

Prova Ilícita: Uma Reflexão

DIOGO CIUFFO CARNEIRO

Advogado, Mestrando em Direito Processual Civil pela PUC/SP.

1. INTRODUÇÃO

Conforme posição doutrinária hoje indiscutível, temos que analisar os institutos do Processo Civil tomando como ponto de partida a Constituição Federal. De fato, todas as normas legais deverão ser lidas e interpretadas a partir do modelo processual que restou traçado em nossa Carta Magna. É o que se chama de constitucionalização do processo. Dessa forma, para um estudo que se pretenda atualizado sobre as provas no processo, devemos iniciá-lo com as algumas considerações acerca do tratamento da matéria em nível constitucional.

Após a análise da extensão e dos limites da garantia constitucional à prova, daremos a nossa definição de prova ilícita, tentando uniformizar o tratamento do tema. Veremos o que a doutrina entende por prova ilícita para, em seguida, dizer o que entendemos.

Trataremos, ainda, do problema da prova moralmente ilegítima, que vem encartada no art. 332 do Código de Processo Civil, analisando se tal prova se enquadraria em nosso conceito de prova ilícita.

É essa, em pouquíssimas linhas, a síntese do que será tratado nas próximas.

2. A DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DO TEMA

2.1. A Garantia da Prova como Corolário da Garantia da Ação e da Ampla Defesa

Ao garantir, em seu art. 5º, XXXV, que o Poder Judiciário não deixará de apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito, a

Constituição Federal quis garantir que o Judiciário apreciará adequada e efetivamente toda lesão ou ameaça a direito.

De fato, não basta que seja aberta abstratamente a possibilidade de se ingressar em juízo; é necessário que, além da garantia de um efetivo acesso ao Judiciário, o processo possua mecanismos efetivos para tutelar os interesses em jogo.

É o que se convencionou chamar de efetividade do processo, que há muito é defendida por Chiovenda em lição tão repetida: *“il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire.”*¹

Modernamente pode-se afirmar, na esteira das lições de Dinamarco, que *“o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda plenitude todos os seus escopos institucionais.”*². Em outras palavras, e conforme a sintética acepção de Proto Pisani³, a efetividade do processo consiste na sua aptidão de alcançar os fins para os quais foi instituído.

Nesse passo, a doutrina não ousa discordar de que, para a garantia da efetividade do processo, é necessário *“assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade”*⁴, nas palavras de Barbosa Moreira.

Com efeito, para que um processo possa ser efetivo, da maneira que acima foi definido, é necessário que garanta às partes a possibilidade de produção de todas as provas necessárias à comprovação dos fatos relevantes de determinada demanda.

Daí se afirmar que o direito à produção de provas decorre da garantia constitucional da ação. Nesse exato sentido, afirma Comoglio que é garantido a todos um poder, derivado do exercício

¹ *Apud* BARBOSA MOREIRA, José Carlos, “Notas sobre o problema da efetividade do processo”, *in* *Ajuris*, volume 29, Porto Alegre, 1983, página 79.

² DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do Processo*, 10ª edição, Malheiros, São Paulo, 2002, página 330.

³ *Apud* FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*, São Paulo, Saraiva, 1996, página 139/140.

⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Op cit.*, p. 79.

da garantia da ação, de exercer qualquer atividade de alegação, dedução, argumentação e prova⁵.

Se, por um lado, o direito à produção de provas decorre da garantia da ação, é necessário convir que, até mesmo para a preservação da isonomia, há de haver um direito contraposto que garanta a produção de provas ao réu.

Trata-se, justamente, da garantia da ampla defesa, que, em contraponto à garantia da ação, confere ao réu o poder de se utilizar e de produzir todas as provas necessárias para rebater os fatos tais como narrados pelo autor.

