e ordem, o povo japonês renúncia para sempre o uso da guerra como direito soberano da nação ou a ameaça e uso da força como meio de se resolver disputas internacionais. Com a finalidade de cumprir o objetivo do parágrafo anterior, as forças do exército, marinha e aeronáutica, como qualquer outra força potencial de guerra, jamais será mantida. O direito a beligerância do Estado não será reconhecido.**” (grifos nossos)

“se o direito almeja uma pretensão de correção, se o direito posto quer ostentar uma virtude performativa de realização da justiça, então nada mais natural – e esperado – do que indagar onde se inscreve está constante, a justiça.”¹⁶

“Constante”, que analisaremos no Capítulo IV, uma vez que antes se impõem a apresentação do que é a garantia constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Isso porque antes de avançar nos componentes jusfilosóficos da resposta à pergunta inicial, é importante compreender os componentes juridicamente expressos na Carta Magna, visto que a interpretação somente pode ocorrer na forma integrada de todo o sistema jurídico e finalmente afastar a contradição que o tema suscita.

¹⁶ PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Um diálogo sobre a justiça: a justiça arquetípica e a justiça deontica**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 14.

2. O ARTIGO 5º, LVI: A PROVA ILÍCITA E OS MEIOS ILÍCITOS

2.1. Prova ilícita e Processo

Ab initio, devemos refletir sobre o que é a prova. Ela é o elemento para comprovação das alegações constituídas no processo, ou seja, instrumento pelo qual as partes e o juiz comprovam as informações sobre o fato. Na medida em que Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e, Antonio Magalhães Gomes Filho conceituam da seguinte maneira:

*“As dúvidas sobre a veracidade das afirmações de fato feitas pelo autor ou cada uma das partes a propósito de dada pretensão deduzida em juízo constituem as questões de fato, que devem ser resolvidas pelo juiz à vista da prova dos fatos pretéritos relevantes. **A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo.** No dizer das Ordenações Filipinas, a ‘a prova é o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões’ (Livro III, Tit. 63) sobre as questões de fato.”* (grifos nossos)¹⁷

Assim, que o direito à prova insere-se na esteira da efetiva prestação jurisdicional, ou seja, o pleno exercício do direito de provar implica na efetivação máxima das pretensões junto ao Estado, ao passo que é por meio dele que a parte alcançara o êxito de sua pretensão, como aponta Arlete Inês Aurelli:

“A prova é mais do que um meio para se chegar ao convencimento do julgador. Com sua utilização se confere a prestação jurisdicional do Estado uma legitimação social. Através da utilização da prova é que tanto juiz, como as partes, ou determinadas pelo próprio magistrado,

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p.402.

que este terá elementos suficientes para decidir qual das partes logrará êxito no feito.”¹⁸

De forma que se apresenta a questão da prova ilícita, pois a partir dessa premissa a conclusão inicial seria de que a parte poderia recorrer a qualquer método para provar sua pretensão. No entanto isso é vedado pelo inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988: “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;*”; posto o pressuposto de que haveria limites ao direito de provar frente à existência de outros direitos, tais como o sigilo das comunicações ou da intimidade, que são essenciais às pessoas, mas poderiam ser suprimidos por um amplo direito de provar.

A primeira tensão do tema é a conceituação de prova ilícita. Isso posto, a relevância do direito à prova e do impacto que a restrição pela classificação de ilícita pode culminar, tanto no interesse do particular, quanto na satisfação da Justiça.

Note-se que a redação do artigo consignou a vedação aos “*meios ilícitos*”, o que se definiria por “*técnicas procedimentais destinadas à investigação de fatos relevantes para a causa.*”¹⁹. Ou seja, se vedariam determinados meios para a obtenção de uma prova e não o afastamento da verdade constatada com o meio, ainda que vedado.

Todavia, a construção doutrinária e jurisprudencial que se construiu antes da Constituição de 1988 implica na exegese de que os meios estariam abarcados pela vedação. Isso porque o “meio” ilícito pode comprometer a idoneidade da prova ainda que os fatos obtidos sejam verdadeiros, tal como o emprego da tortura para a obtenção da confissão, que nunca será inteiramente confiável face à naturalidade instintiva de admitir algo mesmo que não feito para suspender os maus tratos praticados.

Anteriormente não havia previsão expressa nas Constituições brasileiras. Vigorava o que Ricardo Cintra Torres de Carvalho chamava de “princípio da veracidade da prova”,

¹⁸ AURELLI, Arlete Inês. **A prova ilícita no processo civil**. In: FREIRE, Alexandre; DELFINO, Lúcio; OLIVEIRA, Pedro Miranda de; RIBEIRO, Sérgio Luis de Almeida (Orgs.). O processo civil nas tradições brasileira e iberoamericana. 1ª. ed. São José/SC: Conceito, 2014. p. 104.

¹⁹GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p.403.

segundo o qual era considerada somente a carga de convencimento da prova, independentemente do método de obtenção. Eventuais irregularidades eram tratadas como ilícitos penais ou administrativos a serem apurados em órbitas próprias, sem prejudicar a admissibilidade da prova. A partir da década de 1960, porém ocorreu acentuada tendência da doutrina e da jurisprudência no sentido de que irregularidades no método de obtenção implicariam no comprometimento da prova, até a consolidação deste novo posicionamento na Constituição de 1988.²⁰

Na qualidade de garantia constitucional irradia-se nas legislações infraconstitucionais. No Código de Processo Penal, no artigo 157, sob a redação “*são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*”. E no Código de Processo Civil, artigo 369, nos seguintes termos: “*as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz*”.

De maneira que a doutrina tradicional, conceitua prova ilícita como aquela que ofende um direito material, pois “*muito calcada no magistério do Professor da Universidade de Milão, Pietro Nuvolone, a doutrina desenvolve os conceitos de prova vedada ou ilegal, como gênero, sendo a prova ilícita e a prova ilegítima subespécies*”²¹

Nas próprias palavras de Pietro Nuvelone:

“Prova vietata significa prova che, in senso assoluto, o in senso relativo, è contraria a una specifica norma di legge o a un principio del diritto positivo. La prova è vietata in senso assoluto, quando il diritto proibisce in ogni caso, qualunque ne sia il modo di assunzione, l’acquisizione di una certa prova da un punto di vista generale o

²⁰ FILHO, Antonio Magalhães Gomes. **A Inadmissibilidade das Provas Ilícitas no Direito Brasileiro**. Revista Jurídico Luso Brasileira. Ano 1. 2015, nº1, 5-19. P10.

²¹ MEDEIROS NETO, Elias Marques. **Princípio da proibição da prova ilícita**. Enciclopédia Jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (Coord. de tomo). 1ª. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/161/edicao-1/principio-da-proibicao-da-prova-ilicita>

limitatamente a un determinato oggetto; tale è, per il diritto italiano il caso delle cosiddette perizie psicologiche (art. 314 cod. proc. pen.). La prova è vietata in senso relativo, quando l'ordinamento giuridico, pur ammettendo un certo mezzo di prova (ad esempio, l'interrogatorio dell'imputato), ne condiziona la legittimità all'osservanza di determinate forme. (...). Anzitutto, ricordiamo la distinzione da noi prospettata tra divieti di prova do natura processuale e divieti di prova di natura sostanziale. La distinzione ha importanza, ma non con riferimento alla collocazione della norma, bensì con riferimento alla sua intima natura. Un divieto ha natura esclusivamente processuale, quando è posto in funzione di interessi attinenti unicamente alla logica e alle finalità del processo; un divieto ha natura sostanziale, allorché, pur servendo mediatamente anche interessi processuali, è posto essenzialmente in funzione dei diritti che l'ordinamento riconosce ai singoli, indipendentemente dal processo. La violazione del divieto costituisce in entrambi i casi un'illegalità; ma mentre, nel primo caso, sarà solo un atto illegittimo, nel secondo caso sarà anche un atto illecito".²²

Com efeito, essa terminologia praticamente uniforme no Brasil e “*pioneiramente difundida por Ada Pellegrini Grinover*”²³, distingue as ofensas ao plano material e processual e

²² NUVOLONE, Pietro. **Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino.** Rivista Di Diritto Processuale, Anno xxi, nº 3, Padova, pp. 442-475. (Tradução Livre: “‘Prova proibida’ significa a prova que, num sentido absoluto, ou num sentido relativo, é contrária a uma regra de direito específica ou a um princípio de direito positivo. A prova é proibida em sentido absoluto, quando a lei proíbe em qualquer caso, seja qual for a forma do seu pressuposto, a aquisição de uma determinada prova de um ponto de vista geral ou limitada a um determinado objeto; tal é, para o direito italiano, o caso da chamada perícia psicológica (art. 314 código de processo penal). A prova é proibida num sentido relativo, quando o sistema legal, ao admitir um determinado meio de prova (por exemplo, o interrogatório do arguido), condiciona a sua legitimidade à observância de certas formas. (...). Antes de mais, recordemos a distinção que fizemos entre proibições de provas de natureza processual e proibições de provas de natureza substancial. A distinção é importante, mas não com referência à localização da regra, mas com referência à sua própria natureza. Uma proibição é de natureza exclusivamente processual, quando é colocada em função de interesses que dizem exclusivamente respeito à lógica e objetivos do julgamento; uma proibição é de natureza substancial, quando, ao mesmo tempo que serve mediatamente interesses processuais, é colocada essencialmente em função dos direitos que o sistema reconhece aos indivíduos, independentemente do julgamento. A violação da proibição constitui em ambos os casos uma ilegalidade; mas enquanto, no primeiro caso, será apenas um ato ilegítimo, no segundo caso será também um ato ilegítimo”.)

²³ ÁVILA, Thiago André Pierobom. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.** Brasília, 2006, 295 p. Dissertação Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Brasília. p .101.

classifica as provas como: (i) ilegítimas, quando violarem normas processuais; e (ii) ilícitas, quando violarem normas de direito material²⁴.

Contudo, já se encontra na doutrina críticas a essa tradicional classificação. Por exemplo, Arlete Inês Aurelli que consigna:

*“Apesar de respeitarmos o entendimento abalizado da maioria de nossos doutrinadores, que se baseiam nos ensinamos de Nuvolone, entendemos, com base nos ditames da norma constitucional e na redação do artigo 357 do Código de Processo Penal, que qualquer violação das normas relativas às provas, seja de natureza material ou processual, relativa à produção ou origem da prova, levará a sua consideração como ilícita.”*²⁵

Assim como Luis Alberto Reichelt²⁶ que, em resumo, aponta (I) a ausência de menção ao direito material no texto constitucional; e (II) uma hierarquização equivocada entre direito material e processual, uma vez que não há exclusivamente uma relação de instrumentalidade entre ambos e nem uma superioridade ou maior gravidade a violação de normas materiais, em detrimento das processuais, posto que ambas são equivalentes e de igual gravidade se violadas.

Não obstante, acrescentamos a essa posição, que entendemos ser uma crítica contundente, o fato de que não se pode ignorar a superioridade da Constituição e definir um conceito seu com base em distinções ou previsões legislativas infraconstitucionais.

Isso significa, ainda que seja pacífica e bem estruturada a atual teoria das provas ilícitas, que sob a perspectiva do Direito Constitucional ela se torna incompleta, ou melhor, inadequada para compreender o fenômeno da prova ilícita, especialmente para limitar-se até que ponto caberia uma redução desse princípio no caso concreto em uma eventual colisão com outros princípios, como a Justiça.

²⁴ Note-se que as provas não previstas no ordenamento são classificadas como “atípicas”.

²⁵ AURELLI, Arlete Inês; LEITE, Rita de Cássia Curvo. **A admissibilidade da “prova ilícita” em demanda envolvendo interesses de crianças**. Revista de Processo | vol. 303/2020 | p. 259 - 290 | Maio / 2020. p. 265.

²⁶ REICHELTL, Luis Alberto. **A Inadmissibilidade das provas ilícitas na perspectiva do direito ao processo justo**. Revista de Processo | vol. 228/2014 | p. 99 - 122 | ev / 2014. p. 100/101.

De forma que a melhor compreensão do tema implicaria em limitar o conceito de prova ilícita ao texto constitucional. Com efeito, propõe-se que a garantia constitucional em questão seja compreendida exclusivamente como a inadmissibilidade de meios inaceitáveis pela Constituição, como sejam aqueles contrários aos princípios constitucionais ou que violem direitos expressos na Constituição, tal como quando contrariar princípios que orientam a conduta estatal como a moralidade e a legalidade e não violarem direitos como o contraditório ou a privacidade.

Nessa lógica, delimitada no caso concreto, ou seja, somente classificada como ilícita, ou não, após o sopesamento dos princípios e direitos incidentes no caso prático. De modo que a avaliação fática da conduta do agente ou das partes seja considerada para a admissibilidade do meio probatório empregado, tal como a inadmissibilidade do uso da tortura para a obtenção de uma confissão face à vedação constitucional do meio.²⁷

Anote-se, a posição de Joan Picó I Junoy²⁸, que também se alinha na busca de tentar definir a vedação da prova ilícita a partir da perspectiva constitucional, no entendimento de que seriam ilícitas as provas que violassem os direitos fundamentais, posto a inegociabilidade destes direitos e, conseqüentemente, permitiria uma maleabilidade para o operador do Direito no caso concreto.

Nessa conformidade, o magistrado teria espaço para avaliar as provas e perseguir a verdade real²⁹. Significa dizer que poderia valorar as provas e aferir se realmente são ou não ilícitas as provas apresentadas e, conseqüentemente, assegurar que o resultado do processo esteja alinhado com a verdade fática dos acontecimentos e não limitada a uma possível formalidade processual.

Repare-se, uma preocupação que está diretamente ligada à efetividade da tutela jurisdicional. Isso posto que é do interesse do Estado e dos particulares, conseqüentemente, do

²⁷ CF: “Art. 5º (...) III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;”

²⁸ JUNOY. Joan Picó. **La prueba ilícita e y su control judicial en el proceso civil**. In: JUNOY. Joan Picó; Lluch, Xavier Abel; (orgs.). Aspectos prácticos de la prueba civil. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2006. p. 15-48.

²⁹ Distinção clássica jurídica entre aquilo que condiz com a realidade dos acontecimentos e fatos (verdade real) e aquilo que se limita ao provado ou formalmente comprovado dentro do processo, inclusive, na perspectiva de que algumas provas poderiam ser ignoradas se não cumprissem certos requisitos ainda que modificasse o resultado do processo (verdade formal).

Direito e, não menos do Direito Constitucional, a entrega do resultado de um processo em que se apure a verdade fática, diante de sua relação direta com a Justiça e com a expectativa do processo moderno, conforme aprofundaremos na exposição civilista do tema, uma vez que foram os que mais se debruçaram sobre o assunto.

Assim sendo, estabelecendo um marco do que seria inegociável na atividade probatória e, conseqüentemente, ajustando a questão probatória para a melhor efetividade da Constituição, que, por seu turno, não admitiria violar o seu núcleo essencial, que seriam os direitos fundamentais, mas ao mesmo tempo preconiza outros princípios e direitos que no caso concreto podem colidir e conseqüentemente apresentar um resultado inesperado.

Nesse sentido acusamos o exemplo do réu que obtém uma interceptação telefônica ilícita³⁰ capaz de absolvê-lo: seria irrazoável condená-lo sabendo que é inocente e, simultaneamente, ignorar outros princípios constitucionais como o direito à prova, a presunção de inocência, o devido processo legal e até a justiça do caso concreto., simplesmente, pela exigência infraconstitucional e de um outro princípio constitucional não fundamental que seria a inviolabilidade das comunicações, salvo autorização judicial.

Com efeito, somente com a restrição da inviolabilidade de direitos fundamentais seria possível compatibilizar a problemática da prova ilícita com outros princípios constitucionais. Isso porque somente com esse limite indiscutível seria possível interpretar sistematicamente a Constituição, compatibilizar todos os princípios incidentes nos casos concretos e efetivar a melhor prestação jurisdicional do Estado, ou melhor, impedir eventuais injustiças.

Não obstante o fato de que não se cria terminologias ou hierarquiza normas que são equivalentes: material e processual. A saber, somente interpretando dentro do texto positivado e com os limites dentro do próprio diploma constitucional.

³⁰ Note-se tecnicamente: interceptação telefônica é a realizada por um interceptor sem o consentimento dos interlocutores (ilícita sem autorização judicial); escuta telefônica é a feita por um interceptador com consentimento de um dos interlocutores (também ilícita sem a autorização judicial); e gravação telefônica é a feita por um dos interlocutores sem o consentimento do outro (a qual somente é lícita, sem autorização judicial se for para a legítima defesa da vítima).

Invocando o comentário de Marina Gascón Abellan³¹ quanto à proibição da prova ilícita:

"La prohibición de la prueba ilícita no requiere regulación expresa. En realidad, es de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de 'inviolables' de donde deriva 'la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental'"

Portanto, uma garantia constitucional, que possui uma definição “quântica”³², ou seja, uma definição que somente se apresenta de forma efetiva na análise do caso concreto a partir da percepção do intérprete ao observar os princípios e direitos incidentes na motivação e confecção da prova.

De maneira que se avulta a questão: qual é a natureza jurídica da proibição da prova ilícita? Seria uma norma ou princípio constitucional?³³

³¹ ABELLAN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho – Bases argumentales de la prueba**. 2. ed. Madri: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales, 2004. p. 133. (Tradução Livre: "A proibição de provas ilícitas não requer regulamentação expressa. De facto, é da posição preferencial dos direitos fundamentais no sistema jurídico e da sua condição afirmada de "inviolabilidade" que decorre "a impossibilidade de admitir no processo provas obtidas pela violação de um direito fundamental ou de uma liberdade fundamental").

³² “O princípio da incerteza quântica diz que jamais podemos determinar simultaneamente e com absoluta certeza a velocidade e a posição de um objeto, pois o comportamento de objetos quânticos é probabilístico, não existe no domínio material do espaço-tempo, mas fora dele, em um domínio transcendente da realidade.” PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Um diálogo sobre a justiça: a justiça arquetípica e a justiça deontica**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P.115.

³³ Ana Paula de Barcellos ao estudar a distinção entre norma e princípio considera as seguintes distinções: 1) Conteúdo: os princípios estão mais próximos da ideia de valor e de direito, formando uma exigência da justiça, da equidade e da moralidade, ao passo que as regras têm um conteúdo diversificado e não necessariamente moral. 2) Origem e validade: a validade dos princípios decorre de seu próprio conteúdo, sendo impossível determinar o momento e a forma em que se tornaram jurídicos, ao passo que as regras derivam de outras regras ou dos princípios. 3) Compromisso histórico: os princípios são universais, absolutos, objetivos e permanentes, ao passo que as regras caracterizam-se de forma bastante evidente pela contingência e relatividade de seus conteúdos, dependendo do tempo e do lugar. 4) Função no ordenamento: os princípios têm uma função explicadora e justificadora em relação às regras, conferindo unidade e ordenação ao ordenamento jurídico. 5) Estrutura linguística: os princípios são mais abstratos, razão pela qual há maior indeterminação quanto à sua aplicação, diferente do que ocorre com as regras. 6) Esforço interpretativo exigido: Os princípios exigem uma atividade interpretativa argumentativa mais intensa, para precisar seu sentido e inferir a solução proposta ao caso; já as regras demandam uma aplicabilidade burocrática e técnica. 7) Aplicação: as regras têm estrutura bionívoca, aplicando-se de acordo com o modelo do “tudo ou nada” (Ronald Dworkin); os princípios, no entanto, determinam que algo seja realizado na maior medida possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes (Robert Alexy). Esses limites jurídicos, que podem restringir a otimização de um princípio, são regras que o excepcionam em algum ponto e outros princípios opostos que procuram igualmente maximizar-se, daí a necessidade eventual de ponderá-los. Desenvolvendo esse critério de distinção, Alexy denomina as regras de comando de definição e os princípios de comando de otimização. (BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia**

Se considerada norma implicaria em um cumprimento obrigatório em todas as circunstâncias. Enquanto que se considerada princípio, culminaria numa aplicação máxima mediante a modulação no caso concreto, ou seja, a compatibilização com outros direitos ou princípios incidentes no caso concreto.

Retomando o exemplo, se uma prova ilícita produzida for capaz de absolver um indivíduo, caso seja considerada norma a referida disposição constitucional, tal prova não poderia ser usada e o inocente deveria ser condenado, ainda que inocente. Ou se princípio, seria considerada válida, ainda que ilícita, para absolver o sujeito inocente face também à incidência da presunção de inocência, do devido processo legal e da justiça – como já sinalizado – uma vez que se buscaria o equilíbrio no caso concreto.

Nesse prisma, considerando o exposto, entendemos que a conclusão mais razoável quanto à natureza da referida vedação do inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal seja de princípio, pois somente no caso concreto e “equilibrando” a incidência e prevalência de cada princípio poder-se-á efetivamente compreendê-lo e efetivar a melhor interpretação da Constituição.

Ainda que não unânime tal conclusão, posto a divergência encontrável na doutrina³⁴, uma vez que sustentam o caráter de inegociabilidade da referida garantia para a preservação de sua essência, entendemos não ser comprometida se respeitados os limites dos direitos fundamentais e a necessidade de preservação de outros princípios constitucionais, ao passo de acompanharmos a posição de Celso Ribeiro Bastos³⁵ de que este “*preceito constitucional há de ser interpretado de forma a comportar alguma sorte de abrandamento relativamente à expressão taxativa de sua redação*”.

jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.41-57.)

³⁴ Por exemplo a posição de Sílvia Leme Côrrea em “**A prova Processual Penal Ilícita e a Teoria da Proporcionalidade**”. Curitiba, 2006, 149 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná”, na qual sustenta que a vedação da prova ilícita se configura como uma norma e não comporta modulações.

³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. Vol. II, São Paulo, Saraiva. 1989. p. 273

Porquanto a maleabilidade de um princípio não implica na supressão de seu conteúdo e sim na materialização de sua essência que é de um conteúdo flexível, ou no caso, “quântico”, como chamamos acima.

Na medida em que Virgílio Afonso da Silva consigna o seguinte, quanto aos princípios:

“Princípios expressam deveres prima facie, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes. Princípios são, portanto, ‘normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas’; são, por conseguinte, mandamentos de otimização.”³⁶

Assim, consistindo a inadmissibilidade da utilização de provas obtidas por meios ilícitos em um comando constitucional de aplicação máxima e limites encontráveis somente no caso concreto. Com efeito, um princípio que encontra o seu limite e significado na avaliação da conjuntura posta ao intérprete, que rigorosamente mensura a proporção de sua incidência em conflito com os demais incidentes e, conseqüentemente, os harmoniza.

Compreendido o instituto da prova ilícita na perspectiva constitucional se impõe-se a análise prática do problema. Isso significa dizer que precisamos avançar nas áreas específicas, processo civil e processo penal, onde se apresentam os dilemas de ajuste da compatibilidade dos princípios colidentes, em especial, a vedação da prova ilícita e da justiça, uma vez que facilitam e clareiam a tensão apresentada nessa perspectiva permitindo compreender os principais ajustes que se fizeram para tentar compatibilizar a vedação constitucional.

Na prática, a questão da vedação da prova ilícita afeta principalmente o processo, pois é por meio dele que se resolvem os conflitos em uma sociedade civilizada. Nas palavras de Cármen Lúcia Rocha Antunes:

“A história do processo retrata a própria história do homem em sua luta pela democratização da relação do poder e com o poder. (...) O

³⁶ SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **“O proporcional e o razoável”**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002. p. 25.

processo reflete uma forma de convivência estatal civilizada segundo parâmetros previamente determinados pelo Direito posto à observância de todos. A civilização é formal. As formas desempenham um papel essencial na convivência civilizada dos homens; elas delimitam espaços de ação e modos inteligíveis de comportamento para que a surpresa permanente não seja um elemento de tensão constante do homem em seu contato com o outro e em sua busca de equilíbrio e na vivência com o outro e, inclusive, consigo mesmo. (...) Fora daí, não há solução para a barbárie e para a descrença do Estado. Sem confiança nas instituições jurídicas, não há base para a garantia nas instituições políticas. O processo é, pois, uma garantia da democracia realizável pelo Direito, segundo o Direito e para uma efetiva justiciabilidade”³⁷

Assim sendo, na seara do devido processo legal insere-se a questão da prova ilícita, de maneira que se consolida na esfera civil entre um mínimo de regras entre os particulares para o exercício da atividade probatória e na seara penal como um limite ao Estado para o exercício de sua força punitiva. Isso quer dizer: a sociedade fixa como postulado que existem limites para se provar pretensões, tanto nas relações entre particulares, quanto entre o Estado e os particulares.

Nessa esteira, ocorre a permeação do referido valor, princípio, em todas as normas que envolvam essa temática, posta a ocorrência de um fenômeno chamado “constitucionalização do Direito”. Basicamente, significa o fortalecimento das disposições constitucionais e a reprodução delas em todas as normas infraconstitucionais que dela derivarem ou se respaldarem, assim devidamente explanado por Daniel Sarmiento:

“na quadra histórica presente, tem-se afirmado que o reconhecimento da força normativa da Constituição, o caráter vinculante dos seus princípios e o fortalecimento da jurisdição constitucional são

³⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. “Princípios constitucionais do processo”. Revista de Informação Legislativa, v. 34, nº 136, out/dez 1997, p. 6.

*ingredientes fundamentais do fenômeno da constitucionalização do Direito. Tal fenômeno não se limita à regulação, pelas constituições contemporâneas, de matérias que no passado inseriam-se na esfera exclusiva do legislador ordinário. Mais que isso, ele envolve a idéia de que todos os institutos jurídicos devem ser objeto de **releitura a partir dos valores constitucionais**; de que todos os ramos do Direito, com suas normas e conceitos, devem sujeitar-se a uma verdadeira “filtragem” constitucional, para que se conformem à tábua axiológica subjacente à Lei Maior. Trata-se de um imperativo decorrente do reconhecimento da supremacia formal e material da Constituição sobre o Direito infraconstitucional, mas também de uma tomada de posição no sentido da mobilização do potencial emancipatório da Constituição em prol da efetiva transformação da sociedade”³⁸ (grifos nossos)*

De maneira que os princípios constitucionais permearam as legislações infraconstitucionais. No caso, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal, que, por seu turno e respectivamente, disciplinaram os conflitos entre particulares e entre o Estado e o indivíduo.

De tal modo que os princípios constitucionais da inadmissibilidade da utilização da prova obtida por meio ilícito e da justiça não ficaram de fora da “releitura” das disposições infraconstitucionais. Ou seja, permearam e impactaram toda a legislação abaixo da Constituição, em especial, a referente ao processo civil e processo penal, uma vez que disciplinam formas de solucionar conflitos na sociedade e estes serem o momento principal pra o conflito desses princípios.

Nesse sentido, reiteramos a tensão entre o direito à prova e a busca pela verdade, que somente no caso concreto podem encontrar o seu limite preciso. Isso porque a limitação dos meios possíveis de serem empregados conflitam diretamente com a busca pela Justiça.

³⁸ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 113/114.

Comenta Humberto Theodoro Júnior:

“O direito processual assumiu, por isso, a missão de assegurar resultados práticos e efetivos que não só permitissem a realização da vontade da lei mas que dessem a essa vontade o melhor sentido, aquele que pudesse se aproximar ao máximo da aspiração de justiça. O processo, assim entendido, assumia o compromisso de ultrapassar a noção de devido processo legal e atingir o plano do processo justo.”³⁹
(grifos nossos)

Assim, em determinadas situações, a admissibilidade ou não da prova ilícita pode interferir em um resultado justo, ou não. A saber, uma prova ilícita pode ser o que confirmará a verdade real em um processo ou evitará que um inocente seja preso indevidamente.

A mudança de paradigmas sociais como a busca pela verdade real ou a efetiva prestação jurisdicional do Estado impõem a necessidade de reavaliar-se constante e criticamente os limites da atividade probatória, do que é lícito ou ilícito, e em relação ao que. Em exemplo, é justo condenar um inocente por não ser admitido gravar conversas alheias sem ordem judicial? Exigir que esse sujeito condenado não se utilize dos meios que tem disponíveis para proteger seu direito fundamental à liberdade exclusivamente por uma suposição legislativa abstrata – hipótese do que seria ilícito?

De maneira que a aplicação reflexiva de determinadas normas, princípios, nos casos concretos exigem um ajuste para a não ocorrência de injustiças, por certo, exigindo uma melhor compreensão dos conceitos e extensão dos princípios ou proibições, no caso, ou seja, até que ponto a prova ilícita seria realmente ilícita, ou melhor, admissível ou inadmissível, para não se corromper a real intenção da norma.

³⁹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Prova-princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (dna)**. Revista de Direito de Família, nº 3, do IBDFAM, out-dez 1999, Síntese Editora, p. 05/23. P.03.

Assim a explicação do porquê a doutrina e a jurisprudência, com o decorrer do tempo passaram a construir exceções à vedação da prova ilícita, posto que a ampla vedação das “provas ilícitas” muitas vezes poderia cometer absurdos nos casos concretos, ou como preferimos, injustiças, ao passo de passarmos a analisar como a prova ilícita vem sendo compreendida, utilizada, no processo civil e penal.

2.2.Prova ilícita no Processo Civil

No Processo Civil, sob a perspectiva histórica, a temática da prova ilícita nunca foi um campo muito debatido, se compararmos com o Penal. Isso porque, além de normalmente envolver questões patrimoniais, também vigorava a regra da verdade formal, ou seja, considerase verdade aquilo produzido no processo, independentemente do compromisso com a realidade.

Nesse cenário, não ocorria a preocupação com a Justiça ou a verdade real dos fatos. Basicamente, não importava se o resultado condizia com a realidade dos acontecimentos ou se era a melhor solução obtida considerando todo o Direito ou valores sociais. O importante era a técnica ou a sorte para que o melhor dos litigantes obtivesse o êxito pretendido.

Com o passar do tempo tais premissas mudaram. O chamado “moderno processo civil”, no qual as partes deveriam cooperar e buscar a melhor solução para o litígio, passou a compreender não mais admissível que as decisões ficassem a caso da sorte e da pura técnica, com descompasso da verdade real ou da justiça, ao ponto de Humberto Theodoro Júnior acrescentar:

*Esse tipo de processo **comprometido com desígnios sociais e políticos**, obviamente não poderia ser dirigido por um juiz neutro e insensível. Não pode fazer a real e efetiva justiça quem não se interessa pelo resultado da demanda e deixa o destino do direito subjetivo do litigante à sorte e ao azar do jogo da técnica formal e da maior agilidade ou esperteza dos contendores, ou de um deles. (...) O processo evoluiu do conceito privatístico que o primitivo direito romano forjara (ordo iudiciorum privatorum) para um caráter acentuadamente publicístico.*

*A função da jurisdição deixará de ser apenas a de propiciar instrumentos aos litigantes para solução de seus conflitos, passando a desempenhar relevante missão de ordem pública na pacificação social sob o império da lei. Nesse processo moderno o interesse em jogo é tanto das partes como do juiz, e da sociedade em cujo nome atua. Todos agem, assim, em direção ao escopo de cumprir os desígnios máximos da pacificação social. A **eliminação dos litígios, de maneira legal e justa, é do interesse tanto dos litigantes como de toda a comunidade. O juiz, operando pela sociedade como um todo, tem até mesmo interesse público maior na boa atuação jurisdicional e na justiça e efetividade do provimento com que se compõe o litígio.**”⁴⁰ (grifos nossos)*

Com efeito, sinalizando novos paradigmas a serem considerados no âmbito do processo. Não haveria mais espaço para um processo e, conseqüentemente, uma decisão judicial, que ignorasse a realidade dos fatos, a verdade material e a justiça, uma vez que deveriam ser nortes das decisões judiciais.

Na medida em Artur César de Souza consigna:

*“A justiça da decisão, caracterizada pelo seu grau de aproximação à realidade dos fatos, coloca em evidência a função do processo como lugar de **acertamento da verdade**. Por isso, é necessário que a decisão esteja fundada sobre a reconstrução **que mais se aproxime da verdade dos fatos**”⁴¹*

Portanto, reforçando essa mudança de paradigma, qual seja: a mudança do processo civil de superar a verdade formal, para a verdade material. E, conseqüentemente, superando

⁴⁰ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Prova-princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (dna)**. Revista de Direito de Família, nº 3, do IBDFAM, out-dez 1999, Síntese Editora, p. 05/23. p. 04/07.

⁴¹ SOUZA, Artur Cezar de. **Justo processo ou justa decisão**. Revista de Processo. vol. 196. pp. 469-492. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, jun. 2011. p. 485.

formalismos históricos em prol de uma suposta segurança e evitando a subversão do processo⁴², para assim buscar o que realmente importa ao Direito: a satisfação da Justiça.

Surge a questão da prova ilícita, a qual muitas vezes pode afetar um processo ou aproximar a verdade material, real, do caso concreto; isso considerando não o estímulo a produção da prova ilícita, mas o questionamento do porque não se admitir uma prova já produzida ou que é o único meio de obtê-la para satisfazer um bem maior ou atender a um outro princípio de igual relevância, como a Justiça.

O Código de Processo Civil (2015) acolhe uma fórmula elástica do que seriam as provas ilícitas, precisamente aquelas obtidas por meios imorais. Isto considerando que considera válidas todas as provas moralmente legítimas, nos seguintes termos:

*“Art. 369. As partes têm o direito de empregar **todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos**, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”* (grifos nossos)

Note-se, “moralmente legítimos” é um conceito vago, pois a moral⁴³ pode ser relativa e variar conforme a sociedade. De modo que entendemos ser o mais adequado reportar-se ao conceito de prova ilícita sustentada no item anterior: aquela que viola direitos fundamentais, pois, além de ser mais fácil identificá-la, também se permite aplicar a “exceção” que os processualistas utilizam: a regra da proporcionalidade⁴⁴.

⁴² “Rigores formais, historicamente justificados opor anseios rotineiros de segurança, hão de ser revistos e flexibilizados para que não se subverta a função do processo e não se corra o risco de o instrumental de promoção do direito material se transformar no seu algoz, e na barreira impeditiva de sua verdadeira realização prática” (JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Prova-princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (dna)**. Revista de Direito de Família, nº 3, do IBDFAM, out-dez 1999, Síntese Editora, p. 05/23. p. 25)

⁴³ “**MORAL**. Derivado do latim *moralis* (relativo aos costumes), na forma substantiva designa a parte da filosofia que estuda os costumes, para assinalar o que é honesto e virtuoso, segundo os ditames da consciência e os princípios da humanidade. A moral, assim, tem âmbito mais amplo que o Direito, escapando à ação deste muitas de suas regras, impostas aos homens como deveres.” (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 30ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.p 150)

⁴⁴ “Proporcionalidade e razoabilidade não são sinônimos. Enquanto aquela tem uma estrutura racionalmente definida, que se traduz na análise de suas sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), esta ou é um dos vários topoi dos quais o STF se serve, ou uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins.” (SILVA, Virgílio Afonso da Silva. “**O proporcional e o razoável**”. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002. p. 45)

Isso quer dizer que restringindo-se o conceito de provas ilícitas, permite-se compatibilizar o máximo de valores possíveis no caso concreto. Basicamente, é possível utilizar uma prova, ainda que ilícita, se no caso concreto a sua utilização implicar em uma proteção a outro bem também juridicamente tutelado, na maioria das vezes, a justiça do caso concreto.

Nessa linha, José Roberto dos Santos Bedaque⁴⁵ defende expressamente a relativização da prova ilícita em nome da proteção de valores que se mostram mais importantes em um caso concreto e na busca pela verdade real a partir do uso da regra da ponderação. Assim como Sérgio Shimura é categórico no uso da regra, para evitar injustiças:

“O critério da proporcionalidade passou a ser adotado inicialmente pela justiça alemã, idéia que se alastrou para os Estados Unidos da América (princípio da razoabilidade), com a função de evitar ou prevenir injustiças que a aplicação da vedação absoluta das provas ilícitas poderia acarretar. Temperam-se outros valores ou princípios, igualmente dotados de credencial constitucional (...). Alguns exemplos podem ser citados: interceptar conversa de detento que esteja planejando a morte de juiz; filmar a intimidade de alguém, que esteja violando direitos da criança; abrir correspondência de alguém, para demonstrar a inaptidão ou o perigo de continuar com o pátrio poder”⁴⁶
(grifos nossos)

Com efeito, mostrando-se que na esfera civil, atualmente, a utilização da prova ilícita é bem mais flexível se considerarmos a redação do artigo 369 do Código de Processo Civil e pela uníssona aplicação da regra da ponderação pela doutrina civilista. Tudo, a partir da evolução na percepção da finalidade do processo e do novo compromisso com a verdade e a busca pela justiça, uma vez que se tornaram indispensáveis para a correta prestação jurisdicional.

⁴⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 148-155.

⁴⁶ SHIMURA, Sérgio. **Princípio da proibição da prova ilícita** (*In Princípios processuais civis na constituição*, Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes (coords.)). São Paulo: Ed. Campos Jurídico, 2008. p. 265.

Destarte alguns como João Batista Lopes⁴⁷ teorizarem requisitos para a admissão da prova ilícita, ou melhor, possibilidade da aplicação da regra da ponderação nessa seara. De modo que no seu entendimento somente poderia ocorrer tal relativização se **(i)** o caso for grave; **(ii)** se for difícil mostrar a verdade por um meio lícito; **(iii)** o direito protegido prevalecer sobre o direito violado; **(iv)** for imprescindível para o convencimento judicial; e **(v)** dependendo da natureza da controvérsia.

É interessante pontuar o funcionamento do referido método: a regra da ponderação implica em um procedimento de hermenêutica jurídica para compatibilizar, no caso concreto, a incidência dos vários direitos fundamentais dos indivíduos, na medida em que avalia em três fases: adequação, necessidade e ponderação em sentido estrito; a possibilidade e intensidade de reduzir ou ampliar determinado princípio incidente no caso concreto.

Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, *in verbis*:

*“A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais-, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames de adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade.”*⁴⁸

⁴⁷ LOPES, João Batista. **Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Ed. RT, 2006. p.140.

⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **“O proporcional e o razoável”**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002. p. 24.

Assim, no caso concreto dever-se-á analisar (I) a adequação da prova ilícita empregada – que provavelmente passaria, pois senão nem se discutiria o seu uso; (II) a necessidade, se a prova ilícita era o único meio de se provar o fato alegado; (III) e a proporcionalidade em sentido estrito, que compreendemos como o maior benefício alcançado face à proibição geral, ou seja, se a admissão naquele caso em concreto implicaria em uma maior efetivação de direitos incidentes do que não admitir a prova ilícita.⁴⁹

Portanto, menos abundantes as exceções construídas e abordagens na doutrina civilista, uma vez que a maioria dos casos não envolve questões de direito fundamental. Com a conseqüente percepção de uma menor resistência para admissão da prova ilícita se demonstrado o conflito de princípios ou a ameaça à verdade real ou à justiça.

2.3. Prova ilícita no Processo Penal

Já por outro viés dá-se a questão na área do Direito Processual Penal. Isto porque por envolver normalmente a ameaça a direitos fundamentais, como a vida e a liberdade, os operadores do Direito não só desenvolveram mais a literatura, como teorizaram quanto à flexibilização, ainda que mais reticentes com o tema.

Apontam os penalistas que a vedação da prova ilícita teria dois principais objetivos. O primeiro seria o efeito dissuasório (*deterrence effect*) sobre os agentes, que seria o efeito de evitar futuras violações de direitos fundamentais. Já o segundo, a integridade judicial (*judicial integrity*), seria manter o padrão ético da atuação estatal;⁵⁰ ou seja, a vedação da prova ilícita da

⁴⁹ Por exemplo, a hipótese de uma avó que grava escondida uma conversa da filha com a amiga em que relata o prazer que ela e seu marido têm em maltratar o filho. Tradicionalmente ilícita a gravação por violar a privacidade – talvez imagem se por vídeo – da comunicação entre a mãe e a amiga, mas que do ponto de vista proposto da restrição do conceito a violação exclusivamente a direitos fundamentais ou aspectos constitucionais não seria, uma vez que a partir da regra da ponderação seria admitida no processo de guarda que a avó movesse para proteger o neto, pois seria (i) adequada se considerássemos que é um meio fidedigno de se provar uma confissão, que jamais seria revelada em circunstâncias normais; (ii) necessária, se considerarmos que avó não teria outro meio idôneo de se provar, visto que existem meios de maus tratos que não deixam vestígios, como por exemplo a privação de sono, a exposição a conteúdos torturantes, e por se tratar de uma criança o depoimento não seria preciso e nem confiável para influir um perito ou juiz; e (iii) proporcional em sentido estrito, se considerarmos que a proteção do menor se sobrepõem aos prazeres dos pais.