Desse modo, portanto, o direito à prova (*rectius*, garantia) deriva do art. 5º, XXXV e LV, da Constituição Federal, que versam, respectivamente, sobre a inafastabilidade do controle jurisdicional e da garantia à ampla defesa, conforme seja direito do autor ou do réu. Veja-se, nesse sentido, a lição de Eduardo Cambi⁶, *in verbis*:

“O direito à prova é uma manifestação essencial da garantia constitucional da ação e da defesa, porque ‘agir e defender-se provando’ é uma condição necessária para a atuação dessas garantias. Conseqüentemente, a restrição excessiva do poder de alegar os fatos relevantes e o direito de prová-los, em juízo, tornam sem efeito a expressão dinâmica dessas garantias. (...)

Por isso, pode-se concluir que o direito à prova é uma decorrência da ampla garantia do devido processo legal, ou que, especificamente, é um dos elementos constitutivos das garantias constitucionais da ação e da defesa. Caso contrá-

⁵ Segue, no original, a lição de Comoglio, consignando as decorrências da efetividade técnica da garantia de agir em juízo: *“il potere , derivato dal primo, di attivarsi nelle forme consntite durante il corso del giudizio, per farvi opportunamente valere lê proprie ragioni, cioè el potere i compiere nel processo tutte quella attività (di alegazione, dideduzione, di argomentazione e di prova) e quali siano necessarie (o comunque utili) al concreto ottenimento della richiesta tutela”*. (COMOGLIO, Luigi Paolo. “Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali”, *in Rivista trimestal di diritto processual civil*, volume 67, ano 1994, página 1072).

⁶ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, páginas 112/113.

rio, as garantias constitucionais da ação e da defesa teriam alcance restritivo e limitado, o que contradiria o sentido justo e democrático da Constituição brasileira de 1988”.

Necessário consignar nesse capítulo, ainda, que, apesar de o direito à prova assentar raízes em diferentes garantias, conforme se trate de autor ou réu da demanda, o direito à prova, independente do princípio que o garante, é idêntico em extensão e profundidade para ambos, até mesmo em respeito à garantia constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF).

Sendo assim, pode-se concluir que o direito à prova é uma garantia constitucional assegurada a todos os litigantes em processo judicial, decorrente das garantias maiores da ação e da ampla defesa.

2.2. As Limitações do Direito à Prova

Conforme analisado no parágrafo acima, o direito à prova é constitucionalmente assegurado às partes litigantes, mas seria ele absoluto e ilimitado? Podem as partes litigantes produzir quaisquer provas que entendam necessárias?

Para qualquer um que possui um pouco de visão sistemática, a resposta a tal indagação é um ressonante não.

Em lição que extrapola o presente tema, há muito se vem afirmando que não existem garantias ou princípios absolutos. Ou seja, não existe qualquer garantia constitucional que, em determinado caso, não possa sucumbir em face de outra garantia.

Nesse exato sentido, se referindo especificamente ao direito à prova, podemos nos valer, mais uma vez, das lições do Professor paranaense Eduamdo Cambi⁷, *in litteris*:

“O direito à prova está sujeito às restrições que decorrem da necessidade que o ordenamento jurídico tem de tutelar outros valores e interesses igualmente dignos de proteção.

⁷ CAMBI, Eduardo. A prova civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, páginas 37/38.

O direito à prova não é absoluto, comportando limitações jurídicas (que se dão pelo crivo do juízo de admissibilidade, cuja finalidade é a proteção de outros valores fundamentais) e lógicas (por intermédio dos juízos de relevância e de pertinência, que almejam proporcionar a economia e a celeridade processuais, evitando a perda de tempo e a confusão no raciocínio do juiz)”.

Por mais que o raciocínio do Professor Cambi seja irrefutável, ousamos apresentar nossa pequena discordância, no sentido de que não existe razão para se limitar o direito à prova em dois planos distintos: jurídico e lógico.