⁵⁰ CABELEIRA, Carlos Vinicius Soares Cabeleira. **Prova Ilícita no Processo Civil**. Vitória, 2010, 174 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Universidade Federal do Espírito Santo. p. 58.

forma como é, tanto evita a sua produção, quanto mantém um padrão de atuação do Estado, ainda que muitas vezes não implique no retorno mais adequado as situações.

O Código Processual Penal incluiu uma vedação mais enfática às provas ilícitas, se comparado com o Processo Civil, no seu artigo 157, ainda que atualmente, após a reforma da Lei nº 11.680 de 2008, também tenha incorporado algumas teorias, doutrinárias e jurisprudenciais, que amenizavam a vedação, ou melhor, excepcionavam de forma taxativa, a referida vedação, *ipsis litteris*:

*“Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, **assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.** § 1º São também inadmissíveis **as provas derivadas das ilícitas**, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente § 4º (VETADO) § 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.⁵¹”* (grifos nossos)

Assim, inicialmente, criando um sistema totalmente contrário à prova ilícita e, posteriormente, contrário à utilização, mas com algumas ressalvas, reconheceu as exceções construídas doutrinariamente e jurisprudencialmente como de melhor satisfazer o equilíbrio entre a garantia e a efetividade da justiça no caso concreto.

Nesse prisma, duas questões se avultam antes de expor as referidas exceções. A primeira, seria que muitos chamam essa incorporação de “descontaminação da prova ilícita”, mas que, por melhor que seja o nome atribuído, na verdade trata-se de um movimento de tentar

⁵¹ Incluído pela Lei 13.964, de 2019 (Pacote Anticrime)

limitar os efeitos da amplitude dessa vedação que, como já abordado, mantendo-se a tradicional interpretação de “norma” deveria ser: tudo ou nada; ainda que em muitas situações se configure grave injustiça. E a segunda, é a influência norte americana na questão da prova ilícita, posto que todo o seu arcabouço legislativo e teórico – regra da exclusão (*exclusionary rule*) da Quarta Emenda, a extensão das provas derivadas com a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*fruits of the poisonous tree*) e as posteriores limitações – impactaram diretamente o sistema legal pátrio e a doutrina nacional, conforme exporemos a seguir, a partir da exposição das referidas teorias aqui incorporadas.

Nessa lógica, é imperioso iniciar com a famosa teoria que ampliou significativamente a questão da prova ilícita. A teoria norte americana dos Frutos da Árvore Envenenada (“*fruits of the poisonous tree*”), na qual a Suprema Corte Americana, no caso *Silverthorne Lumber Co. Vs. United States (1920)*, considerou ilícito o uso de provas decorrentes da atividade ilícita da autoridade policial. No julgamento entendeu-se que os agentes federais, ao copiarem irregularmente os livros fiscais da empresa para provarem a sonegação de tributos federais estariam violando a Quarta Emenda IV⁵² da Constituição norte americana. De modo que essa conduta inadmissível por parte do Estado feria os direitos dos cidadãos e, conseqüentemente, não poderia ser permitida, ao passo de consolidarem a inadmissibilidade de qualquer prova ilícita ou derivada dela ou de atuação ilícita do agente estatal.

Teoria amplamente difundida e incorporada no ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, destacamos o Informativo nº 30 do Supremo Tribunal Federal⁵³, que é cristalino em destacar essa influência da doutrina estrangeira no entendimento do Tribunal desde 1996, e a

⁵² “*Amendment IV: The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*” (Tradução Livre: “Emenda IV: “O direito das pessoas de estarem seguras em suas pessoas, casas, papéis e pertences, contra buscas e apreensões não razoáveis, não deve ser violado e nenhum mandado deve ser emitido, salvo causa provável, apoiado por juramento ou afirmação, e particularmente descrevendo o local a ser revistado e as pessoas ou coisas a serem apreendidas”)

⁵³ Informativo nº 30 do STF: **Frutos da Árvore Envenenada**. A prova ilícita contamina as provas obtidas a partir dela. Com fundamento na doutrina dos “frutos da árvore envenenada”, o Tribunal determinou, por maioria de votos, o trancamento de ação penal por crime de tráfico de entorpecentes, em que o flagrante - apreensão de 80 quilos de cocaína - e demais provas só foram possíveis em virtude de interceptação de ligações telefônicas autorizadas pelo juiz. Aplicação do art. 5º, LVI, da CF (“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”). Necessidade da regulamentação do art. 5º, XII, da CF (“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”). Vencidos os Ministros Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves. Precedente citado: *HC 69912-RS (DJ de 26.11.93)*. *HC 73.351-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, 10.05.96*.

redação categórica do §1º do artigo 157: “*são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas*”.

Contudo, com o passar do tempo percebeu-se que diante da complexidade dos crimes ou da situação no caso concreto de grave injustiça, necessário modular essa doutrina. Nas palavras de Paulo Fernando Silveira:

“Com o correr do tempo, as cortes mais conservadoras que sucederam à de Warren (1959-1969) restringiram a amplitude da doutrina dos frutos da árvore envenenada, de modo que a condenação passou a subsistir, apesar da prova obtida por meio ilegal, dependendo de sua relevância ou da capacidade confirmatória das demais.”⁵⁴

De maneira que a prova ilícita passou a ser admitida por exceções construídas para “limitar a contaminação do vício”, ou como preferimos, assegurar a efetividade da justiça no caso concreto. Com efeito, onze teorias limitaram ou excepcionaram a prova ilícita na seara penal: (I) Teoria da Fonte Independente (“*Independent Source*”); (II) Teoria da Descoberta Inevitável (“*Inevitable Discovery*”); (III) Teoria da Limitação da Contaminação Expurgada (“*The Purged Taint Limitation*”); (IV) Teoria da Limitação da Boa-Fé (“*Good-faith Doctrine*”); (V) Teoria da Expectativa Legítima (“*Legitimately on the Property*”); (VI) Teoria da Exceção da Impugnação (“*Impeachment Exception*”); (VII) Teoria do Erro Inofensivo (“*Harmless Error*”); (VIII) Teoria do Encontro Fortuito ou Casual de Provas (Serendipidade); (IX) “Teoria das Excludentes de Ilícitudes”; (X) “Teoria da Exceção da Administração Pública”; e (XI) Teoria da Regra da Proporcionalidade;

A Teoria da Fonte Independente (“*Independent Source*”) implica na possibilidade de recondução da prova ilícita a uma outra prova nos autos, ou seja, se a prova originária for declarada ilícita a secundária poderá ser aproveitada se puder ser remetida a outra prova lícita. No caso *Bynum Vs. United States (1960)* a Suprema Corte Americana reconheceu como ilícita a associação das digitais identificadas em um crime a uma prova datiloscópica obtida do acusado em uma prisão ilícita, mas em um novo julgamento ao relacionar as impressões digitais

⁵⁴ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal: due process of law**. 3ª ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 372

a um antigo arquivo do FBI (*Federal Bureau of Investigation*), que foi legalmente obtido, considerou-se válida a associação para condenar por aquele crime.⁵⁵

A Teoria da Descoberta Inevitável (“*Inevitable Discovery*”) implica na supressão da ilicitude se for hipoteticamente certo que a prova seria descoberta, independentemente da prova ilícita que a antecedeu. Isso significa que a prova então ilícita seria descoberta licitamente mesmo que a ilícita não tivesse ocorrido, tal como no caso que a originou, *Nix vs. Williams* (1984), em que o corpo da jovem Pamela Powers de 10 anos seria encontrado, independentemente da indicação do local pelo assassino Robert Williams enquanto era conduzido na viatura pelos policiais, uma vez que 200 voluntários ajudavam nas buscas pelo corpo na cidade de Des Moines, Iowa.⁵⁶

⁵⁵ No HC 83.921/RJ encontramos a aplicação do mesmo raciocínio, qual seja a remessa a uma outra fonte: “**EMENTA; HABEAS-CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINARIO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NA FASE INQUISITORIAL. INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADE. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS SUBSEQUENTES. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROVA AUTÔNOMA. 1. Eventuais vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal. O reconhecimento fotográfico, procedido na fase inquisitorial, em desconformidade com o artigo 226, I, do Código de Processo Penal, não tem a virtude de contaminar o acervo probatório coligido na fase judicial, sob o crivo do contraditório. 2. Inaplicabilidade da teoria dos frutos envenenados (fruits of the poisonous tree). Sentença condenatória embasada em provas autônomas produzidas em juízo. 3. Pretensão de reexame da matéria fático-probatória. Inviabilidade do writ. Ordem denegada.**” (STF - HC: 83921 RJ, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 03/08/2004, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 27-08-2004 PP-00070 EMENT VOL-02161-02 PP-00209 RTJ VOL-00191-02 PP-00598). (grifos nossos)

⁵⁶ O Supremo Tribunal Federal reconheceu o acolhimento da teoria no HC 91.867-PA: “**HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÉU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA. 1. Inépcia da denúncia. Improcedência. Preenchimento dos requisitos do art. 41 do CPP. A denúncia narra, de forma pormenorizada, os fatos e as circunstâncias. Pretensas omissões – nomes completos de outras vítimas, relacionadas a fatos que não constituem objeto da imputação – não importam em prejuízo à defesa. 2. Ilicitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corrêu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (fruit of the poisonous tree), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso**

A Teoria da Limitação da Contaminação Expurgada (“*The Purged Taint Limitation*”) ou Teoria do Nexo Causal Atenuado⁵⁷ implica na possibilidade de romper o vício que conecta a prova originária e a derivada, ou seja, expurgar, limpar, o veneno que comprometeria a prova derivada. No caso, *United States vs. Ceccolini (1978)*, a Suprema Corte Americana considerou que o depoimento de livre e espontânea vontade de uma testemunha não seria afetado por uma inspeção policial ilegal. Precisamente, entendeu-se que a visita do policial Ronald Biro à loja de sua conhecida Hanessey, fora do horário de serviço e que por curiosidade viu sobre o balcão documentos que comprovavam as suspeitas de jogos de azar no local, informou a seus colegas de plantão o fato, que já investigavam e realizaram a operação policial para o flagrante, não teria o condão de anular as demais provas, pois Hanessey ainda assim depôs de livre e espontânea vontade sobre fatos que corroboravam a condenação.

Não obstante, foi no caso *Brown v. Illinois (1975)*, que a referida Corte desenvolveu os critérios para a expurgação da contaminação do fruto da árvore envenenada. Em análise, a Suprema Corte Americana entendeu que ao informar o detido, Sr. Brown, do direito de permanecer em silêncio rompeu-se o nexo entre sua prisão infundada - entrar no seu apartamento sem motivo aparente - e as declarações no documento de confissão elaborado após a prisão. Com efeito, ocorrendo a parametrização das possibilidades de descontaminação (i) a existência de um largo espaço de tempo entre a ilegalidade e a obtenção da prova; (ii) a

normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º. 3. Ilícitude da prova das interceptações telefônicas de conversas dos acusados com advogados, ao argumento de que essas gravações ofenderiam o disposto no art. 7º, II, da Lei n. 8.906/96, que garante o sigilo dessas conversas. 3.1 Nos termos do art. 7º, II, da Lei 8.906/94, o Estatuto da Advocacia garante ao advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia. 3.2 Na hipótese, o magistrado de primeiro grau, por reputar necessária a realização da prova, determinou, de forma fundamentada, a interceptação telefônica direcionada às pessoas investigadas, não tendo, em momento algum, ordenado a devassa das linhas telefônicas dos advogados dos pacientes. Mitigação que pode, eventualmente, burlar a proteção jurídica. 3.3 Sucede que, no curso da execução da medida, os diálogos travados entre o paciente e o advogado do corrêu acabaram, de maneira automática, interceptados, aliás, como qualquer outra conversa direcionada ao ramal do paciente. Inexistência, no caso, de relação jurídica cliente-advogado. 3.4 Não cabe aos policiais executores da medida proceder a uma espécie de filtragem das escutas interceptadas. A impossibilidade desse filtro atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira de a esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser interceptado e gravado. Valoração, e eventual exclusão, que cabe ao magistrado a quem a prova é dirigida. 4. Ordem denegada.” (STF - HC: 91867 PA, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 24/04/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012 (grifo nosso).

⁵⁷ DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal**. 1ª edição. São Paulo: Millenium, 2008. P. 137

intervenção de fatores independentes e adicionais; e (iii) o grau de ilegalidade na conduta do agente policial.

A Teoria da Limitação da Boa-Fé (“*Good-faith Doctrine*”) consiste na validação de provas colhidas em violação dos direitos de privacidade por agentes policiais de boa-fé. Isso significa que a partir do julgamento de *United States vs. Leon (1984)* e *Massachusetts vs. Sheppard (1984)* a Suprema Corte Americana entendeu que a ação de policiais de boa-fé, munidos de um mandado de busca e apreensão defeituoso, não prejudicaria as provas colhidas, uma vez que agiram crendo estarem legitimados por um mandado judicial sem vícios.

A Teoria da Expectativa Legítima (“*Legitimately on the Property*”) implica na necessidade de se ter uma expectativa legítima de direito para arguir a ilicitude da prova. No caso *Rakas vs. Illinois (1978)* a Suprema Corte Americana entendeu que não era possível arguir a ilicitude de uma revista veicular, sob o fundamento da Emenda IV que não havia indícios para isso, se o indivíduo não tinha a propriedade do veículo. Com efeito, uma revista em um carro de aplicativo ou taxi não permitiria que o indivíduo alegasse que não havia motivos para a revista policial que encontrou entorpecentes.

A Teoria da Exceção da Impugnação (“*Impeachment Exception*”), que consiste na possibilidade de utilizar a prova ilícita para impedir um testemunho. No caso *Walder vs. United States (1954)* considerou que a prova ilícita obtida pela polícia em operação ilegal não teria o condão de condenar o peticionário pelo crime de tráfico de drogas, mas serviria para impedi-lo de depor mentindo sobre os fatos. Basicamente, reconhece um valor indireto à prova ilícita, ainda que não seja para condenar.

A Teoria do Erro Inofensivo (“*Harmless Error*”) implica na impossibilidade de um erro insignificante modificar a decisão de um julgamento. No caso *Champan vs. California (1967)* a Suprema Corte Americana entendeu que erros inofensivos não justificam a mudança de um julgamento, ou seja, se um pequeno detalhe contrariar a lei ou prejudicar as demais provas, se considerado insignificante perto do conjunto probatório não justificaria a revisão da decisão do juiz de Primeira Instância. Por certo, se somente uma prova no conjunto probatório for considerada ilícita não justificaria a mudança de julgamento – ainda que essa prova tenha comprometido ou influenciado o juiz ou jurados.

A Teoria do Encontro Fortuito ou Casual de Provas (“Serendipidade”⁵⁸) consiste na obtenção casual de elemento probatório de um crime no curso da investigação de outro. No curso de uma diligência a autoridade policial encontra provas de outro crime que motivaram a sua operação; em outros termos, encontram provas fora do escopo do mandado judicial que legitimava a sua atuação. A valer, seria ilícita a prova produzida fora do escopo do mandado, ainda que seja admitida judicialmente⁵⁹ e divirja a doutrina que a considera ilícita por ser produzida sem autorização judicial⁶⁰ ou lícita pela autoridade policial não poder ignorar o ocorrido⁶¹.

A “Teoria das Excludentes de Ilicitudes”⁶² que implica no reconhecimento das excludentes de ilicitude – legítima defesa e estado de necessidade – como justificadores para a admissão da prova ilícita, uma vez que em nome delas o indivíduo pode se valer desta. Significa

⁵⁸ “A origem do nome remonta à tradução literal da palavra *serendipity*, termo criado em 1754 pelo escritor inglês Horace Walpole, em alusão ao conto persa “Os três príncipes de Serendip”, no qual várias descobertas inesperadas ocorriam no decorrer da estória.” (CAPEZ, Fernando. **Serendipidade: o encontro fortuito de prova**. Consultor Jurídico < <https://www.conjur.com.br/2021-mai-20/fernando-capez-serendipidade-encontro-fortuito-prova> > Acessado em 21.05.2021

⁵⁹ Nesse sentido acusamos o Informativo 869 do Supremo Tribunal Federal: “**Crime achado e justa causa**. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria, indeferiu ordem de “*habeas corpus*” em que se discutia a ilicitude de provas colhidas mediante interceptação telefônica durante investigação voltada a apurar delito de tráfico internacional de drogas. No caso, o juízo de origem determinou a prisão preventiva do paciente em razão da suposta prática de homicídio qualificado. O impetrante sustentou a ilicitude das provas colhidas, a inépcia da denúncia e a falta de justa causa para o prosseguimento da ação penal. O Colegiado afirmou que a hipótese dos autos é de crime achado, ou seja, infração penal desconhecida e não investigada até o momento em que se descobre o delito. **A interceptação telefônica, apesar de investigar tráfico de drogas, acabou por revelar crime de homicídio**. Assentou que, presentes os requisitos constitucionais e legais, a prova deve ser considerada lícita. Ressaltou, ainda, que a interceptação telefônica foi autorizada pela justiça, o crime é apenado com reclusão e inexistiu o desvio de finalidade. No que se refere à justa causa, considerou presente o trinômio que a caracteriza: tipicidade, punibilidade e viabilidade. A tipicidade é observada em razão de a conduta ser típica. A punibilidade, em face da ausência de prescrição. E a viabilidade, ante a materialidade, comprovada com o evento morte, e a autoria, que deve ser apreciada pelo tribunal do júri. Vencido o ministro Marco Aurélio, que deferiu a ordem. Pontuou não haver justa causa e reputou deficiente a denúncia ante a narração do que seria a participação do paciente no crime. HC 129678/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, 13.6.2017”. (HC-129678)

⁶⁰ Aury Lopes Jr. argumenta: “**Em que pese a maior parte da doutrina que trata do tema admitir que a prova obtida (mediante desvio causal) seja o starter de uma nova investigação, há que se ponderar o seguinte: se usarmos a prova obtida com desvio causal, ainda que a título de conhecimento fortuito, estaremos utilizando uma prova ilícita derivada**. Isso gera um paradoxo insuperável: a prova ilícita (despida de valor probatório, portanto) em um processo, mas vale (ria) como notícia-crime em outro... Ora, partindo do Princípio da Legalidade, a investigação tem que se iniciar a partir de prova lícita e não de uma prova ilícita, sob pena de contaminarmos todos os atos praticados na continuação” (JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 18ª edição, ed. SaraivaJur, 2021, p. 439.)

⁶¹ Eugênio Pacelli: “Ora, não é a conexão que justifica a lícitude da prova. O fato, de todo relevante, é que, uma vez franqueada a violação dos direitos à privacidade e à intimidade dos moradores da residência, **não haveria razão alguma para a recusa de provas de quaisquer outros delitos, punidos ou não com reclusão**” (PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25ª edição. Atlas, 2021, p. 287)

⁶² MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 104-5.

que as referidas provas deixam de ser ilícitas porque os indivíduos estariam agindo em legítima defesa ou estão em estado de necessidade, ao passo da conduta se tornar justificável, ou seja, perdem a ilicitude que seria contrariar o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. Na medida em que a referida proibição não pode servir de escudo para a prática de atividades ilícitas e nem impedir a sanção por atos criminosos, que seria a consequência de impedir, por exemplo, a vítima de extorsão de gravar sem consentimento o criminoso que lhe aplica o golpe ou o menor que é vítima de maus tratos ou sevícias o seu agressor, consequentemente, sobrepujando a vedação da prova ilícita a dignidade das vítimas.