Todas as razões para limitação do direito à prova são, em última análise, jurídicas, eis que o juízo que se faz acerca da pertinência da prova para o deslinde da demanda (art. 130 do Código de Processo Civil), na verdade, pretende garantir valores fundamentais de nosso ordenamento, tais como a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF) e a própria efetividade da tutela jurisdicional.

De acordo com o afirmado, não haveria necessidade de qualquer previsão constitucional acerca da proibição da produção de determinadas provas, na medida em que e estas esbarrassem em outras normas, ou melhor, em outras garantias. O problema se resumiria, portanto, simplesmente na análise dos princípios e garantias em jogo no caso concreto, mediante a técnica da ponderação de interesses.

De toda sorte, visando reafirmar o limite à produção de provas, nos termos aqui aduzidos, o constituinte introduziu em nossa Carta Magna a precisão constante do art. 5º, LVI, que taxa de inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícitos.

Deixando de lado, no momento, o problema da conceituação da prova ilícita, que será visto em capítulo posterior, podemos afirmar que a interpretação que melhor se coaduna com o aludido dispositivo constitucional seria a de que a Constituição veda a admissão das provas que de alguma maneira violem outras garantias.

Para que não pequemos por omissão, abriremos um pequeno parêntese para afirmar que admissão da prova é o ato do magistrado que, sem valorar tal prova, admite o seu ingresso no processo para que futuramente, no momento de decidir a demanda, possa dela se utilizar.

Existem provas cuja admissão é necessariamente anterior à sua produção, como é o caso da prova testemunhal e da pericial, e existem também as provas cujo juízo de admissão pode ser proferido em momento posterior ao da sua produção, como é o caso da prova documental.

De toda sorte, o que importa deixar claro, nesse momento, é que o direito à produção de prova não é absoluto, e comporta restrições na medida em que esbarra em outras garantias, como a privacidade e a intimidade.

Essas provas que esbarram em outras garantias são as chamadas provas ilícitas, que, pela redação constitucional, são inadmissíveis em processo.

2.3. O Princípio da Proporcionalidade

A Constituição Federal foi clara ao determinar a proibição da prova ilícita, através do disposto no art. 5º, LVI, assim concebendo tal vedação como uma verdadeira garantia ao direito à intimidade e privacidade (entre outros), constantes do rol inalienável dos direitos da personalidade.

Diante do impositivo texto constitucional, a primeira reação da doutrina pátria foi inadmitir qualquer utilização das provas ilícitas. Ou seja, qualquer prova que violasse uma garantia seria inadmissível no processo, independentemente das circunstâncias concretas do caso em exame pelo Judiciário.

Ocorre que o cotidiano dos operadores do direito começou a fornecer exemplos em que tal vedação expressa mereceria temperos, mormente em se tratando de processo penal, onde havia o bem 'liberdade' em jogo na balança da Justiça.

Nesse sentido, embora o processo não seja *“um campo de batalha no qual fosse permitido a cada contendor o emprego de todos os meios úteis e capazes de conduzir ao triunfo sobre*

o inimigo”⁸, como advertia Enchadia, também é de se reconhecer que, em muitos casos o juiz não pode, com consciência tranqüila, desconsiderar completamente determinada prova esclarecedora, como bem adverte Bedaque⁹, cuja lição ora se transcreve:

“Imagine-se a situação do magistrado que, sabendo da existência de provas que permitirão o esclarecimento dos fatos sobre os quais ele deverá decidir, não possa determinar a sua produção. Ou se elas já se encontrarem nos autos, deverá ignorá-las e decidir de forma diametralmente oposta àquela decorrente de sua convicção?”

Se é certo que a vedação absoluta da prova ilícita pode gerar situações de grave injustiça, também é certo afirmar que a admissão de qualquer prova, em total desprezo às regras legais e constitucionais, significaria completo desrespeito aos direitos dos cidadãos, em especial, mas não exclusivamente, os direitos à privacidade e à intimidade.

Seria permitir o que já se chamou, nos Estados Unidos, de *“Rambo litigation”*¹⁰, em alusão ao truculento personagem de Sylvester Stallone, que se utilizava de técnicas pouco ortodoxas para chegar aos seus objetivos.

Portanto, estamos diante de uma situação com dois lados opostos, ambos com conseqüências drásticas. Dessa forma, tentando conciliar tais situações antagônicas e injustas, a doutrina concebeu no princípio da proporcionalidade a saída para o problema. Segundo esse raciocínio, caberá ao julgador sopesar os bens jurídicos em jogo para, dependendo das peculiaridades do caso

⁸Apud SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de direito processual civil*, volume I, 5ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, página 356.

⁹BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, página 143, nota 141.

¹⁰MARCUS, Déjà vu all over again? An American Reaction to the Woolf Report apud MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Duelo e Processo”, in *Temas de direito processual*, oitava série, São Paulo: Saraiva, 2004, página 216.

concreto, autorizar a utilização da prova ilícita. Trata-se da tão famosa ponderação de interesses.

A adoção do princípio da proporcionalidade como resposta ao conflito entre o direito à intimidade e privacidade, de um lado, e, de outro lado, o direito à ampla defesa e, inclusive, à própria Justiça, é amplamente admitido pela doutrina, como destacam, a título de exemplo, os Professores Nelson Nery Junior, José Roberto dos Santos Bedaque, Ada Pellegrini, Celso Ribeiro Bastos etc.

O grande problema está em se saber os critérios objetivos para a aplicação do princípio da proporcionalidade. Sem qualquer pretensão, podemos imaginar tais critérios nos três subprincípios decorrentes do princípio da proporcionalidade, quais sejam: necessidade, adequação e razoabilidade.

Em outras palavras, para que a ilicitude de determinada prova possa ser desconsiderada, é necessário que se averigüe a necessidade de tal prova, pois se a parte pode demonstrar a veracidade de suas alegações por outro meio que não ilícito, não existe razão para se permitir a prova ilícita.

Além disso, a prova ilícita deverá ser adequada, o que quer dizer que ela tem que ser conclusiva para o deslinde da demanda, pois não há razão prática em se permitir a violação ao direito à intimidade e privacidade ou qualquer outro direito para obtenção de uma prova que não esclarecerá o mérito da demanda.

Por fim, a ilicitude da prova deverá ser razoável, no sentido de que o direito ou princípios sacrificados para a obtenção de tal prova deverão se dar na menor medida possível para que a prova possa ser obtida.

O importante é não confundir aqui a aplicação do princípio da proporcionalidade em relação ao problema da visualização se a prova é ilícita ou não.

Como visto no capítulo anterior, toda prova que viola texto expresso de lei ou garantia é ilícita. Isso é objetivo. A aplicação do princípio da proporcionalidade se dá em momento posterior, ao se perquirir se uma prova obtida mediante violação de direitos ou garantias (prova ilícita) pode, ainda assim, ser utilizada em determinado processo judicial.

3. IMPRECIÇÕES TERMINOLÓGICAS

A par do que já se adiantou, impende a pergunta: o que é prova ilícita?

Nesse passo, é sempre bom ter em mente que, embora a doutrina seja convergente em muitos aspectos, a terminologia usada pelos autores é quase sempre singular, sempre a depender da ótica sob a qual analisam o fenômeno.

A título de exemplo e de forma a guiar nossa argumentação, vejamos a definição de prova ilícita dada pelo Professor Antonio Carlos de Araújo Cintra¹¹, *in verbis*:

“Chama-se prova ilícita a fonte de prova obtida com infringência das normas e princípios colocados pela Constituição e pelas leis em geral para a proteção das liberdades públicas, especialmente dos direitos da personalidade.”