A “Teoria da Exceção da Administração Pública” que consiste em excepcionar a vedação da prova ilícita em desfavor de agentes públicos que cometam crime no exercício de sua função. Hipótese que culmina na impossibilidade do agente público arguir violação de privacidade ou intimidade enquanto investido de sua função pública e tratar de assuntos da Administração Pública, posto que os atos estatais são revestidos de publicidade e moralidade. Com efeito, nas palavras de Alexandre de Moraes:

“Será permitida a utilização de gravações clandestinas, realizadas sem o conhecimento do agente público, que comprovem sua participação, no exercício de sua função, na prática de atos ilícitos (por ex: concussão, tráfico de influência, ato de improbidade administrativa), não lhe sendo possível alegar as inviolabilidades à intimidade ou vida privada no trato da res pública; pois, na administração pública não vigora o sigilo na condução dos negócios políticos do Estado, mas sim o princípio da publicidade.”⁶³

E a “Regra da Proporcionalidade” que se utilizada nesse caso implicaria na modulação do princípio da prova ilícita conforme o caso concreto, semelhante ao exposto quando abordamos as reflexões sob a ótica civilista, mas agora com a perspectiva penal. Esta que, por seu turno, importa numa divisão doutrinária em três correntes: **(I)** admite o uso da ponderação em favor do réu; **(II)** em favor do réu e da sociedade; e **(III)** em nenhuma hipótese.

⁶³ MORAES, Alexandre de. **Proibição Administrativa e Provas Ilícitas**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 12, março, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 08 de março de 2021.

A corrente “*Pro Reo*” admite somente a utilização das provas ilícitas em favor do réu. Basicamente, os autores consideram que seria uma falha do sistema constitucional e penal brasileiro, uma afronta à justiça e ao Estado Democrático de Direito, condenar um inocente. Ou seja, ora entre a incompatibilidade com o sistema, ora com a aceitação da aplicação da regra da proporcionalidade com relação à vedação da prova ilícita, a grande maioria da doutrina sustenta que é admissível a prova ilícita para absolver o réu⁶⁴.

Na medida em que Fernando Capez consigna:

*“Entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana.”*⁶⁵

Por outro lado, a corrente “*Pro Societate*” que admite tanto a possibilidade de flexibilização da prova ilícita em favor do réu, quanto em favor da sociedade. Isto a partir da decorrência lógica da natureza de princípio da referida vedação e da complexidade que existem em certos crimes, tal como tráfico transnacional e crimes cibernéticos, que se estruturam em redes sofisticadas para a prática criminosa, ou crimes de grave desordem social como o narcotráfico e as milícias, que tanto inviabilizam a produção de provas lícitas, quanto podem se valer da prova ilícita para se furtar à repressão estatal, pois é inconcebível que os moradores locais discordariam ou deporiam contra os criminosos locais, sob receio de arriscar a própria vida e de seus familiares exigindo certa flexibilização da prova ilícita⁶⁶.

⁶⁴ LACHI, Rômulo. **Exceções à Inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro**. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados. Mato Grosso do Sul. v. 11. n° 22. Jul./dez. 2009. p. 07

⁶⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.306.

⁶⁶ Nesse sentido exemplifica José Carlos Barbosa Moreira e acrescenta: “*se a defesa — a diferença da acusação — fica isenta do veto à utilização de provas ilegalmente obtidas, não será essa disparidade de tratamento incompatível com o princípio, também de nível constitucional, da igualdade das partes?*” (BARBOSA

De modo que Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior tecem a seguinte reflexão:

“Crime gravíssimo que, se concretizado, colocaria em risco a segurança de todo o País poderia ser olvidado porque seu conhecimento teve origem em prova ilícita? A resposta a tais questionamentos é a aplicação do sobredito princípio da proporcionalidade, que **interdita o excesso na aplicação de regras constitucionais.**”⁶⁷ (grifos nossos)

E Norberto Cláudio Pâncaro Avena avança ainda mais, na flexibilização “pro societate”:

*[...] A admissão excepcional da prova ilícita pro societate, quando ausente outra forma de alcançar-se a responsabilização penal nos crimes de mal coletivo (frisa-se: apenas neste caso e observadas as peculiaridades da prova assim obtida), parece justificar-se ainda em questões relacionadas às chamadas prevenção geral e prevenção especial – a primeira sustentada na circunstância de que a ameaça quanto à possibilidade de uso de provas ilicitamente obtidas já consistiria, por si, em espécie de advertência para que os integrantes do grupo social se abstivessem da prática de crimes, já a segunda, dirigida ao delinquente em particular que tenha sido condenado a partir de um critério menos rigoroso de aceitação das provas, para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais.*⁶⁸ (grifos nossos)

Com efeito, nas palavras de Sergio Demoro Hamilton⁶⁹, não havendo razão plausível para que não se sustente a aplicação de igual forma da regra da proporcionalidade, tanto em

MOREIRA, José Carlos. “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”, In: **Temas de direito processual, sexta série**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 113.)

⁶⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 16º ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012, p. 172.

⁶⁸ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquemático**. São Paulo: Método, 2009, p. 409/410.

⁶⁹ HAMILTON, Sergio Demoro. **As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito**. In Processo Penal: reflexões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 265.

prol do réu quanto em prol da sociedade, de modo que a flexibilização é necessária para se evitar injustiças ou efeitos estranhos ao Direito em ambos os cenários: a punição do inocente ou a preservação de um grave crime.

E, a terceira, que não admite sequer a possibilidade de ponderação desse princípio, pois segundo esta corrente a vedação da prova ilícita não comportaria uma modulação, ou melhor, a aplicação da regra da proporcionalidade, como comenta Ada Pellegrini Grinover:

“Embora se aceite o princípio geral da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, propugna-se a idéia de que em casos extremamente graves, em que estivessem em risco valores essenciais, também constitucionalmente garantidos, os tribunais poderiam admitir e valorar a prova ilícita.

À primeira vista, a Constituição brasileira parece impedir essa solução, quando não abre nenhuma exceção expressa ao princípio da proporcionalidade [...]”⁷⁰

José Paulo Sepúlveda Pertence, enquanto Ministro do Supremo Tribunal Federal, proferiu categórico voto afastando a aplicação da proporcionalidade na questão da prova ilícita e desde então é paulatinamente utilizado pela referida corrente como argumento, como posição oficial da Suprema Corte, para contrariedade da flexibilização da prova ilícita. Isso porque segundo tal corrente – embasados no referido acórdão – é explícita a vedação das provas ilícitas e a Constituição não prevê a possibilidade da aplicação da proporcionalidade, ao passo que seria equivocado o emprego de doutrinas estrangeiras⁷¹.

⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Nº 37. Ano 1992. p. 33/37. p. 36.

⁷¹ “I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. **Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação.** III. Gravação clandestina de “conversa informal” do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente – quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental – de constituir, dita “conversa informal”, modalidade de “interrogatório” sub-reptício, o qual – além de realizar-se sem as

Contudo, invocamos a posição de Virgílio Afonso da Silva para refutar a questão:

“A Constituição não prevê a aplicação da regra da proporcionalidade. E, por uma razão lógica, se não prevê, também não pode abrir exceções e dizer quando ela não é aplicável. Se se entende, no entanto, que a regra da proporcionalidade decorre logicamente do fato de direitos fundamentais, em sua maioria, serem princípios, e não regras, não há como tentar afastar a aplicação da regra da proporcionalidade, sob o argumento de que não há previsão constitucional a respeito.”⁷²

E o fato de que em outros momentos, a própria Corte modula a aplicação da prova ilícita, tal como no HC 70.814/SP⁷³ em que o Ministro Celso de Mello modulou o referido princípio,

formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação – nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C. Pr. Pen. – importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogatório formal e, com mais razão, em “conversa informal” gravada, clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como a prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu parente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina – ainda quando livre o seu assentimento nela – em princípio, pare inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (fruit of the poisonous tree). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cujas ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido.” (STF – HC: 80.949 /RJ, Relator: Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 30/10/2001, Primeira Turma, Data de Publicação: Dj 14.12.2001 PP-00026 EMENT VOL-02053-06 PP-01145 RTJ VOL- 00180-03 PP-01001)

⁷² SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **“O proporcional e o razoável”**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002. p. 44/45

⁷³ **“EMENTA: HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVANCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XERÓGRAFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO.** A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato setencial que contém a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei. A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal. A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a

ainda que sem a expressa utilização da regra da proporcionalidade, na medida em que considerou lícita a violação da intimidade dos presos, sem específica ordem judicial, para se evitar outras práticas criminosas, ou seja, ainda que a Constituição não tenha restringido o direito à intimidade e à privacidade aos indivíduos livres, o Ministro entendeu que no caso concreto a distinção ocorria face a outros valores que também incidiriam na análise, praticamente, uma ponderação, na qual priorizou a segurança pública e a efetividade da prestação jurisdicional em obstar a prática de crimes.

Logo, não havendo uma posição consolidada no Supremo Tribunal Federal quanto à impossibilidade de se aplicar a regra da ponderação, bem como exemplos de que o próprio Tribunal aplicou a regra para melhor compatibilizar a garantia em análise com outros princípios também incidentes no caso concreto.

Posição, que entendemos mais acertada, se considerarmos a natureza da referida norma, conforme expusemos. Assim como, a mais adequada para compatibilizar todos os princípios da Constituição e o “fenômeno” da Justiça que analisaremos nos próximos capítulos, que entendemos ser a mais importante justificação para tal entendimento, bem como um importante vetor para a supressão da insegurança do operador do direito quanto à aplicação, ou não, da ponderação.

Sem embargo, não poderíamos deixar de mencionar que em alguns países como Inglaterra, Canadá e África do Sul nem se buscam “exceções” ou teorias para flexibilizar a prova ilícita⁷⁴. Neles se aproveita a prova sob o argumento de que: “*male captum, bene retentum*”, ou seja, já que o mal está feito é melhor aproveitar o bem colhido, de tal modo que se aplica a norma penal a quem lhe é devida, ainda que se puna o responsável pela produção da prova ilícita.

cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus”. (STF, HC 70814 SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO. Publicação: 01/03/1994, grifo nosso).

⁷⁴ ÁVILA, Thiago André Pierobom. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. Brasília, 2006, 295 p. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Brasília. p. 190/196.

Em suma, a utilização da prova ilícita apresenta-se polêmica. Geralmente contra a sua admissão mas, como exposto, em vários episódios entendeu-se a necessidade de flexibilizá-la face à situação do caso concreto. Episódios que muitas vezes implicam não somente na colisão de direitos positivados, mas no conflito de um “ideal de justiça” que reflete o inconformismo com a impunidade ou com a punição desnecessária, ou seja, injusta. Com efeito, a justiça (ou injustiça) do caso concreto é que confronta diretamente com o uso, ou não, da prova ilícita, de modo que é imperioso compreender o que é essa Justiça, que estimula tanto debate e reflexão, para saber qual a melhor opção.

3. TENDÊNCIAS

Antes de avançar no tema da Justiça é interessante mapear algumas tendências quanto ao tema da prova ilícita. Significa refletir sobre alguns encaminhamentos que já ocorrem quando ao tema na doutrina e na jurisprudência.

3.1. Correntes

Inicialmente, é possível considerar-se que diante das várias exceções e posições, formam-se três⁷⁵ grandes correntes quanto ao tema, no Direito brasileiro. Ou seja, em que pese teorias pontuais aplicadas ou as peculiaridades de cada segmento jurídico, civil ou penal, de um modo geral pode-se considerar que existem três posições entre os operadores do Direito.

A primeira seria a corrente restritiva, que não aceita em hipótese alguma a admissão da prova ilícita. Para esse grupo a admissão da prova ilícita em qualquer hipótese implica em uma violação maior do que qualquer fim que se pretende alcançar com a admissão, ainda que pontual, pois é melhor sacrificar a verdade do que direitos.

A segunda é a corrente liberal-permissiva, que admite a utilização da prova ilícita em função de um bem jurídico maior. Tal grupo, por sua vez, entende que o direito à prova, a verdade e a efetiva prestação jurisdicional sobrepõem-se aos bens jurídicos eventualmente tutelados com tal vedação. O interesse público exige a admissão da prova ilícita ainda que se puna quem a produziu, pois não é a admissível ignorar-se a verdade obtida, ainda que por uma conduta reprovável.

E a terceira corrente, majoritária no Brasil, é a intermediária, a qual excepciona a vedação da prova ilícita, ou seja, não reconhece o direito absoluto de prova, mas também não proíbe a utilização da prova ilícita em função de sua relativização em certas circunstâncias, na medida em que admite, em certos casos, a prova ilícita para se evitar o acobertamento do ilícito

⁷⁵ AURELLI, Arlete Inês. **A prova ilícita no processo civil**. In: FREIRE, Alexandre; DELFINO, Lúcio; OLIVEIRA, Pedro Miranda de; RIBEIRO, Sérgio Luis de Almeida (Orgs.). O processo civil nas tradições brasileira e iberoamericana. 1. ed. São José/SC: Conceito, 2014. p.103.

ou a utilização da garantia constitucional para se esquivar da Justiça e corromper a natureza do texto constitucional, ainda que desestimule a prova ilícita e puna o agente que a produziu.

3.2. Jurisprudência

Nesse cenário, podemos perceber a admissão da prova ilícita em casos “excepcionais” pelo Judiciário. Ou seja, em regra não se admite ou se tenta “descontaminar” a prova ilícita, mas em certos temas ainda se encontra a sua admissão em função de um “bem maior”.

Dentre os temas, podemos identificar a exceção da impossibilidade de se utilizar de uma garantia constitucional para a prática do ilícito. Ou seja, não poderia um indivíduo valer-se de uma garantia constitucional para a prática de crimes, tal como no processo 0001117-53.2017.8.26.0544 em que tentou-se valer da proteção à intimidade para anular a prova obtida pela revista vexatória, em resumo, arguindo a ilicitude da referida prova para afastar a responsabilização penal por adentrar em um estabelecimento prisional portando drogas.⁷⁶

Na mesma linha o processo 0124276-65.2007.8.26.0000 em que se arguiu a ilicitude da prova produzida em diligência no âmbito do processo disciplinar por uma suposta violação da intimidade. Todavia, negada a ilicitude pela “vítima” ser um funcionário público e serem do interesse público as suas ações no exercício da atividade pública e, conseqüentemente, implicar na exceção da publicidade durante a atuação como agente público.⁷⁷

⁷⁶ “TRÁFICO DE DROGAS. Apelação ministerial contra sentença absolutória que **considerou prova ilícita a apreensão de 290g que estavam escondidos no canal vaginal da apelada, que pretendia ingressar em unidade prisional como visitante. Necessidade. Revista íntima que era realizada antes da instalação na unidade de alternativa tecnológica. Ponderação de interesses. Impossibilidade de se tolerar que se escude em garantia constitucional para a prática de crimes. Concordância da apelada em se submeter à revista. Único meio disponível para evitar a livre entrada de drogas, telefones e armas em unidades prisionais. Precedentes do STJ. Apelo provido para condenar NADIR pelo crime de tráfico privilegiado às penas de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais 266 dias-multa, deferida a substituição da carcerária por restritivas de direitos.**” (TJSP; Apelação Criminal 0001117-53.2017.8.26.0544; Relator (a): Otávio de Almeida Toledo; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Franco da Rocha - Vara Criminal; Data do Julgamento: 04/06/2019; Data de Registro: 05/06/2019)

⁷⁷ “MANDADO DE SEGURANÇA Procedimento Administrativo Disciplinar - Realização de diligência e exclusão de provas ilícitas - Manobras processuais a retardar e obscurecer as razões pelas quais se instaurou o processo administrativo - Alegado direito à intimidade - Colisão de direitos - Aplicação dos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade — Prevalência do interesse público na apuração de falta funcional - Sentença denegatória mantida - Recurso não provido”. (TJSP; Apelação Com Revisão 0124276-65.2007.8.26.0000; Relator (a): Magalhães Coelho; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Sorocaba - 1ª Vara Fazenda Pública; Data do Julgamento: 15/04/2008; Data de Registro: 25/04/2008)

Assim como, encontra-se a exceção do afastamento da proteção do sigilo das comunicações entre os envolvidos. Isso quer dizer o entendimento de que se um dos interlocutores da conversa gravar a comunicação, mesmo sem o consentimento do outro, isso não importaria em uma ilicitude pelo indivíduo também ser titular do conteúdo daquele diálogo e, conseqüentemente, a exposição para dirimir divergências entra ambos não importar em uma violação de direitos.⁷⁸ Note-se, na seara penal também se estende a exceção por entender-se que a gravação entre as partes pode ajudar a vítima, ao direito de defesa ou até ser o que embasará a notícia crime,⁷⁹ conquanto o induzimento da prática de um crime ou de uma

⁷⁸ “Serviços de administração e locação de imóveis. Indenização por danos materiais. Ação de rescisão contratual de intermediação cumulada com indenização com partes invertidas já julgada em grau de recurso. **Gravação de conversas por uma das partes não é prova ilícita.** Elementos de prova documental, oral e pericial. Falha na prestação dos serviços em relação à manutenção das unidades pelos inquilinos, com obrigação contratual de providências a serem tomadas pela administradora, que não ocorreram. Primeiro laudo pericial objeto de concordância dos réus e posteriormente alterado pelo mesmo perito. Alterações que representam reforma ampla, não condizente com a obrigação de inquilino e vistorias anexas. Primeiro laudo acolhido e condenação imposta. Perdas e danos. Regras dos artigos 402 e 403 do Código Civil. **Crêterios de razoabilidade.** Contabilização de danos que não compreende lucros cessantes hipotéticos por locativos. Recurso parcialmente provido. **A gravação feita por uma das partes, ainda que uma delas não tenha conhecimento, não se afigura como meio ilícito; apenas seria assim se fosse gravação feita por terceiro sem o conhecimento de uma das partes.** A cláusula 6ª do contrato firmado entre as partes prevê que a administradora deve providenciar as medidas extrajudiciais e judiciais cabíveis em relação às obrigações descumpridas pelos locatários, dispondo as exceções constantes da cláusula sete. Logo, não se trata de transferência de responsabilidade pela conservação do imóvel à imobiliária, mera administradora, mas de deveres de administração os quais compreendem vistorias iniciais e finais e é neste ponto que reside a questão, na falha de atuação da administradora e que ensejou prejuízos. Embora a administração dos imóveis não pressuponha a responsabilidade dirigida à conservação, há obrigações em relação à administração da locação, o que inclui a vistoria prévia e final, a notificação do locatário para realizar a adequação, inclusive judicialmente, sendo constatado que a autora agiu diretamente na conservação e manutenção de seus imóveis. No primeiro laudo, que conta com a concordância dos réus, está demonstrado que deveria a administradora ter exigido a regularização pelos inquilinos quando das vistorias, que inclusive contam com as anotações. O segundo laudo abrangiu reforma ampla, que não se atém à obrigação única dos inquilinos a ser exigida pela administradora. O perito foi claro ao constar que as ocorrências encontradas são provenientes de mau uso pelos inquilinos, constando que os materiais, em regra, seguem o mesmo padrão em outras unidades, não sendo encontrados problemas estruturais e as ocorrências descritas são congruentes com os elementos de prova, sendo caso de reconhecer como prejuízo o valor de R\$ 14.223,30, até porque os réus concordaram com o laudo referido. A fundamentação jurídica para os lucros cessantes está nas regras dos artigos 402 e 403 do Código, não se mostrando correto imputar a responsabilidade da administradora por locativos. Os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade impõem as considerações, sendo necessária a observação da situação pretérita, pois o não ressarcimento do dano emergente, por si só, não é suficiente para ensejar a reparação dos lucros cessantes, tampouco na extensão conferida pela demandante.” (TJSP; Apelação Cível 1003188-32.2016.8.26.0322; Relator (a): Kioitsi Chicuta; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro de Lins - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/02/2021; Data de Registro: 01/02/2021)

⁷⁹ “**Gravações de conversas por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal, máxime se a ela se agregam outros elementos de prova.** Pelo princípio da proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade” (HC 33.110-SP, 5.ª T., rel. José Arnaldo da Fonseca, 27.04.2004, v.u., DJ 25.05.2004, p. 318). “De acordo com a jurisprudência dominante, a gravação realizada por um dos envolvidos nos fatos supostamente criminosos é considerada como prova lícita, ainda mais porque serve de amparo da notícia sobre o crime de quem a promoveu. Inocorre o dito flagrante preparado, quando o próprio acusado é quem conduz o ato delituoso, não sendo, portanto, induzido por qualquer ação da vítima” (RHC 14.041-PA, 5.ª T., rel. José Arnaldo da Fonseca, 20.11.2003, v.u., DJ 09.12.2003, p. 296).

confissão normalmente seja desconsiderado por se entender que ocorre a indução e não gravação como um instrumento de defesa⁸⁰.