Ocorre que, tal como posta, a definição do Professor do Largo de São Francisco parece fazer crer que só existe prova ilícita quando violada norma de direito material, olvidando-se que existem “duas modalidades muito diferentes pelas quais uma prova pode ser ilícita”, conforme ensina o Professor Celso Ribeiro Bastos. Nesse sentido, e para uma melhor compreensão do tema, cumpre transcrever a lição do Professor Celso Ribeiro Bastos¹², onde estão sintetizadas as modalidades da ilegalidade da prova, em textual:

“A primeira refere-se à forma de geração da prova, isto é, a ilicitude resultaria toda vez que não se cumprissem os dispositivos previstos para a produção de determinada prova ou então se adotassem os meios não autorizados pela lei, o que, de certa forma, é a mesma coisa. (...) Mas há outro título pelo qual a prova pode ser ilícita: isso ocorre quando, nada obstante se adotarem procedimentos

¹¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume IV, Rio de Janeiro: Forense, 2002, página 12.

¹² BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, volume II, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001, página 294.

aceitos pelo direito, do ponto de vista adjetivo ou processual, atente-se contra um direito individual.”

À primeira modalidade de prova ilícita, o Professor Celso Ribeiro chama de ilicitude, ou ilegalidade extrínseca. Já à segunda modalidade, denomina-a de ilegalidade, ou ilicitude intrínseca.

Para o aludido doutrinador, tal distinção é de extrema importância, tendo em vista que, enquanto a violação de normas processuais, ilicitude intrínseca, teria caráter absoluto, a violação de normas de direito material poderia ser relativizada no processo penal (exclusivamente), desde que atendidos 3 (três) critérios, a saber: (i) a indispensabilidade da prova para a defesa de um direito mais valorizado do que o direito violado, (ii) somente poder ser feita a favor do réu, e (iii) o beneficiário da prova não poder estar envolvido no evento inconstitucional que a ensejou.

Sem querer desviar do objeto proposto no presente capítulo, deixe-se apenas registrado que tais critérios, *data maxima venia*, são de todo inadmissíveis, vez que extremamente rígidos, praticamente vedando a utilização da prova ilícita no processo através do princípio da proporcionalidade. Voltemos à nossa análise.

Nesse passo, cumpre ressaltar que, embora a Professora Ada Pellegrini Grinover tenha visualizado essa distinção quanto à vedação da admissibilidade da prova, só entendeu por denominar de ilícitas as primeiras, enquanto as segundas seriam ilegítimas. Ou seja, as provas que violarem uma norma de direito material são ilícitas, enquanto as que violarem uma norma de direito processual são ilegítimas.

A esse propósito, transcreva-se trecho do artigo da Professora Patrícia Azevedo da Silveira¹³, que resume a posição da Professora Ada Pellegrini, *in verbis*:

“Conforme relata Ada Pellegrini Grinover, foi adotado pela

¹³ SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. “A prova ilícita no cível”, in *Prova cível*, organizador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Rio de Janeiro: Forense, 1999, página 193.

Constituição terminologia empregada pela doutrina ‘que distinguia a prova chamada ilegítima, da prova ilícita ou obtida por meios ilícitos. Segundo tal doutrinadora, define-se como prova ilegítima a que, se admitida, viola normas de direito processual; enquanto prova ilícita, é a que, ao ser colhida, infringe normas de direito material, sobretudo as referidas na Carta Constitucional.’”

Esses são apenas alguns ângulos de se encarar o problema, havendo tantas outras classificações quanto à inadmissibilidade das provas. Nesse sentido, acentua o Professor Nelson Nery Júnior¹⁴ que *“há alguma confusão reinando na literatura a respeito do tema, quando se verifica o tratamento impreciso que se dá aos termos prova ilegítima, prova ilícita, prova ilegitimamente admitida, prova obtida ilegalmente.”*

Concordando com a observação do Professor Nelson Nery, e na tentativa de simplificar o estudo do tema, ousamos propor um conceito nosso de prova ilícita, que seria aquela que viola alguma norma ou princípio, legal ou constitucional.

Olhando o fenômeno por um prisma eminentemente prático, não existe nenhuma vantagem em se estabelecer se a ilegalidade se manifesta na produção, na obtenção da prova, ou se a violação da lei ou do princípio se refere ao direito material ou ao direito processual. Em todos esses casos a prova seria ilícita e, a princípio, não poderia ser usada no processo.

Como já consignado acima, não nos parece correta a posição do Professor Celso Ribeiro Bastos, pois, independente de onde esteja a ilegalidade, a prova ilícita poderá ser usada, pois o critério para a sua admissão é casuístico, dependendo da aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso concreto, jamais do fato da violação ter ocorrido em face de direito material ou processual.

Ora, se todas essas espécies de provas inadmissíveis (prova ilegítima, prova ilícita, prova ilegitimamente admitida, prova

¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 8ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, página 199.

obtida ilegalmente etc.) estão submetidas ao mesmo tratamento legal, qual o sentido em distingui-las?

Também não nos aparece interessante a terminologia proposta por Nuvolone, e referida por Nelson Nery Júnior¹⁵, segundo a qual existiria “prova vedada em sentido absoluto (quando o sistema jurídico proíbe a sua produção em qualquer hipótese) e em sentido relativo (há autorização do ordenamento, que prescreve, entretanto, alguns requisitos para a validade da prova)”, vez que, como já vimos, a relativização da prova ilícita depende do caso concreto, com a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Dessa forma, inválida a classificação de Nuvolone, vez que toda classificação deve ser genérica e abstrata, não podendo depender dos fatos, interesses, direitos e princípios envolvidos no caso concreto.

Portanto, diante de tudo que se viu, podemos concluir, com vistas a uma melhor compreensão do tema, que prova ilícita seria aquela que viola alguma norma ou princípio, legal ou constitucional.

É bom que se ressalte, entretanto, que talvez o único trabalho que fizemos aqui foi transportar para o nosso conceito de prova ilícita o conceito de prova vedada estabelecido por Ada Pellegrini, como um gênero do qual a prova ilícita seria espécie, junto com a prova ilegítima. Eis a lição da Professora¹⁶:

“A prova ilícita (ou obtida por meios ilícitos) enquadra-se na categoria de prova vedada. A prova é vedada sempre que for contrária a uma específica norma legal, ou a um princípio do direito dispositivo”

Dessa forma, podemos afirmar que não há substancial novidade em nosso conceito, apenas uma tentativa de facilitar a com-

¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Op cit.*, página 199.

¹⁶ GRINOVER, Ada, Pellegrini. *In Processo em evolução*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, página 47.

preensão do tema, que, pela diversidade de classificações, torna-se por demais denso. Trata-se de simplificar o que foi complicado, eis que o próprio texto constitucional (art. 5º, LVI, da CF) reputa como provas vedadas aquelas a que denominam de “provas ilícitas”.

4. SOBRE A PROVA MORALMENTE ILEGÍTIMA

Sobrou-nos, ainda, discorrer sobre a existência ou não de diferença entre a chamada prova ilícita e a chamada prova moralmente ilegítima.

Sobre o tema, o Professor Antonio Carlos de Araújo Cintra¹⁷ parece ter opinião formada, salientando, ainda, que, nas hipóteses de meios moralmente ilegítimos de prova, não seria sequer possível a utilização do princípio da proporcionalidade. Eis o teor da lição:

“Anote-se, ainda, que não se pode confundir os meios de prova moralmente ilegítimos com as fontes de prova ilícitamente obtidas que, em virtude do disposto no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal, são inadmissíveis no processo. Acontece, porém, que a ilegitimidade moral a que se refere o artigo 332 atinge a própria essência do meio de prova, enquanto a licitude da obtenção da fonte da prova como aparente lhe é extrínseca. (...)