No entanto, desdobra-se a questão da prova emprestada, ou seja, o aproveitamento de uma prova produzida em um processo no outro. *Prima facie*, a análise da licitude da prova ocorre no processo original⁸¹, que se considera-la lícita não importa em ilicitude ou impossibilidade de utilização no segundo. No entanto, ocorre uma celeuma quando se tenta utilizar no cível uma prova emprestada do penal, em especial, aquelas que versem sobre a quebra do sigilo de comunicações e dados, tal como a interceptação telefônica, conversas privadas de redes sociais ou conteúdos armazenados em dispositivos de dados, uma vez que o texto constitucional somente autorizou a violação judicial desse direito ao sigilo das comunicações e da intimidade no âmbito penal⁸², ou seja, seria lícita no primeiro, mas ilícita no segundo pela disposição constitucional.

TRF-4.ª Região: “**Pacificado é o entendimento dos Tribunais Superiores no sentido de que a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro não é, para fins penais, considerada prova ilícita. Não tendo o colóquio o caráter de sigilosidade, pode ser registrado sem que um dos participantes tenha conhecimento de tal, autorizando-se a utilização desta prova, lícita, em qualquer processo**” (HC 0014689-51.2010.404.0000 - PR, 8.ª T., Rel. Paulo Afonso Brum Vaz, 04.06.2010, v.u.).

⁸⁰ Observa-se o caso das gravações dos diálogos entre o empresário Joesley Batista e o então presidente Michel Temer, que instigou a conversa do suposto ato criminoso com o propósito de alicerçar o seu acordo de delação premiada, mas até então foi considerada ilícita pelo fato de ter ocorrido a indução de uma suposta confissão ou prática criminosa.

⁸¹ “**TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PRELIMINARES – Prova ilícita emprestada. Nulidade por derivação. Inocorrência. Condenação lastreada em provas obtidas de maneira independente. Análise da licitude da prova que compete ao juízo natural do feito em que foi produzida. Elementos de prova utilizados para reforçar a absolvição dos réus quanto ao crime de associação para o tráfico – Cerceamento de defesa em razão do indeferimento de diligência. O juiz é o único destinatário da prova e a ele compete, com exclusividade, a decisão de sua pertinência ou não – Rejeição. MÉRITO – Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Confissão judicial de Anderson Henrique corroborada pelos depoimentos dos policiais militares, tudo em harmonia com o conjunto probatório. Negativa de Hugo isolada. Apreensão de expressiva quantidade de entorpecente (300 tijolos de maconha com peso total de 216,06 quilogramas), além de veículo, dinheiro e petrechos – Condenações mantidas. PENAS e REGIME DE CUMPRIMENTO – Bases no dobro dos mínimos. Quantidade expressiva de entorpecente. Razoabilidade e proporcionalidade – Exclusão da reincidência e reconhecimento da confissão de Anderson Henrique. Redução (1/6) – Inviável a aplicação do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 – Regime inicial fechado – Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (CP, artigo 44, I e III) – Apelo de Anderson Henrique provido em parte para excluir a reincidência, reconhecer a confissão e reduzir as penas. Recurso de Hugo desprovido.**” (TJSP; Apelação Criminal 0004537-12.2019.8.26.0604; Relator (a): Gilberto Ferreira da Cruz; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Sumaré - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 29/10/2020; Data de Registro: 29/10/2020)

⁸² CF: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

Por certo, inconstitucional o empréstimo de referida prova pela literalidade da norma. No entanto, questionável diante da premissa de que não se poderia negar a existência da prova e a eventual verdade que ela releva, que ao se trazer para o âmbito civil poderia culminar em resultado totalmente diferente e, inclusive, mais próximo da melhor prestação jurisdicional.

De modo que a melhor exegese sobre o assunto impõe o dever do juiz cível de reanalisar a licitude da prova. Significa analisar sua real necessidade e fundamentar o afastamento da referida garantia, por meio da ponderação de princípios incidentes, uma vez que tal prova seria ilícita *prima facie*, mas no caso concreto mostrou-se imperiosa, ou melhor, a única forma de se solucionar o litígio ou assegurar a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Registre-se que João Batista Lopes⁸³ entende ser admissível sua utilização desde que **(i)** seja produzida em um processo entre as mesmas partes; **(ii)** tenha sido observado o contraditório na sua produção; e **(iii)** não seja possível provar de outro modo. Assim como, os Tribunais Superiores⁸⁴ já admitem no âmbito das ações civil pública aproveitar-se a prova emprestada do penal se **(i)** autorizada judicialmente e **(ii)** envolvendo as mesmas partes.

Malgrado, entendemos serem adequados os critérios, salvo o de se exigir que sejam entre as mesmas partes. Isso porque, diante da melhor prestação jurisdicional e da Justiça pode ser flexibilizado conforme o caso concreto, uma vez que é possível uma prova emprestada produzida entre outras partes interessar a um terceiro e atingir um bem maior, tal como uma conversa divulgada no processo penal que investigue um pai pela morte da mãe de um menor, cujo conteúdo revele o desprezo desse também pelo filho, mas que por si só não o condenaria no âmbito penal, mas poderia melhor solucionar um processo de guarda entre o pai e os avós maternos, que terceiros no penal e partes no processo de guarda em que entendessem terem

⁸³ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Ed. RT, 2006. P.65-66.

⁸⁴ “**PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – AUTORIZAÇÃO DE COMPARTILHAMENTO DE DEVRAGAÇÕES E LAUDOS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – PROVA EMPRESTADA DA AÇÃO PENAL – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES DO STF E STJ – PREQUESTIONAMENTO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. Conforme o entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, é possível a utilização da interceptação telefônica, produzida em um processo penal, como prova emprestada na ação civil pública, desde que obedeça ao requisito da autorização judicial e que envolva as mesmas pessoas. Despicienda a manifestação expressa de todos os artigos elencados pelo recorrente, haja vista que a matéria posta está sedimentada na orientação do STF e, também, do STJ. Além disso, cumpre considerar o fato de ser restrita à decisão impugnada, a devolutiva do agravo de instrumento”**. (TJ-MT – AI: 00374114120168110000. Relator: Márcio Vidal, Data de Julgamento: 05/09/2016, Primeira Câmara de Direito Público e Coletivo, Data de Publicação: 12/09/2016)

melhores condições de cuidar no neto ou receio de que o fizessem algum mal para este, ainda que não tenha matado a mãe e fosse inocentado, mas somente queira ficar com o filho para incomodar a família materna ou para eventualmente também maltratar o filho conforme fazia com a mãe, mas que não seria provar sem a referida quebra de sigilo de comunicação.

A última exceção normalmente encontrada é a proteção do interesse da criança, ou seja, a partir da proteção integral dos menores tende-se a flexibilizar a admissão da prova tradicionalmente ilícita em função de um bem maior como proteger os infantes, assim como no caso HC 198.386/MG⁸⁵ em que se admitiu uma prova ilícita, interceptação da comunicação de um terceiro, pela escusa de que a genitora tinha o dever de proteger sua filha face a esse terceiro que apresentasse uma mal a esta.

Logo, em síntese, perceptíveis as exceções, ou melhor, tendência da jurisprudência a relativizar a prova ilícita quando se tratar de temas como **(i)** a utilização de um direito constitucional para a prática do ilícito; **(ii)** envolver agentes público no exercício de suas atribuições; **(iii)** entre as próprias partes; e **(iv)** quanto aos interesses das crianças. Por certo, nichos que normalmente o tema da Justiça pesa no equacionamento da melhor prestação jurisdicional.

⁸⁵ “*Penal e processual penal. Agravo Regimental. Recurso Especial. Estupro de vulnerável. Ofensa a dispositivos da CF/88 (LGL\1988\3). Incompetência do STJ. Gravação de conversa pela genitora. Poder-dever de proteção da filha menor. Prova lícita. Produção probatória defensiva. Pleito extemporâneo. Indeferimento. Discricionariedade motivada. Absolvição. Impossibilidade. Reexame de provas. Súmula n. 7 do STJ. I – A esta Corte Superior de Justiça cabe a interpretação e uniformização do direito infraconstitucional federal, não cabendo análise de violação de dispositivo constitucional, sob pena de usurpar a competência do Pretório Excelso, a quem compete decidir sobre matéria constitucional, nos termos do art. 102, III, a, da Constituição Federal, não havendo o que se retratar, bem como prover tal pleito, pelo que mantém a decisão. II – A gravação de conversa, in casu, não configura prova ilícita, visto que não ocorreu, a rigor, interceptação por terceiro, mas uma mera gravação pela genitora utilizando-se do próprio celular, objetivando a proteção da liberdade sexual de absolutamente incapaz, sua filha, na perspectiva do poder familiar, vale dizer, do poder-dever de que são investidos os pais em relação aos filhos menores, de proteção e vigilância. III – Lado outro, ‘o indeferimento fundamentado de pedido de produção de prova não caracteriza constrangimento ilegal, pois cabe ao juiz, na esfera de sua discricionariedade, negar motivadamente a realização das diligências que considerar desnecessárias ou protelatórias’.*” (HC 198.386/MG, 5ª T., rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 02.02.2015.)

3.3. Procedimento

Por conseguinte, no estudo da prova ilícita também se levantam duas questões: **(i)** o legitimado para a arguição da ilicitude da prova? E **(ii)** o procedimento para verificação da ilicitude da prova? Questões sem expressa previsão legal, mas passíveis de resposta a partir da hermenêutica jurídica.

Na primeira questão entendemos que a melhor leitura seria: quem deve arguir a ilicitude da prova? Isso porque é notório que a parte prejudicada irá arguir e o fará se tem direito violado. No entanto, outros atores do processo podem se omitir por não serem diretamente afetados, no caso, o Ministério Público e o Juiz, embora entendamos que têm um dever funcional de fiscalizar e controlar a questão da prova ilícita.

Nesse sentido, sustentamos que tanto o *Parquet* quanto o Magistrado devem arguir e verificar se a prova é ilícita ou não. O primeiro, como fiscal da lei⁸⁶ tem o dever de perseguir a efetivação dela e arguir a ilicitude para a preservação do sistema. Já o segundo, em função de ser o destinatário da prova⁸⁷ e aplicador da lei, tem o dever de assegurar a melhor prestação jurisdicional a licitude da prova, ainda que de ofício.

Note-se o compromisso da devida prestação jurisdicional reflete na impossibilidade de se omitir face à ilicitude da prova, de modo que não se pode confundir neutralidade com a conivência ao ilícito, ao passo que assegurar a licitude da prova ou a motivação na utilização da ilícita é o mínimo esperado de sua função.

Por certo espera-se que combatam a prova ilícita, mas uma vez produzida, se entenderem necessária sua utilização que no mínimo justifiquem a sua utilização e punam os responsáveis pela sua colheita, de modo que não podem se omitir quanto à ilicitude em função do seu *múnus* público, ao passo ser imperioso sua atuação categórica no combate de sua

⁸⁶ CF: “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

⁸⁷ CPC: “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.”

produção, ainda que excepcionalmente, diante do caso concreto, entendam que seja necessária e, conseqüentemente, fundamentem seu entendimento para a excepcional utilização.

Na segunda questão, a resposta depende se é a seara penal ou civil em que se quer analisar a ilicitude da prova. Isso porque no âmbito civil não existe a previsão expressa do procedimento para a verificação da ilicitude da prova, enquanto no penal encontra-se previsto no §3º do artigo 157 do Código de Processo Penal⁸⁸

O referido Código impõe a discussão da ilicitude da prova em um incidente processual. Significa dizer que deve ser apartado do processo principal e analisado em processo paralelo a sua real ilicitude e eventual punição de seus colhedores, daí a possibilidade da crítica doutrinária quanto à real necessidade de se instaurar um incidente, se considerada a umbilical relação com o processo principal, em especial, com o possível mérito da ação.

Todavia, quando se trata da esfera civil a discussão é mais factível, desnecessário motivar o afastamento da norma e somente justificar a opção escolhida, na medida em que se pode recorrer à analogia com o Processo Penal e optar sempre pelo incidente processual ou aderir à interpretação de que dependerá da complexidade do caso concreto a escolha da análise se ocorrerá a discussão no processo principal ou em um incidente.

Nesse cenário, inferimos que a omissão do Código de Processo Civil resulta da vontade do legislador em facultar as partes a escolha de se instaurar ou não um incidente. Isso porque a premissa civilista é mais flexível quanto aos limites da prova, vide o já exposto “moralmente legítimo”, sem olvidar, a comparação a questão da falsidade da prova, que no âmbito civil é

⁸⁸ CPP: “Art. 157. São inadmissíveis, **devendo ser desentranhadas do processo**, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, **facultado às partes acompanhar o incidente**. § 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.”

facultado à parte instaurar ou não o incidente⁸⁹, enquanto no penal também é na linha da obrigatoriedade do processamento em apartado.⁹⁰

Por certo, no Direito Processual Penal opera a obrigatoriedade de processamento em um incidente, enquanto no Direito Processual Civil ocorre a faculdade das partes em optar, ou não, por instaurar um incidente processual. De modo que no primeiro segue-se a lei, ainda que eventualmente se questione o seu conteúdo, enquanto no segundo se aplica o critério da conveniência e da necessidade, ou seja, conforme a análise do caso apura-se a necessidade de instaurar um incidente ou não, visto que se for algo gritante ou conveniente de discutir no processo principal analisa-se no mesmo ou se for algo complicado ou que exija a produção de outras provas ou perícias instaura-se um incidente para se evitar a desorganização do principal.

Não obstante, ser uma análise do magistrado, mas possível de manifestação da parte. Nesse sentido, não só quanto à instauração, ou não, do incidente ou até de impugnação quanto à discordância da decisão do magistrado discute-se no principal ou no incidente. Na medida em que tanto no processo penal, quanto no processo civil, o recurso cabível para decisão sobre a

⁸⁹ CPC: “Art. 436. A parte, intimada a falar sobre documento constante dos autos, poderá: III - suscitar sua falsidade, com **ou** sem deflagração do incidente de arguição de falsidade;”

⁹⁰ CPP: “Art. 145. Argüida, por escrito, **a falsidade de documento** constante dos autos, o juiz observará o seguinte processo: I - **mandará autuar em apartado a impugnação**, e em seguida ouvirá a parte contrária, que, no prazo de 48 horas, oferecerá resposta;”

instauração do incidente ou não da prova ilícita seria a apelação, posto que o rol taxativo⁹¹ do recurso em sentido estrito⁹² e do agravo de instrumento⁹³ não trazem a previsão desta hipótese.

Registre-se que a resposta a essa afirmação poderia ser diferente se o rol de cabimento dos referidos recursos não fosse considerado taxativo, ou seja, comportasse a extensão em casos similares. Isso porque em essência, se considerarmos que a decisão que decide sobre o incidente ou não da prova ilícita não é terminativa, não atinge o mérito, conseqüentemente, ela seria interlocutória e, justamente por isto, seriam cabíveis os referidos recursos que normalmente são contra decisões interlocutórias.⁹⁴

⁹¹ Nesse sentido: (I) **“RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO – DECISÃO QUE DETERMINOU O DESENTRANHAMENTO DA PROVA ILÍCITA – NÃO CABIMENTO DO PRESENTE RECURSO – ART. 581 DO CPP – ROL TAXATIVO – RECURSO NÃO CONHECIDO E, DE OFÍCIO, FIXA-SE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AO DEFENSOR NOMEADO. Não cabe recurso em sentido estrito da decisão que determina o desentranhamento da prova ilícita.”** (TJ-PR- RECSSES: 7288071 PR 0728807-1, Relator: Marcus Vinicius de Lacerda Costa, Data de Julgamento: 17/02/2011, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 590); (II) **“AGRAVO DE INSTRUMENTO. Recurso interposto pelos réus contra decisão que afastou preliminares de ilegitimidade passiva, indeferiu pedido de desentranhamento de provas e postergou o exame das preliminares de prova ilícita e de falta de interesse de agir, para serem analisadas juntamente com o mérito. Hipótese que não se enquadra no rol taxativo do art. 1.015 do CPC e ausência de conteúdo decisório. Agravo não conhecido.”** (TJ-SP 2183964-69.2017.8.26.0000, Relator: Carlos Dias Motta, Data de Julgamento: 18/10/2017, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 20/10/2017)

⁹² CPP: **“Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: I - que não receber a denúncia ou a queixa; II - que concluir pela incompetência do juízo; III - que julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição; IV - que pronunciar o réu; V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante; VI - Revogado pela Lei nº 11.689, de 2008; VII - que julgar quebrada a fiança ou perdido o seu valor; VIII - que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade; IX - que indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade; X - que conceder ou negar a ordem de habeas corpus; XI - que conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena; XII - que conceder, negar ou revogar livramento condicional; XIII - que anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte; XIV - que incluir jurado na lista geral ou desta o excluir; XV - que denegar a apelação ou a julgar deserta; XVI - que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial; XVII - que decidir sobre a unificação de penas; XVIII - que decidir o incidente de falsidade; XIX - que decretar medida de segurança, depois de transitar a sentença em julgado; XX - que impuser medida de segurança por transgressão de outra; XXI - que manter ou substituir a medida de segurança, nos casos do art. 774; XXII - que revogar a medida de segurança; XXIII - que deixar de revogar a medida de segurança, nos casos em que a lei admita a revogação; XXIV - que converter a multa em detenção ou em prisão simples. XXV - que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A desta Lei.”**

⁹³ CPC: **“Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de descon sideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; XII - VETADO; XIII - outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário”.**

⁹⁴ Nessa linha, apontamos: (I) **“PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. CABIMENTO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA NAS HIPÓTESES DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (ART. 366, CPP). INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO**

Logo, analisadas as principais controvérsias procedimentais da prova ilícita, podem ocorrer respostas divergentes, conforme a premissa ou inclinação que se tome no processo de interpretação, conforme apresentamos.

3.4. Existência, Validade e Eficácia

Muito se fala sobre a validade da prova ilícita, ou melhor, da invalidade da prova ilícita. No entanto, entendemos que a questão da prova ilícita e o fenômeno da Justiça melhor se resolvem se considerarmos os três planos da teoria ponteana.

Significa dizer que a teoria de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda aplica-se integralmente ao tema, ainda que tenha sido criada para o estudo do negócio jurídico. Isso

INCISO XI DO ART. 581 DO CPP. 1. Tendo em conta que o art. 3º do Código de Processo Penal admite expressamente tanto a realização de interpretação extensiva quanto de aplicação analógica na seara processual penal, a jurisprudência tem entendido possível a utilização de interpretação extensiva para se admitir o manejo do Recurso em Sentido Estrito contra decisões interlocutórias de 1º grau que, apesar de não constarem literalmente no rol taxativo do art. 581 do CPP, tratam de hipótese concreta que se assemelha àquelas previstas nos incisos do artigo. Exemplos disso se tem no cabimento de recurso em sentido estrito contra a decisão que não recebe o aditamento à denúncia ou à queixa (inciso I do art. 581 do CPP) e na decisão que delibera sobre o sursis processual (inciso XI do art. 581 do CPP). 2. "Cabe a aplicação analógica do inciso XI do artigo 581 do Código de Processo Penal aos casos de suspensão condicional do processo, viabilizada, aliás, pela subsidiariedade que o artigo 92 da Lei nº 9.099/95 lhe atribui". (REsp 601.924/PR, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/09/2005, DJ 07/11/2005, p. 339 e REsp 263.544/CE, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2002, DJ 19/12/2002, p. 457). 3. Situação em que, não encontrado o réu, o processo penal foi suspenso, conforme determina a primeira parte do art. 366 do CPP, e o Ministério Público pugnou pela oitiva das testemunhas da acusação, ao argumento de que o decurso do tempo pode causar relevante prejuízo à lembrança que elas têm dos fatos, prejudicando o objetivo da persecução penal. 4. Cabível o manejo de recurso em sentido estrito contra decisão que ordenar a suspensão do processo, as providências de natureza cautelar advindas de tal decisão devem, como ela, ser impugnáveis pelo mesmo recurso. Por consequência, a decisão interlocutória de primeiro grau que indefere pedido de produção antecipada de provas, nos casos de sursis processual, também desafia recurso em sentido estrito. (...) 5. Embargos de divergência providos, para reformar o acórdão embargado e dar provimento ao agravo regimental do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, para reconhecer o cabimento do Recurso em Sentido Estrito para impugnar decisão que indefere produção antecipada de prova, nas hipóteses do art. 366 do CPP". (EResp 1630121/RN, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2018, DJe 11/12/2018); e (II) "**PROCESSUAL CIVIL. HIPÓTES DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. ROL TAXATIVO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. DECISÃO QUE AFASTA A PRESCRIÇÃO E A DECADÊNCIA. POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO.** 1. É certo que as hipóteses de Agravo de Instrumento trazidas pelo CPC de 2015 são taxativas, mas também é certo que o exegeta pode valer-se de uma interpretação extensiva. 2. A decisão sobre prescrição e decadência é, consoante o art. 487, II, de mérito, não havendo razão para somente permitir a interposição de Agravo de Instrumento da decisão que reconhece os dois institutos. 3. É inadequada a preclusão prematura da decisão que afasta as prejudiciais de mérito elencadas na contestação, razão pela qual, por meio de interpretação extensiva, deve-se reconhecer a possibilidade de interposição de Agravo de Instrumento nesses casos, ou mesmo por interpretação literal, diante do teor do art. 1.015, II, do CPC. 4. Recurso Especial conhecido e provido."

porque ao distinguir que o negócio jurídico/ norma teria diferentes desdobramentos sobre a perspectiva da validade, da existência e da eficácia também permite que consideremos a prova ilícita sob tal perspectiva.

Note-se que o autor pontua “*existir, valer e ser eficaz são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não-ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz.*”⁹⁵ (grifos nossos). De forma que é possível inferir que a prova ilícita pode não valer e ainda sim ser eficaz.

Todavia, algumas considerações iniciais são necessárias. Por exemplo, que o primeiro consiste no plano da existência, o qual em síntese implicaria na existência, ou não, da prova ilícita, que se estamos discutindo é porque ela pode existir e justamente por não se poder negá-la que poucos doutrinadores abordam esse plano ainda que alguns sustentem que ela nem deveria existir no sistema face à exigência de sua remoção.

Segundo, o plano da validade, que é o que mais a doutrina se debruça. Isso porque ou se filia a uma minoria e afirma que ela é válida ou se filia à maioria e afirma que ela é inválida e, conseqüentemente, não se avança no plano da eficácia.

Contudo, como já demonstramos, existe uma tendência a admitir as provas ilícitas em casos excepcionais a partir de uma relativização da prova ilícita. De tal modo que não se afirma categoricamente a licitude da prova, mas se admite a sua utilização por um bem jurídico maior.

Por certo, não se pode vislumbrar alguém que sustente integralmente a validade da prova ilícita, mas alguns que diante de sua relativização admitam que ela possa produzir efeitos. Ou seja, ainda que não se reconheça a sua validade se reconhece implicitamente que ela pode produzir efeitos ou ter uma outra análise a partir do plano da eficácia e, conseqüentemente, por isso se faz interessante a inspiração na teoria ponteana ainda que pelo seu rigor científico não seria possível avançar para tal plano diante da invalidade constatada no plano anterior, ou melhor, no degrau anterior da escada ponteana.⁹⁶

⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 1999/2000. Tomo IV, § 359.1, p. 48.

⁹⁶ DUARTE, Nestor. **Da invalidade - Nulidade e Anulabilidade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Civil. Rogério Donnini, Adriano Ferriani e Erik Gramstrup (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica

Sem embargo, uma pontuação quanto à distinção da referida invalidade, porque diante da inspiração na teoria civilista faz-se interessante a consideração nesse aspecto que fazem ainda que integralmente não aplicável.

Significa dizer: o desdobramento da invalidade em uma nulidade absoluta ou relativa pode ser aplicável ao presente objeto de estudo. De forma que se considerarmos os elementos aplicáveis ao caso e as considerações já tecidas até aqui a prova ilícita seria nula, ou melhor, geraria uma nulidade absoluta.

Isso a partir dos principais elementos da nulidade absoluta⁹⁷, que em adaptação implicaria (I) no interesse público da arguição da ilicitude da prova; (II) na impossibilidade de admissão integral; (III) na possibilidade de arguição de qualquer uma das partes e no dever de arguição do Ministério Público e do Juiz; (IV) na discussão em uma ação apartada com efeitos *ex tunc*; e (V) na possibilidade de reconhecimento a qualquer tempo sem a sujeição aos efeitos prescricionais ou decadenciais;⁹⁸

E, terceiro e mais importante para o tema, o plano da eficácia. O plano em que se considera os efeitos que se produz no mundo fenomênico, ou seja, na vida real.

Nesse sentido, portanto, por mais que se tente negar a prova ilícita sempre produz efeitos. Pode até não ser admitida pelo Direito ou refutada por alguns acadêmicos, mas inegavelmente ela pode trazer à baila fatos que aproximam o processo da verdade real ou, principalmente, tocam o espírito da Justiça que reside em todos os indivíduos, em todos aqueles que depositam suas esperanças na vida em sociedade, no Estado e no processo como meio de pacificação social e satisfação da Justiça.

Com efeito, sendo indiscutível que o conteúdo da prova ilícita produz efeitos no mundo fático, em especial, no aspecto da prestação da tutela jurisdicional, ou seja, em sua efetividade,

de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/481/edicao-1/da-invalidade---nulidade-e-anulabilidade>

⁹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil**. 29ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 598.

⁹⁸ Destaca-se que a classificação como nulidade relativa importaria na adaptação de que (I) a arguição da prova ilícita seria de interesse particular; (II) na possibilidade de convalidação do ato e admissão integral; (III) somente a parte prejudicada poderia alegar a ilicitude; (IV) os efeitos seriam *ex nunc*; (V) teria um prazo decadencial ou prescricional (previsto especificamente ou sujeito ao geral)

uma vez que tal conteúdo aproxima do compromisso com a verdade real e a expectativa de Justiça que se deposita no Direito, não se pode negar a eficácia da prova ilícita quando se reconhece tais postulados.

Na medida em que precisamos compreender a extensão desses efeitos, pois como já se demonstrou, em várias circunstâncias admite-se a utilização da prova ilícita, podemos perceber uma eficácia contida na prova ilícita, ou seja, ela produz efeitos, mas face a outros princípios é necessário conter os seus limites.

Entendemos que a prova ilícita, ainda que inválida, produz efeitos dentro de certos limites. Isso porque não se pode negar que a absolvição de um inocente ou a satisfação da Justiça não sejam efeitos ou necessários, ainda que se repudie sua prática.

Logo sendo possível afirmar que ainda que nula a prova ilícita é imperioso o reconhecimento de seus efeitos. Isso tanto para satisfazer a Justiça como sustentado, quanto por uma coerência lógica da posição de quem admite, ainda que excepcionalmente, a prova ilícita.

Assim sendo, indiscutível a existência da prova ilícita e a validade discutível a partir das premissas postas, mas a eficácia inegável da perspectiva fática, lógica e com base na Justiça, a questão se põe quanto aos limites da prova ilícita.

Limites, que sinalizamos quanto à impossibilidade de se violar direitos fundamentais ou contrariar a Constituição. Na medida em que a proposta da compreensão do fenômeno da Justiça se apresenta como um vetor de interpretação para a melhor definição desses limites e do que seria admissível no processo de relativização da prova ilícita para a melhor efetividade do Direito.

4. JUSTIÇA E A RELATIVIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA

4.1. O que é “Justiça”?

Diante do exposto, indaga-se: qual é o conteúdo da ideia de Justiça que se perpetua no discurso da insatisfação com determinadas decisões judiciais? Ou seja, o que seria o fenômeno da Justiça que afeta o Direito e gera aceitação ou inconformismo com determinados resultados, decisões?

Significa investigar a origem da ideia de Justiça e a sua relação com o Direito. Isso, considerando a relação umbilical entre ambos e a constante recorrência daquela como critério de validação deste.

De modo que a abordagem a ser seguida será a das implicações da ideia de Justiça nos dispositivos normativos, ou melhor, como a percepção de Justiça reflete nos instrumentos de coerção e pacificação social, que é o sentido *latu sensu* do Direito. Isso porque ainda que em sociedades primitivas não se encontre um sistema jurídico como o atual, com várias leis, instrumentos processuais, instituições e prerrogativas, todas as sociedades se organizavam com um mínimo de regras para manter a ordem social e reprimir desvios de conduta.

Nesse sentido a associação entre Direito e Justiça remete aos primórdios da civilização humana. A saber, não é possível explicar ou afirmar de forma idônea como o senso de Justiça apareceu no ser humano, mas podemos remontar a milhares de anos a referida associação e ideia, posto que nas primeiras “codificações disciplinares” de que se tem conhecimento já se identifica a ideia de Justiça.

Nas palavras de David Johnston:

“O registro de ideias a respeito da justiça remonta a muitos séculos antes das origens da filosofia, que foi uma invenção grega. Dos diversos reinos que existiram outrora na antiga Mesopotâmia – entres eles Assíria, Acádia, Suméria e a própria Babilônia (na qual os

territórios da Acádia e da Suméria se fundiram) – foram preservadas coletâneas de leis que datam do final do terceiro e do início do segundo milênio a.C. Semelhanças entre essas fontes apresentam uma forte evidência da existência, no terceiro milênio, de um direito consuetudinário mesopotâmico como que superava as divisões políticas. A mais extensa dessas coletâneas é o direito babilônico, às vezes conhecido como Código de Hamurabi, embora ele se pareça mais com uma série de emendas à lei consuetudinária da Babilônia ou com um conjunto de normas do que com um código ou uma coletânea de estatutos.”⁹⁹

Com efeito, permitindo identificar a percepção da Justiça nas primeiras tentativas de organização social, ainda que sem uma formulação teórica do que seria tal ideia ou a uma fonte concreta de seu conteúdo que não fosse a aspiração humana, na medida em que identificamos um compromisso das leis que organizam a sociedade com a Justiça. De modo que desde as disposições do Código de Hamurabi¹⁰⁰ às escrituras hebraicas¹⁰¹ se percebe nas formas de organização social o fundamento da lei na justiça, ou melhor, o propósito daquela nesta.

A partir da vida real percebe-se que a Justiça ora inata ora criação humana seria o único prisma possível de avaliar e regular a sociedade. Uma percepção praticamente instintiva da necessidade de reciprocidade nas relações humanas, ou seja, a necessidade de se estabelecer um equilíbrio na sociedade e nas relações entre particulares que seriam ou poderiam se tornar desarmoniosas e que somente após o equilíbrio ou reequilíbrio permitiria um convívio harmônico entre seus membros.

⁹⁹ JOHNSTON, David. **Breve História da Justiça**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018. p. 17/18.

¹⁰⁰ “Tenho trazido em meu peito o povo da terra da Suméria e Acádia,/ eles se tornaram imensamente ricos sob a guarda de meu espírito,/ eu suportei calmamente seu fardo, / Com minha profunda sabedoria eu os protejo, / Que o forte não oprima o fraco/ **Para [que] se faça justiça ao órfão [e] à viúva [...]**” (grifos nossos) (DRIVER, Godfrey Rolles; MILES, John Charles. **The Babylonian Laws**. Vol. 2. Oxford: Clarendon Press, 1955. p.97)

¹⁰¹ “**O Senhor viu isso e desaprovou o não haver justiça.** / Viu que não havia ajudador algum/ e maravilhou-se de que não houvesse um intercessor [...]/ pôs sobre si a vestidura da vingança/ e se cobriu de zelo, como de um manto. / Segundo as obras deles,/ assim retribuirá;/ furor aos seus adversários e o devido aos seus inimigos;” (grifos nossos) (Isaías, capítulo 59, versículo 15-18) (**A Bíblia Sagrada**. 2ª edição. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida, ed. revista e atualizada no Brasil. São Paulo, Sociedade Bíblica do Brasil, 1993. p. 1000)

De modo que se percebe a sua importância e relevância do tema para o ser humano. Isso se considerado, que ainda que se possa atribuir contornos ou uma esfera mais ampla, o conteúdo essencial da ideia de Justiça se preserva em todos os indivíduos: a reciprocidade.

De forma que David Johnston consigna:

“A noção de reciprocidade parece, portanto, desempenhar um papel fundamental em todas essas antigas concepções de justiça. Na verdade, como indicam estudos de diferentes culturas – que todas as sociedades conhecidas atribuem um peso considerável aos valores que dizem respeito à reciprocidade -, é de esperar que encontremos essa noção incorporada em quase toda a concepção de justiça que esteja firmemente ancorada nas experiências da vida real.”¹⁰²

Ou seja, a partir da expectativa de reciprocidade nas relações ou na relação ação e reação constrói-se uma percepção de Justiça. Esta que, por seu turno, se torna o instrumento de avaliação da vida em sociedade, das regras que se esperam para disciplinar esse convívio harmonioso, e, conseqüentemente, do Direito.

Logo, um tema historicamente caro ao Direito e à Filosofia, que embora tenha abordagem diferente contribui categoricamente para a compreensão daquele sobre o conteúdo deste fenômeno. Isso porque o Direito ainda que compreenda as especificidades dentro da esfera das leis não se pode furtar, para o melhor entendimento, às indagações como a origem, o conteúdo e os limites, mais afetos à área da Filosofia, não obstante, a existência da “Filosofia do Direito” que seria a intersecção dessas duas ciências a que não poderíamos deixar de recorrer para responder as questões aqui propostas.

4.2. Historicidade

¹⁰² JOHNSTON, David. **Breve História da Justiça**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018. P. 34.

Nesse sentido, destacamos as duas principais obras que marcaram o pensamento da fonte da Justiça a de Platão e a de Aristóteles. Ambos, filósofos que preconizaram as duas grandes correntes com relação à origem da Justiça e, conseqüentemente, embasaram as correntes jurídicas que dali decorreram ao relacionar o Direito e a Justiça.

O primeiro, colocando-a como um conteúdo ideal e “impossível” de ser alcançado encabeçaria a posição de que seria algo a ser perseguido pelo Direito e que muitas vezes o ideal do Direito se confundiria com a Justiça por ser o propósito deste¹⁰³. Enquanto o segundo, colocando-a como uma construção humana para a organização social seria o “berço” das ideias de que o Direito poderia construir a Justiça, por ser uma construção humana, com leis e decisões mais justas, ou seja, o Direito como instrumento poderia ser construído, estruturado, de forma mais justa para se atingir esse conteúdo de Justiça.

Platão, a partir da teoria das ideias inatas e da percepção de Justiça como virtude, considerou que esta seria a virtude máxima do ser humano, alcançável pelo seu aperfeiçoamento e, conseqüentemente, melhorando a organização social. Isso significa que a partir do aperfeiçoamento das virtudes humanas (sabedoria, coragem e moderação) e de leis que estimulassem esse desenvolvimento os indivíduos poderiam alcançar a quarta virtude (justiça) e a sociedade, por consequência, seria mais justa.¹⁰⁴

Registra no Livro IV da República o seguinte:

“Na verdade, a justiça é essa espécie de princípio; contudo, um princípio, como parece, não preocupado com o desempenho externo

¹⁰³ “A acusação que às vezes se detecta em alguns autores, segundo a qual o realismo jurídico clássico e o conseqüente jusnaturalismo – Aristóteles, os juristas romanos, Tomás de Aquino – identificam direito e justiça, não tem fundamento. É mais uma amostra da falta de verdadeiro conhecimento do que são a concepção clássica do direito e a noção comum de justiça, falha tão generalizada entre os autores modernos. Segundo a concepção clássica, o direito é o objeto da justiça e, portanto, justiça e direito se distinguem com distinção real. Quem confunde direito e justiça são os autores de inspiração idealista, como os citados” (HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 91/92.)

¹⁰⁴ “A *república* de Platão é a primeira obra sumária de filosofia política de que se tem notícia em qualquer idioma. Escrita em Atenas durante o período intermediário de sua atividade produtiva, A *república*, como outras obras de Platão, é um diálogo – se bem que dominado por Sócrates, mestre de Platão – que se passa várias décadas antes, quando Platão (429-347 a. C.) ainda era jovem e Atenas encontrava-se em meio a uma guerra prolongada com Esparta. Trata-se de um documento surpreendente que expõe uma concepção particular de justiça baseada numa visão radicalmente hierárquica da ordem política.” (JOHNSTON, David. **Breve História da Justiça**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018. p. 45.)

das ações do homem, mas com o desempenho interno, lidando, realmente, com o próprio homem e seus deveres. Como consequência, o homem justo não permitirá que qualquer parte da alma execute o trabalho de seu vizinho, ou que as diversas aptidões existentes nele interfiram umas com as outras; somente tendo de fato deixado sua casa em ordem, e tendo se tornado seu próprio senhor, ele será uma lei para si próprio e estará em paz consigo mesmo, e combinará harmoniosamente os três elementos como se eles fossem três tempos de uma escala musical – o mais baixo, o mais alto e o intermediário – ou quaisquer outros que possam se interpor; e quando ele tiver juntado todos esses elementos, e tiver, sob todos os pontos de vista, se tornado um entre muitos, uma natureza perfeitamente harmonizada, assim equipado ele então partirá para a ação” (443c-e)¹⁰⁵

Com efeito, Platão preconizou o caminho de que a ideia de Justiça adviria de um conceito único ou universal, que todos os indivíduos poderiam tentar alcançá-la, enquanto as leis seriam a forma de facilitar esse encontro. Seria o início de uma percepção “transcendental” do conteúdo da Justiça, que comportaria determinados elementos e afastaria outros, semelhante a um conteúdo “fechado”, como a verdade, que não admitiria modificação ou não existiriam duas iguais.

Enquanto Aristóteles, seu aluno e posteriormente, em “Ética a Nicômaco”, especialmente no Livro V, “*A Política*”, categorizou a Justiça de modo que, além de virtude, seria possível existir uma justiça como construção humana que permitisse a felicidade da sociedade, ou ainda, a melhor organização possível da sociedade.

Na medida em que a organização social estruturada com pessoas diferentes careceria de um equilíbrio para que se tornassem relativamente iguais. Ou seja, “humanizou” a ideia de Justiça como uma construção para a convivência social, na qual o fenômeno da justiça seriam os “ajustes” de equilíbrio na vida em sociedade e nas expectativas com relação a essa forma de organização.

¹⁰⁵ PLATÃO, **A República**. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

Em destaque, Aristóteles registra:

“Quando um homem agride e o outro é agredido, quando um homem mata e o outro é morto, a ação e o sofrimento foram divididos em partes desiguais, e o juiz esforça-se para igualar o lucro e a perda subtraindo do primeiro. Em associações baseadas na troca mútua o elo de união é esse tipo de justiça, a saber, reciprocidade de acordo com uma proporção em vez de uma igualdade aritmética. Na verdade, é por meio da retribuição proporcional que a cidade se mantém unida. As pessoas procuram retribuir o mal com o mal – pois, caso contrário, considerar-se-iam reduzidas à escravidão – ou pagar o bem com o bem, pois, caso contrário, não existe contribuição mútua, e é por meio da contribuição mútua que os homens se mantêm unidos” (1132a – 1133a)¹⁰⁶

Por certo, considerando principalmente a questão da reciprocidade nas relações, assim como o papel do Direito (das leis) nesse equilíbrio e no seu potencial como instrumento para restabelecê-lo ou efetivá-lo.