Nem há que se falar em proporcionalidade para eventual admissão do meio de prova moralmente ilegítimo, pois sua inadmissibilidade é absoluta.”

Com as devidas vênias ao grande doutrinador, ousamos discordar. Com a petulância comum aos jovens, acreditamos que há dois erros nas assertivas acima transcritas. O primeiro consistiria na afirmação de que a admissibilidade do meio de prova moralmente ilegítimo seria absoluta.

Como tentamos demonstrar acima, as condições que levam à relativização da inadmissibilidade da prova são de ordem prá-

¹⁷ CINTRA, *Op cit.*, páginas 18/19.

tica, ou seja, dependem única e exclusivamente do caso concreto. Portanto, uma prova, mesmo que obtida por meio moralmente ilegítimo, dependendo das circunstâncias da hipótese, pode ser admitida em determinado processo.

Nesse sentido, interessante frisar que, como não resta qualquer dúvida na doutrina, não existem direitos absolutos, e, por via de consequência, também não podem existir proibições absolutas. Aqui vale a advertência de Barbosa Moreira¹⁸, no sentido de que os direitos e deveres processuais “*merecem reverência na medida em que sirvam à consecução dos fins do processo, e apenas em tal medida.*”.

Além disso, e com todas as vênias devidas, se confunde o Professor Antonio Carlos de Araújo Cintra, pois interpreta muito estritamente o art. 332 do Código de Processo Civil, acreditando que o que é vedado por esse dispositivo legal seriam apenas os meios de prova moralmente ilegítimos, entendendo meio de prova unicamente como espécie de prova.

Em primeiro lugar, é necessário transcrever a lição do Professor Ovídio Baptista¹⁹, segundo a qual o termo meio de prova possui duas conotações diferentes:

“O conceito de meios de prova pode ser entendido de dois modos. Pode significar a atividade desenvolvida para produzir a prova. (...) Num segundo sentido, podem considerar-se meios de prova não a atividade, mas os instrumentos de que as partes e o juiz se valem para obter o conhecimento dos fatos a provar. Ou tanto a atividade como os instrumentos”

O Professor Antonio Carlos de Araújo Cintra tomou o termo *meio de prova* como se significasse apenas os instrumentos de prova (documental, oral, pericial, e inspeção pessoal), sem se atentar para o fato de que *meio de prova* também pode significar a atividade desenvolvida para a obtenção da prova.

¹⁸ *Apud* BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. *Op cit.*, página 143, nota 161.

¹⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de direito processual civil*, volume I, 5ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, páginas 352/353.

Nesse passo, apesar de estarmos saindo do tema, seria interessante afirmar que não acreditamos na doutrina que afirma a existência das provas atípicas, ou seja, provas que não fossem documental, oral, pericial e inspeção pessoal. As únicas espécies de provas existentes são aquelas elencadas pelo Código de Processo Civil. Qualquer prova que se possa produzir ou imaginar se enquadra nessas espécies ventiladas pelo legislador.

Os exemplos trazidos pelos arautos das provas atípicas nem de longe servem para validar sua posição, tendo em vista que, ou se enquadram nas espécies admitidas em lei, ou não são provas. Ordinariamente, os exemplos trazidos são a prova emprestada e as presunções.

Quanto às provas emprestadas, as mesmas são típicas provas documentais. Não passam de fotocópias de outros autos, que ingressam naqueles autos na qualidade de documentos. O fato de se tratarem de cópia de outro processo judicial não desqualifica a sua natureza de prova documental. Aliás, a própria prova pericial emprestada ingressa nos autos não como prova pericial, mas como prova documental.