Isso porque, como visto, a Justiça não estaria somente no plano da virtude e sim, também nas relações sociais. Ela deixaria de ser somente uma “ideia” para ser uma “construção” humana que organizaria a sociedade e possibilitaria a felicidade.

De forma que categoriza a Justiça em total e parcial. Sendo a primeira um atributo da personalidade, virtude que revelamos ao outro e nos move a fazer o certo, e a segunda, a cota ou ônus que a pessoa deve receber. Esta, por seu turno, subdivide-se em distributiva e corretiva que, basicamente, implica a primeira na distribuição dos proveitos da organização social de forma equânime, proporcional, a contribuição do indivíduo, ao passo de tratar de forma desigual os diferentes com o intuito de se atingir a igualdade e a segunda na correção das relações entres os indivíduos quando não se opera de forma adequada, justa.

A última, que é a mais interessante ao objeto deste estudo e do Direito, pois alicerça a raiz do que seria a justiça de um sistema jurídico. De modo que a solução de conflitos sociais é

¹⁰⁶ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Antônio Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

a própria justiça corretiva, pois a correção das desigualdades nas relações entre particulares¹⁰⁷ é a que se serve ao Direito, ou seja, corrige as desigualdades geradas pelas ações humanas na sociedade para assegurar a igualdade entre todos afim de preservar a sociedade pelo respeito, a reciprocidade entre seus membros.

Nesse sentido, ainda que exista um senso de justiça instintivo, também seria possível uma percepção de Justiça pelo que é relevante para a sociedade. Isso significa dizer que a Justiça se perceberia tanto naquilo que é indiferente à existência de regra, como a indignação com relação a um assassinato – justo por natureza –, quanto naquilo que somente a partir da contradição de uma regra geraria um incômodo, como violar o farol de trânsito – justo por convenção.

Logo, justas seriam as ações que preservassem a felicidade social. Esta que estaria ou deveria estar presente nas leis, mas que diante da possibilidade de algumas serem injustas diante de situações específicas culminaria no dever do intérprete, do juiz, de adequá-la ao interesse da equidade, da justiça, no caso concreto.

Significa dizer equilibrar, ou em termos modernos, ponderar a incidência da lei no caso concreto. Isso para que não se viole ou fuja da intenção originária da lei que é restaurar ou estabelecer a reciprocidade, a igualdade entre os particulares, para a harmonia social.

De maneira que as duas percepções quanto à Justiça e sua relação com a lei foram as marcas que embasaram as posições, considerações, quanto à relação entre Direito e Justiça. Com efeito, independente de se considerar a Justiça um ideal ainda que transcendental que se confundiria com o Direito ou uma construção humana de percepções mutáveis que permitiriam a convivência social e a harmonia entre as pessoas, sempre se considerou que a “Justiça” é um elemento essencial para a efetividade do Direito, ou seja, não há sentido nele se não perseguir um propósito de Justiça ainda que de uma fonte transcendental ou convencional.

¹⁰⁷ Pressupõem que as relações são justas, pois somente estariam sujeitas a correção se algo estivesse errado. Para tanto considera que as “transações voluntárias”, como uma compra e venda, as partes chegaram a um acordo para compensar/ equilibrar a transação e se desrespeitado precisaria uma correção. E nas “transações involuntárias” – dividida em com força, como o homicídio, ou sem força, como o roubo – por se pressupor a ausência de consentimento se imporia “de ofício” a necessidade de correção.

4.3. O “propósito” da Justiça

Nessa linha, entendemos que a principal tangência dessas duas visões encontra-se no pensamento de Immanuel Kant. Isso porque ele associou a liberdade à justiça e, esta, como finalidade do Estado e do Direito.

A máxima da liberdade assumiria o lugar de felicidade social e, conseqüentemente, teríamos um objetivo “ideal” mais tangível, pois a premissa de liberdade de todos, ainda que um conceito abstrato, seria verificável no caso concreto com a simples falta de privação de liberdade. Esta que, por seu turno, passou a ser o propósito do Estado e do Direito, pois na sua percepção as pessoas se organizaram socialmente para assegurar esse direito máximo e, conseqüentemente, um Estado e uma lei justa seriam aqueles que assegurassem a liberdade.

Com efeito, a liberdade passaria a ser a premissa da organização social. A organização social, o Estado Civil, passaria a assegurar a liberdade dos indivíduos através da busca da coexistência das liberdades de todos os indivíduos, ou seja, se a intenção é de que todos sejam livres até o limite da liberdade do outro.

Nessa lógica, as leis não poderiam exigir determinadas condutas, mas proibir aquelas que tolhessem a liberdade, ou direito dos outros. De modo que justa seria a sociedade cujos membros respeitassem os direitos um dos outros e se abstivessem de violá-los. Na prática, somente poderia ser lei aquilo que fosse bom para um e para o outro, ou seja, somente aquilo que considerasse justo, aplicável a um e ao outro, poderia se tornar lei, uma lei universal.¹⁰⁸

Logo, colocando a reciprocidade no centro de sua teoria de justiça. A reciprocidade seria a base para as relações justas entre os particulares e para a atuação estatal, em especial, na coerção das condutas que violassem a liberdade e os direitos dos outros.

Nesse sentido, Kant afirma:

¹⁰⁸ “O imperativo categórico é um *imperativo* no sentido de que é um comando, na verdade, uma ordem, que define o que as pessoas podem ou não podem (devem e não devem). Ele é *categórico* no sentido que se aplica a todas as pessoas (na verdade, a toda criatura que é livre e racional), sejam quais forem as aspirações, as intenções ou os objetivos que essa pessoa tenha” (JOHNSTON, David. **Breve História da Justiça**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018. p. 182).

“O princípio da punição é um imperativo categórico, e ai daquele que rasteja pelos meandros do eudemonismo [a teoria de que o objetivo de produzir felicidade deve estar na base dos princípios de moralidade] a fim de descobrir algo que livre o criminoso da pena ou mesmo diminua seu montante [...] Pois, se a justiça desaparecer, a vida do homem sobre a terra não tem mais valor.”¹⁰⁹

Assim, por uma questão de justiça, Kant acreditava ser necessário se atentar tanto para que a pena não fosse branda demais para o culpado, quanto imerecida para um inocente, de modo que a impunidade ou a pena indevida seriam igualmente injustiça grave por violar a premissa da reciprocidade entre a conduta e a repressão.

Por certo, posicionando-se a favor da reciprocidade rigorosamente equilibrada, uma vez que esta é a única forma de assegurar a vida em sociedade respeitando o máximo dos direitos e afastando a desigualdade entre os seus membros: a Justiça residiria nessa intersecção entre ideal humano e o propósito da organização social.

Significa dizer que está na finalidade de viver em sociedade. A Justiça refletiria o âmago das aspirações humanas, o exercício de sua liberdade, e, conseqüentemente, na essência da sua criação: a vida em sociedade. Esta, que por seu turno, somente é possível através do Direito, que organiza as relações humanas e, conseqüentemente, não poderia furtar-se ao seu propósito de efetivar as aspirações humanas, a Justiça.

De forma que David Johnston esclarece:

“A justiça é um conceito. Como todos os conceitos, ela é uma ferramenta inventada e aperfeiçoada por seres humanos (...) Embora possamos aperfeiçoar, rever e até mesmo (potencialmente) transformar o conceito de justiça, ele não é infinitamente maleável, e não somos livres para reinventá-la na forma que desejarmos - ao menos se quisermos que ele trabalhe para nós, como geralmente queremos que

¹⁰⁹ KANT, Immanuel. **The Metaphysics of Morals**. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.p.141.

as ferramentas a façam. Se queremos que as ideias sobre a justiça, em vez de ser reconhecidas e aceitas como invenções arbitrárias, devemos respeitar as percepções que são fundamentais para o senso de justiça. A sensibilidade à reciprocidade nas relações entre seres humanos é essencial para o senso de justiça.”¹¹⁰

A saber, independente do que se considera como Justiça, esta tem um núcleo essencial, um limite de maleabilidade que permite, independentemente da posição que se tenha de “ideal” ou “construção humana”, utilizá-la como parâmetro para a validade das ações sociais, do Estado e das leis, pois sem ele se perderia o sentido do que chamamos de criação humana: a vida em sociedade e o Direito.

Assim sendo, Eduardo Carlos Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida sintetizam:

“A justiça, em face do Direito, está a desempenhar um tríplice papel, a saber: (1) serve como meta do Direito, dotando-o de sentido, de existência justificada, bem como de finalidade; (2) serve como critério para seu julgamento, para sua avaliação, para que se possam aferir os graus de concordância ou discordância com suas decisões e práticas coercitivas; (3) serve como fundamento histórico para sua ocorrência, explicando-se por meio de suas imperfeições os usos humanos que podem ocorrer de valores muitas vezes razoáveis.”¹¹¹

Não obstante a reflexão de Vladimir Jankélévitch, que afasta qualquer dúvida remanescente quanto à Justiça ainda que variável ou não, ao que tudo indica face a essa variedade de compreensões transcenderia a própria essência humana, sendo somente uma descoberta da consciência:

“O ideal não leva em conta as contingências do tempo. A esse respeito, há que distinguir o valor, independente do tempo, e a tomada de

¹¹⁰ JOHNSTON, David. **Breve História da Justiça**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018. p. 274.

¹¹¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2008. p.506.

consciência do valor, que é um fenômeno histórico e psicológico que se situa num momento dado de tempo. Assim, a justiça existe desde sempre, independentemente dos homens, mas só se é justo num dado momento. (...) Em resumo, o ideal advirá um dia na ótica humana, mas, virtualmente, esse ideal é independente do tempo mesmo que não haja ninguém para reconhecê-lo como tal, a essência subsiste mesmo que nenhuma existência a reconheça. Evidenciamos portanto a ambiguidade do ideal: ele é independente do tempo, mas está ligado à consciência que o descobre.”¹¹²

Portanto, sendo possível acompanhar a conclusão dos citados Eduardo Carlos Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida:

“A justiça funciona, enquanto valor que norteia a construção histórico-dialética dos direitos, como fim e como fundamento para a expectativas sociais em torno do Direito. Apesar de a justiça ser valor de difícil contorno conceitual, ainda assim pode ser dita um valor essencialmente humano e profundamente necessário para as realizações do convívio humano (...) é de se admitir que entre as tarefas do jurista se encontra propriamente esta, a discutir o valor da justiça. Neste caminho, o importante não é nem mesmo a solução que se possa encontrar para o dilema, mas a aquisição de consciência a propósito de sua dimensão”¹¹³

Com efeito, não se pode falar em Direito sem refletir sobre a Justiça, que está lhe vinculada de forma que o operador do Direito sempre deve considerar a relação entre Direito e Justiça.

4.4. Diké e Justitia

¹¹² JANKÉLÉVITCH, Vladimir. **Curso de Filosofia Moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.181/182

¹¹³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2008. p.506.

Nesse prisma, não podemos olvidar a percepção histórica da referida relação evidenciada pelos símbolos do Direito e da Justiça. Significa dizer que a relação é tão forte que sempre, na materialização dos dois fenômenos, se encontra a intersecção dos dois.

De maneira que identificamos a tradicional balança e a mulher que a empunha. Isso porque ambos se apresentam como símbolos do Direito, mas especificamente a balança simboliza o equilíbrio, pacificação, almejados pelo Direito e a mulher a deusa da Justiça¹¹⁴ que opera a balança e, conseqüentemente, remete a ideia de que o Direito deve operar a Justiça, evidenciando que a percepção de Justiça de um povo guia o Direito posto.

Percebe-se na representação da deusa da Justiça grega (*Diké*) a percepção de o que Direito ocorre com o equilíbrio entre as partes desiguais e que se igualam (*íson*, de isonomia) a partir da atuação da deusa da Justiça e do Direito, visto a balança igualada após a deusa ver e ouvir as partes e inclusive utilizar a força se preciso através da espada que empunha. Percepção diferente da romana (*Justitia*) que em sua materialização apresenta uma mulher segurando a balança com duas mãos e vendada, pois a efetivação da Justiça e do Direito somente ocorreria com a precisa aplicação da lei, independente de quem fosse a parte ou da necessidade do uso da força, uma vez que a Justiça decorreria da precisa e rigorosa aplicação da lei, que ocorreria no alinhamento perfeito do fiel da balança (*rectum*).¹¹⁵

Não obstante o apontamento de Tercio Sampaio Ferraz Júnior¹¹⁶ quanto à umbilicalidade da relação remeter à origem da palavra Direito, quando aponta que no latim clássico a palavra “*jus*” remetia ao Direito. No entanto, após a percepção romana com “*rectum*”, ou melhor, “*de + rectum*” (reto de cima abaixo), percebe-se uma convergência semântica entre

¹¹⁴ É interessante observar que a deusa da Justiça grega, que depois inspiraria a romana, na mitologia grega era filha de Themis, uma divindade pré-olímpica, filha de Urano e Gaia, que simbolizava a ordem social e a disciplina na Terra. Algo próximo de uma legislação ordenadora pretérita ao ser humano, quase uma ideia arquetípica de Justiça, que, por seu turno viria a ter três filhas: *Eumônia* (a Disciplina), *Eiriné* (a Paz) e *Diké* (a Justiça), que neste caso seria a materialização da própria mãe, que inclusive a nomeou deusa da Justiça. Por certo, induzindo a ideia de que a percepção do que é o correto universalmente implica na disciplina, na paz, e na Justiça, ou melhor, no Direito, que é a materialização desta e, conseqüentemente, daquela ideia universal do que é correto e atribui ordem a toda a sociedade.

¹¹⁵ PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Um diálogo sobre a justiça: a justiça arquetípica e a justiça deontica**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 76.

¹¹⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11ª. Edição. São Paulo: Atlas, 2019. P.12.

“*jus*” e “*derectum*”, ou seja, tanto “*jus*”, quanto “*derectum*”, passaram a se referir ao Direito, assim, importando na modulação semântica a partir da relação simbólica entre Direito e Justiça.

Logo, configurando uma relação (I) histórica, (II) de “propósito” e (III) simbólica entre o Direito e a Justiça. De tal modo que os dois fenômenos se fundem ao ponto de não poderem ser considerados separadamente.

Registram-se as referências do legislador brasileiro à ideia de Justiça. Na já mencionada referência no (1) no Preâmbulo da Constituição¹¹⁷ e, agora complementando, com (2) a restauração da justiça como hipótese de recurso na seara penal¹¹⁸ e (3) a busca pela decisão justa no Código de Processo Civil¹¹⁹. Com efeito, materializando não só a indissociabilidade da Justiça e do Direito, mas principalmente do Direito Brasileiro.

Inequívoca, portanto, a conclusão da relevância do Princípio da Justiça para a solução de qualquer problema hermenêutico do sistema jurídico brasileiro, na medida em que tecidas tais considerações é possível avançar na problemática de como efetivar o Direito no caso concreto, em especial, quando a prova ilícita o compromete, afastando ou ofuscando a Justiça.

4.5. Relativização da Prova Ilícita

Ante do exposto, como compatibilizar a vedação da prova ilícita com a Justiça, com um mínimo de reciprocidade nas relações? Ou seja, como harmonizar estes dois princípios constitucionais e as expectativas com o Direito?

¹¹⁷ CF: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

¹¹⁸ CPP: “Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular; II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior; III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.”

¹¹⁹ CPC: “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

Para tanto, tem-se de fixar o caráter de excepcionalidade da mitigação da prova ilícita. Isso significa dizer que, em regra, é vedada a admissão da prova ilícita, mas em situações excepcionais é necessário para se compatibilizar com outros princípios e direitos constitucionais.

Nesse sentido, Nelson Nery Júnior:

“O texto constitucional parece, contudo, jamais admitir qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito.”¹²⁰

Por certo, significa dizer que não se estimula a produção da prova ilícita ou se afasta a punibilidade de quem a produz. No entanto, se reconhece que em certas situações não há outros meios de se provar o alegado ou a recusa de ser conivente com a impunidade.¹²¹

Significa dizer que em situações excepcionais, ao analisar-se o caso concreto, pode-se fazer necessário admitir a prova ilícita para assegurar um direito do indivíduo ou a compatibilização com outros direitos também assegurados constitucionalmente.¹²²

Nesse prisma, apontamos as considerações de Wilson Antônio Steinmetz:

¹²⁰ NERY JR., Nelson. **Princípios de processo civil na constituição federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.194-195.

¹²¹ Por exemplo, seria descabido não condenar um agressor ou assediador moral mediante uma prova cabal, ainda que ilícita, uma vez que a vítima nunca conseguiria provar se não gravasse de forma escondida e violando a intimidade do agressor. Destacado que seria diferente torturá-lo para confessar face ao comprometimento do meio de produção de prova e a contrariedade a Constituição.

¹²² Por exemplo, sendo inadmissível torturar um molestador para confessar a prática de sevícias com um menor, mas admissível a gravação ilícita que revele tais práticas com o intuito de proteger os direitos da vítima.

“Tratando-se, no caso concreto, de uma colisão de normas constitucionais, normas de mesma hierarquia, ambas válidas, a decisão normativa final, legislativa ou judicial, deverá atender ao imperativo da otimização e da harmonização dos direitos que elas conferem, observando-se os postulados da unidade da Constituição e da concordância prática. [...] a ponderação de bens é o método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito, o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão.”¹²³

Assim como Carlos Ayres Britto que, especialmente, faz o recorte na necessidade de ajuste da lei no caso concreto a partir da Justiça:

“O cérebro humano se manifesta ora como inteligência ora como sentimento, porque as duas coisas juntas são o que ele efetivamente é, também assim o Direito ora se manifesta como justiça da lei (vida pensada) ora como justiça do caso concreto (vida vivida), porque as duas coisas são o que ele efetivamente é. A justiça da lei a ser descoberta pela inteligência (mente, intelecto), a justiça do caso concreto a ser intuída pelo sentimento (alma, coração). (...) Pois não se pode ignorar que o Direito, como ensinava o sergipano Tobias Barreto, “não é só uma coisa que se sabe; é também uma coisa que se sente”. Talvez até uma coisa que se sente em primeiro lugar ou com anterioridade em relação à inteligência, pois não se pode esquecer jamais que o próprio substantivo “sentença” vem do verbo “sentir” (é da poetisa Adélia Prado o juízo de que “o olhar amoroso sobre as coisas descobre um sentido atrás daquilo, na perspectiva final do sentido da vida”)¹²⁴.

¹²³ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 140.

¹²⁴ BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 72/78.

Com efeito, na percepção que, ainda que vedada a prova ilícita, no caso concreto pode ser necessário admiti-la para compatibilizar outros valores constitucionais ou a Justiça, como apontamos, que ainda que vago, possui um núcleo essencial: a reciprocidade.

Nesse prisma, sob a ótica constitucional não importa se a matéria violada é de direito material ou processual, mas que esteja em conformidade com a Constituição, ou seja, somente é ilícita aquela prova que contrarie a Constituição e a sua admissão excepcional somente se procede se for para efetivar outro princípio constitucional, como a Justiça.

Nas palavras de Érico Bergman:

“Reúne na visão constitucional a ilicitude material e a inadmissibilidade processual da prova e, a despeito da violação constitucional, admite a prova ilícita para corrigir possíveis distorções ou para evitar resultados desproporcionais, injustos e até repugnantes. (...) sacrificando algum valor insculpido na Constituição, para acolher o caminho mais justo e buscar o apanágio da justiça”¹²⁵

Ou seja, o “sentido” de injustiça, a percepção de violação do mínimo de reciprocidade, impõe a admissibilidade da prova ilícita. A saber, que a harmonia do próprio sistema jurídico brasileiro e de uma interpretação sistemática da Constituição exige tal compatibilização: prova ilícita e Justiça.

Luiz Carlos Sangali pontua que:

“A exclusão pura e simples destas provas, de molde a se ter como não havidas, irá trazer, com certeza, imensos danos à apuração dos fatos, com reflexos evidentes na injustiça da decisão, na impunidade, e no acobertamento de situações criminosas graves, originando-se o paradoxo flagrante de que normas e garantias restritivas de direitos individuais, como o da intimidade e da comunicação, venham a se

¹²⁵ BERGMANN, Érico R. **Prova Ilícita – A Constituição de 1988 e o Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público – AMP, 1992. p. 16/17.

sobrepôr a valores maiores, da própria comunidade, tais como o direito à vida, à liberdade, à integridade física, e outros bens que o Estado, constitucionalmente, comprometeu-se a preservar.”¹²⁶

Logo, diante de outros bens que o Estado também se compromete a assegurar, a vedação da prova ilícita será afastada, de modo que a proibição deve ser compreendida como relativa, diante do caso concreto, afim de preservar-se interesses socialmente mais relevantes como aponta Fernando Capez:

“Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônicas precisam ser cotejados, para escolha de qual deva ser sacrificado.”¹²⁷

Note-se que a compreensão da prova ilícita, como previamente apontada nos limites da contrariedade aos meios vedados constitucionalmente, já limita a necessidade de flexibilização, ou seja, o espectro de meios probatórios é maior ao ponto de não se ter a necessidade de avaliar o meio, ainda que possa se fazer uma avaliação dos direitos fundamentais incidentes.

Contudo, ainda que difícil encontrar uma prova ilícita a partir da Constituição, não se afasta a necessidade de avaliar, excepcionalmente, sua admissão. Com efeito, ainda que ilícita diante do caso concreto a prova ilícita pode torna-se admissível para efetivar outros bens jurídicos de igual valor, como a Justiça.

¹²⁶ SANGALI, Luiz Carlos. **Interceptação Telefônica e Prova Ilícita: limites da vedação constitucional e infraconstitucional**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2001. p. 73/74.

¹²⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 270.

Nesse cenário, Ada Pellegrini Grinover registra:

“A teoria hoje predominante da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa corrigir possíveis distorções a que a rigidez poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem admitido a prova ilícita, baseando no equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes”¹²⁸

Isto posto, apontamos um critério a ser utilizado no caso concreto: a proporcionalidade. Observado que neste caso não seria a “regra da ponderação”¹²⁹, mas algo mais próximo do que se desenvolveu nos Estados Unidos: o princípio da razoabilidade. Nas palavras de Sérgio Shimura:

“O critério da proporcionalidade passou a ser adotado inicialmente pela justiça alemã, idéia que se alastrou para os Estados Unidos da América (princípio da razoabilidade), com a função de evitar ou prevenir injustiças que a aplicação da vedação absoluta das provas ilícitas poderia acarretar. Temperam-se outros valores ou princípios, igualmente dotados de credencial constitucional (...). Alguns exemplos podem ser citados: interceptar conversa de detento que esteja planejando a morte de juiz; filmar a intimidade de alguém, que esteja violando direitos da criança; abrir correspondência de alguém, para

¹²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p.115.

¹²⁹ “regra da ponderação” é a proposta de Robert Alexy para o equilíbrio de direitos fundamentais em três etapas: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Contudo, ainda que possa ser aplicada por ser o conflito entre direitos fundamentais o critério da proporcionalidade ou da razoabilidade entendemos ser o suficiente e não comprometer o resultado visto ser uma regra pensada necessariamente para direitos fundamentais.

*demonstrar a inaptidão ou o perigo de continuar com o pátrio poder”.*¹³⁰

Portanto, é a partir da análise da razoabilidade do caso concreto que se deve considerar, ou não, a admissão da prova ilícita. Ou seja, ainda que vedada, se no caso concreto demonstrar-se necessário admiti-la para efetivar outros princípios constitucionais, tal hipótese deve ser considerada pelo operador do Direito.

Não se pode admitir o formalismo exagerado em detrimento da Justiça no caso concreto. Significa dizer que a aplicação razoável da lei, observando seu propósito, demanda a sensibilidade do caso concreto para todos os princípios e valores incidentes, especialmente, a relação de reciprocidade entre as condutas humanas e indivíduos na sociedade, ou seja, a Justiça.

A efetividade da Justiça exige que se admita a prova ilícita, ou melhor, que se faça o juízo de admissibilidade por ponderação no caso concreto para que não ocorra a injustiça. Todavia, paralelamente, exige que se puna o agente praticante, pois ainda que se admita a utilização no caso concreto, o Estado Democrático de Direito, o Estado Constitucional, não admite a produção deliberada da prova ilícita. Com efeito, é desestimulada a produção da prova ilícita, ainda que se a admita excepcionalmente face à incidência de outros bens jurídicos, em especial, a Justiça, que é um princípio constitucional, um vetor interpretativo de todo o sistema jurídico que a Constituição institui.

¹³⁰SHIMURA, Sérgio. **Princípio da proibição da prova ilícita** (In *Princípios processuais civis na constituição*, Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes (Coords). São Paulo: Ed. Campos Jurídico, 2008. p.264.

CONCLUSÕES

Portanto, buscou-se apresentar uma solução para o conflito aparente entre a prova ilícita e a Justiça. Nesta proposta, (I) relacionamos a Constituição e o princípio da Justiça; (II) apresentamos a relevância da prova e do processo para a sociedade, com enfoque na questão da prova ilícita; (III) discutimos as principais tendências/ aspectos da questão da prova ilícita; (IV) delineamos o que seria a Justiça e a relativização da prova ilícita para o alcance da efetividade da Justiça.

Na relação entre Constituição e Justiça demonstramos que este é um valor supremo. Ou seja, demonstramos a partir do Preâmbulo e de sua relevância, como a Justiça é um princípio que permeia a Constituição e que deve ser considerado na sua interpretação como forma de melhor efetivar seu propósito. Não obstante, a exposição do tema em outras Constituições estrangeiras como forma de endossar que não só na brasileira a Justiça se apresenta como um princípio.

Quanto à prova, apresentamos a sua relevância para a apuração dos fatos e a relação com o processo. Este que é a forma de resolução de conflitos na sociedade moderna e suas balizas refletem diretamente o modelo de Estado dessa sociedade, no caso, o Estado Democrático de Direito, que *prima facie* não admite a utilização da prova ilícita.

Na esteira, inseriu-se a questão da prova ilícita. Uma prova que, a priori, é incompatível com o sistema jurídico vigente, e ao mesmo tempo pode ser o único meio de atender outros princípios importantes, como a Justiça.

Apontamos as definições civilistas e penalistas, assim como suas exceções, construídas doutrinaria e jurisprudencialmente, mas priorizamos o recorte constitucional, quer dizer, acolhemos a definição do instituto a partir da própria Constituição como forma de reconhecer a sua prevalência face aos diplomas infraconstitucionais.

Nessa conformidade, definimos a prova ilícita como vedação à utilização de meios contrários à Constituição, tal como a ação imoral do agente estatal, ferindo a moralidade

administrativa, assim como apontamos que um possível limite seria o do núcleo da Constituição, os direitos fundamentais, uma vez que a proteção destes é o principal propósito do Estado e a vedação da prova ilícita decorre de sua proteção.

Prosseguindo, discutimos as principais questões que surgem do tema da prova ilícita, sintetizando as principais correntes, os temas de admissão pela jurisprudência, o procedimento de apuração da prova ilícita e a problemática da validade e da eficácia da prova ilícita.

Nesse prisma apresentamos as três principais correntes sobre o tema. A restritiva que não admite em hipótese alguma a utilização da prova ilícita. A liberal-permissiva que admite a utilização face à prevalência da verdade e do direito à prova. E a intermediária que seria o meio termo das duas correntes, na qual não se reconhece a plenitude do direito à prova e também admite que existem certos temas que exigem a flexibilização, ainda que se puna o agente.

Avançamos nos principais temas em que a prova ilícita se apresenta no Judiciário, identificando sua aceitação, especialmente, quando se trata de (i) utilização de um direito constitucional para a prática do ilícito; (ii) envolver agentes públicos no exercício de suas atribuições; (iii) entre as próprias partes; e (iv) quanto a interesse de menores.

Dessa maneira, avançando na questão procedimental de verificação da prova ilícita, que no penal possui procedimento previsto no artigo 157 do Código de Processo Penal, enquanto no cível não ainda que seja possível aplicar a analogia ao CPP e instaurar o tal procedimento incidental ou acolher a faculdade de optar conforme a conveniência do caso em se discutir incidentalmente ou no processo principal.

Sem embargo, a posição sustentada de que os prejudicados facultam a arguição de ilicitude, mas o Ministério Público e o Juiz possuem um dever decorrente da lei de arguir tal ilicitude para se apurar os responsáveis pela sua produção ainda que entendam ser admissível mediante a modulação de seus efeitos.

Por conseguinte, discutimos a questão da validade e da eficácia da prova ilícita. Para tanto invocamos a teoria ponteano do estudo dos negócios jurídicos e fragmentamos a prova ilícita quanto à existência, validade e eficácia. Na medida em que no plano da existência se

demonstrou inquestionável, no plano da validade se configurou inválida e no plano da eficácia como eficaz, mais precisamente, com uma eficácia contida face os limites impostos.

Enfatizando que a invalidade da prova não a impede de produzir efeitos. Isto porque, além dos planos serem diferentes, a incidência de outros princípios caros ao Direito, como a Justiça, exige que certos efeitos, como a absolvição de um inocente, sejam reconhecidos para a efetividade do próprio Direito.

Desse modo avançamos sobre a influência da Justiça no Direito. Esta que tem origem incerta, permeia a história da Humanidade em todas as suas formas de organização social, ou seja, ainda que não se saiba precisamente a origem, é um propósito da vida em sociedade e da criação e efetivação do Direito.

Significa dizer que os seres humanos estruturam suas leis com o propósito de assegurarem a vida em sociedade e satisfazer uma ideia de Justiça. Esta, que por seu turno, pode decorrer de uma percepção de virtude do que seria o correto para o ser humano ou do que é uma construção social dominante.

Apresentamos como Platão relacionou a primeira posição com o Direito e Aristóteles a segunda, posto os seus respectivos pioneirismos, malgrado, a posição de Kant que, no nosso entender, seria a melhor intersecção das duas posições.

Acusamos a associação com o compromisso de liberdade. Um elemento mais objetivo do que um ideal, mas ainda assim transcendente. De forma que sedimentamos a questão essencial da reciprocidade, elemento que se apresenta como unidade da Justiça e da integração social. Isso porque a percepção de Justiça decorreria de sua percepção de manutenção ou restauração, uma vez que somente quando ocorre a preservação da reciprocidade das relações as pessoas se satisfazem com a tutela jurisdicional e vida em sociedade.

Ainda que não se possa admitir tanto injustiças, quanto impunidades, que são resultados possíveis quando deparamos com a prova *prima facie* ilícita, tal como as assim classificadas pela tradicional definição penalista ou civilista e sem considerar a análise do caso concreto.

Nesse diapasão, apresentamos como efetivar a Justiça diante das situações em que se demonstra o conflito entre a prova ilícita e a Justiça, a partir da análise do caso concreto dos valores incidentes, no que se demonstra se a prova é ilícita pode ou não ser admitida face à necessidade de se considerar também outros valores que se materializam após a produção de prova, tal como a não punição do inocente.

Para tanto, acolheu-se o critério da proporcionalidade ou da razoabilidade, a depender da preferência pela doutrina alemã ou americana. De maneira que a análise da razoabilidade da admissão ou não da prova ilícita é o único meio de se assegurar a efetividade da Justiça.

Com efeito, percebeu-se que a referida vedação não pode ser algo estático, mas que demanda flexibilidade para a integridade do sistema, posto que o conceito de prova ilícita somente fica claro na análise do caso concreto e que a admissibilidade é relativa a partir da necessidade de se efetivar outros direitos também incidentes.

Em geral, a prova ilícita consiste em não se recorrer a meios contrários à Constituição, mas a necessidade de flexibilizá-la leva a afirmar que a margem de inegociabilidade está na violação de direitos fundamentais que também seria o núcleo da Constituição, observada a constante variação desse limite até o núcleo, conforme o caso concreto que exige, ou não, a restrição do limite para coexistir com outros princípios constitucionais, como a Justiça.

De modo que o Princípio da Justiça é um importante vetor para a verificação da necessidade, ou não, da relativização da prova ilícita, porque somente a partir da ótica da preservação da Justiça, da reciprocidade nas relações, se atinge o propósito do Direito, a manutenção do pacto social e, conseqüentemente, justifica a referida medida excepcional.

Em suma, sendo somente possível assegurar a efetividade da Justiça admitindo-se, excepcionalmente, a prova ilícita. Esta que *prima facie* é vedada no texto constitucional, mas diante da análise do caso concreto mostra-se admissível/ flexível para assegurar a harmonia do sistema e o respeito a outros princípios também incidentes no caso concreto.

Portanto, admissível a utilização da prova ilícita no ordenamento jurídico brasileiro face à incidência de outros princípios que podem afastar a vedação, que em regra é o que deve

prevalecer face ao Estado Democrático de Direito: diante da complexidade da vida humana e da impossibilidade do legislador prever todos os casos, exceções, impõe-se uma compatibilização, no caso concreto, para a efetividade da Justiça e, conseqüentemente, do Direito, uma vez que este perderia o seu compromisso com a Justiça e aspirações sociais, como instrumento de pacificação social e viabilidade da vida em sociedade, que decorre de uma percepção de manutenção na reciprocidade das relações, ou seja, da efetividade da Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A Bíblia Sagrada. 2ª edição. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida, ed. revista e atualizada no Brasil. São Paulo, Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**; tradução da 1º edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti – 6ª edição – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012

ABELLAN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho – Bases argumentales de la prueba.** 2. ed. Madri: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales, 2004.

ALBERDI, Juan Bautista. **Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina.** Buenos Aires: Estrada, 2009.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3ª edição. São Paulo: Forense, 2014

ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades processuais.** Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/453/edicao-2/nulidades-processuais>

AMORIM FILHO, Agnelo. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis.** *Revista de direito processual civil*, v. 3. São Paulo, jan./jun., 1961.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 16º ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Antônio Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

AURELLI, Arlete Inês. **A prova ilícita no processo civil**. In: FREIRE, Alexandre; DELFINO, Lúcio; OLIVEIRA, Pedro Miranda de; RIBEIRO, Sérgio Luis de Almeida (Orgs.). *O processo civil nas tradições brasileira e iberoamericana*. 1. ed. São José/SC: Conceito, 2014.

_____. **Normas fundamentais no Código de Processo Civil brasileiro**. *Revista de Processo* | vol. 271/2017 | p. 01 - 23 | Setembro / 2017.

_____; LEITE, Rita de Cássia Curvo. **A admissibilidade da “prova ilícita” em demanda envolvendo interesses de crianças**. *Revista de Processo* | vol. 303/2020 | p. 259 - 290 | Maio / 2020.

ÁVILA, Thiago André Pierobom. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. Brasília, 2006, 295 p. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Brasília.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematizado**. São Paulo: Método, 2009.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria da Constituição**. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1979.

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

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BERGMANN, Érico R. **Prova Ilícita – A Constituição de 1988 e o Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público – AMP, 1992.

BARROSO, Luís Roberto, BARCELLOS, Ana Paula de. **A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas**. Revista de Direito Administrativo. n° 213. Ano 1998.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999

_____. **Comentários à Constituição do Brasil**. Vol. II, São Paulo, Saraiva. 1989.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 4ª edição. Brasília: UNB, 1997.

_____. Justiça, validade e eficácia. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2.º edição. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CABELEIRA, Carlos Vinicius Soares Cabeleira. **Prova Ilícita no Processo Civil**. Vitória, 2010, 174 p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Universidade Federal do Espírito Santo.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição; 11ª reimpressão; Coimbra: Almedina Editora, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Serendipidade: o encontro fortuito de prova**. Consultor Jurídico < <https://www.conjur.com.br/2021-mai-20/fernando-capez-serendipidade-encontro-fortuito-prova>> Acessado em 21.05.2021

_____ **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÍCERO, Marcus Tullius. **De Legibus – De Re Publica**. Cambridge: Jiahu Books, 2014.

CORRÊA, Sílvia Leme. **A prova Processual Penal Ilícita e a Teoria da Proporcionalidade**. Curitiba, 2006, 149 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal**. 1ª edição. São Paulo: Millenium, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil**. 29ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

DRIVER, Godfrey Rolles; MILES, John Charles. **The Babylonian Laws**. Vol. 2. Oxford: Clarendon Press, 1955.

DUARTE, Nestor. **Da invalidade - Nulidade e Anulabilidade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Civil. Rogério Donnini, Adriano Ferriani e Erik Gramstrup (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/481/edicao-1/da-invalidade---nulidade-e-anulabilidade>

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3ª edição. São Paulo: WMF Martins Fonte, 2010.

_____. **O Império do Direito**. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11ª. Edição. São Paulo: Atlas, 2019.

FILHO, Antonio Magalhães Gomes. **A Inadmissibilidade das Provas Ilícitas no Direito Brasileiro**. Revista Jurídico Luso Brasileira. Ano 1. 2015, nº1.

FILHO, José Celso de Mello. **Constituição Federal Anotada**. 2ª edição. Saraiva.1986.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Editora Saraiva, 1990

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 34ª edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2008.

FILHO, Vicente Greco. **Direito processual civil brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Volume 2.

GIDDENS, Anthony; SUTTON, Philip W. **Conceitos Essenciais da Sociologia**. São Paulo: UNESP, 2015.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Nº 37. Ano 1992.

_____ ; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Cidade do México: UNAM (Universidad Nacional Autónoma de México). 2003.

HAMILTON, Sergio Demoro. **As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito**. In ___*Processo Penal: reflexões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JANKÉLEVITCH, Vladimir. **Curso de Filosofia Moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

JOHNSTON, David. **Breve História da Justiça**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 18ª edição, ed. SaraivaJur, 2021.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Prova-princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (dna)**. Revista de Direito de Família, nº 3, do IBDFAM, out-dez 1999, Síntese Editora.

JÚNIOR, Nelson Nery. **Princípios de processo civil na constituição federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JUNOY. Joan Picó. **La prueba ilícita e y su control judicial en el proceso civil**. In: JUNOY. Joan Picó; Lluch, Xavier Abel; (orgs.). Aspectos prácticos de la prueba civil. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2006.

KANT, Immanuel. **The Metaphysics of Morals**. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O que é justiça?** Tradução: Luís Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LACHI. Rômulo. **Exceções à Inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro**. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados. Mato Grosso do Sul. v. 11. nº 22. Jul./dez. 2009.

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

_____. **Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de direito processual civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Ed. RT, 2006.

MEDEIROS NETO, Elias Marques. **Princípio da proibição da prova ilícita**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/161/edicao-1/principio-da-proibicao-da-prova-ilicita>

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1991.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

_____ **Proibição Administrativa e Provas Ilícitas**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º 12, março, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 08 de março de 2021.

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

NUVOLONE, Pietro. **Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino**. Rivista Di Diritto Processuale, Anno xxi, n.º 3, Padova.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25ª edição. Atlas, 2021.

PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Um diálogo sobre a justiça: a justiça arquetípica e a justiça deôntica**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PLATÃO, **A República**. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2004;

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo IV. Campinas: Bookseller, 1999/2000.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3ª edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000

_____. **Uma teoria de justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2003

REICHELDT, Luis Alberto. **A Inadmissibilidade das provas ilícitas na perspectiva do direito ao processo justo**. Revista de Processo | vol. 228/2014 | p. 99 - 122 | Fev / 2014.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. **“Princípios constitucionais do processo”**. Revista de Informação Legislativa, v. 34, nº 136, out/dez 1997.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Bauru: Edipro, 2003

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 2ª edição. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANGALI, Luiz Carlos. **Interceptação Telefônica e Prova Ilícita: limites da vedação constitucional e infraconstitucional**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SCHMIDTZ, David. **Os elementos da justiça**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

SHIMURA, Sérgio. **Princípio da proibição da prova ilícita** (*In Princípios processuais civis na constituição*, Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes (coords.)). São Paulo: Ed. Campos Jurídico, 2008.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 30ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª edição, verificada e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **“O proporcional e o razoável”**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal: due process of Law**. 3ª ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Artur Cezar de. **Justo processo ou justa decisão**. Revista de Processo. vol. 196. p. 469-492. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jun. 2011.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEIXEIRA, Ana Paula Furlan. **Prova Ilícita**. Direito & Justiça. V. 35, nº 2. P. 160-181, jul./dez. 2009.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles, **Curso de Direito Constitucional**. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991