Nesse sentido, afirma a Professora Ada Pellegrini Grinover²⁰ que *“quanto à forma, a prova emprestada é sempre documental, e assim tem sido considerada em via legislativa pelos ordenamentos que dela expressamente se ocupam (v.g. art. 238 do CPP italiano).”*

As presunções tampouco servem para justificar a existência das provas atípicas, pois, com efeito, são a verdadeira negação da prova. Sobre as presunções não incidem as provas, apenas quando para afastá-las. A presunção é, verdadeiramente, a dispensa de produção de prova naquele sentido.

Portanto, tendo-se fechado o parêntese acima aberto, podemos afirmar, sem medo de errar, que o art. 332 do Código de Processo Civil veda a produção de provas moralmente ilegítimas, não se referindo apenas à sua espécie (até porque não existem

²⁰ GRINOVER, Ada, Pellegrini. *In Processo em evolução*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, página 62.

meios de provas que não especificados em lei), mas à sua própria obtenção, produção e admissibilidade.

Dessa forma, qualquer prova (independente da espécie) moralmente ilegítima, independente da imoralidade ter se manifestado na sua obtenção ou na sua produção, é ilegal, vez que, segundo o conceito acima consignado, violadora do art. 332 do Código de Processo Civil.

Nesse exato sentido está a lição do Ministro e Professor Luiz Fux²¹, que ora se transcreve:

“A prova que não preenche o requisito da legitimidade moral denomina-se prova ilícita, um dos temas de maior evidência na atualidade. Renomado tratadista já afirmou que ‘o processo civil não é um campo de batalha em que se permite a cada contendor o emprego de todos os meios capazes de conduzir ao triunfo sobre o inimigo.’ Na verdade, não é a espécie de prova que, em si, se revela ilícita, mas, antes, a forma de obtê-la é que incide na infração em branco do art. 332 do CPC. Assim, v.g., o depoimento de testemunha, em regra, se revela legítimo, mas transmuda-se em prova ilícita se a declaração é obtida mediante coação física.”

Embora o exemplo escolhido pelo Professor Fux talvez não seja o melhor, vez que, nesse caso, haveria um vício na manifestação de vontade da testemunha, violando diversas regras de direito material, a idéia central é de todo acertada.

Nosso exemplo seria o de parte no processo que obra no sentido de que pessoa de sua confiança conseguisse emprego, de forma a trabalhar junto à parte contrária, para que, depois, pudesse testemunhar contra a mesma. Nesse caso, não há qualquer violação a dispositivo legal, a não ser o do art. 332 do Código de Processo Civil, devendo, por isso, tal prova ser vedada no processo, exceto nas hipóteses de utilização do princípio da proporcionalidade.

²¹ FUX, Luiz. *In Curso de direito processual civil*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2004, página 698.

Portanto, em breve síntese, toda prova moralmente ilegítima é ilegal, vez que violadora do art. 332 do Código de Processo Civil.

5. CONCLUSÃO

É chegada a hora de concluir, oportunidade em que devemos traçar um pequeno resumo do que analisado no presente texto.

Como já analisado, a possibilidade de produzir provas em um processo judicial é uma garantia constitucional conferida a todos os litigantes. Entretanto, devemos ter em mente que tal garantia comporta limites, em razão da existência de outras garantias que também carecem de proteção, tendo o constituinte impedido a utilização das provas a que denominou de ilícitas.

Seguindo esse raciocínio, afirmamos que a prova ilícita seria aquela que viola norma legal ou principiológica, independente de ser constitucional ou não, e independente de se referir a direito material ou processual.

O que fizemos, portanto, não foi nada mais do que dar nossa modesta contribuição para acabarmos de vez com o excesso de classificações e conceitos que permeiam os textos doutrinários afetos à prova, transportando para o conceito de prova ilícita o antigo conceito dado às provas vedadas.

De acordo com essas premissas, podemos concluir que não existem provas moralmente ilegítimas, pois qualquer prova que seja produzida por meio moralmente ilegítimo violaria a regra do art. 332 do Código de Processo Civil, que afirma serem permitidas apenas as provas produzidas por meios moralmente legítimos. ☐