



*COORDENAÇÃO GERAL*

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

# ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

---

**TOMO 3**

## **PROCESSO CIVIL**

*2ª Edição*

*COORDENAÇÃO DO TOMO 3*

Cassio Scarpinella Bueno

Olavo de Oliveira Neto

Editora PUCSP

São Paulo

2021

**ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP**  
PROCESSO CIVIL

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA**  
**DE SÃO PAULO**  
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR  
*Vidal Serrano Nunes Júnior*

**ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1**

<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello  
Elizabeth Nazar Carrazza  
Fábio Ulhoa Coelho  
Fernando Menezes de Almeida  
Guilherme Nucci  
José Manoel de Arruda Alvim  
Luiz Alberto David Araújo  
Luiz Edson Fachin  
Marco Antonio Marques da Silva  
Maria Helena Diniz

Nelson Nery Júnior  
Oswaldo Duek Marques  
Paulo de Barros Carvalho  
Raffaele De Giorgi  
Ronaldo Porto Macedo Júnior  
Roque Antonio Carrazza  
Rosa Maria de Andrade Nery  
Rui da Cunha Martins  
Tercio Sampaio Ferraz Junior  
Teresa Celina de Arruda Alvim  
Wagner Balera

**TOMO DE PROCESSO CIVIL | ISBN 978-65-990464-8-3**

*A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP*

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo III (recurso eletrônico)

: processo civil / coords. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto – 2. ed. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017

Recurso eletrônico World Wide Web

Bibliografia.

O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de dez tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

## PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA

*Elias Marques de Medeiros Neto*

### *INTRODUÇÃO*

O artigo trata do princípio da proibição da prova ilícita, sua relação com o princípio da efetividade, bem como o seu tratamento no ordenamento pátrio e no código de processo civil; além da abordagem do tema com base no princípio da proporcionalidade.<sup>1</sup>

### *SUMÁRIO*

Introdução.....	2
1. Efetividade .....	2
2. Princípio da Proibição da Prova Ilícita .....	9
3. Princípio da Proporcionalidade.....	14
4. Prova Emprestada.....	21
Referências .....	25

### ***1. EFETIVIDADE***

O moderno processo civil é fortemente inspirado pela busca da efetividade, por uma orientação de simplificação de procedimentos e pela atenção especial de se conferir ao demandante, na medida do possível, exatamente o que ele teria se não precisasse ir ao Poder Judiciário.

“A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a efetividade do processo, a qual constitui expressão resumida da ideia de que o processo deve ser apto a cumprir

---

<sup>1</sup> Artigo elaborado em 20.04.2017.

integralmente toda a sua função sócio político jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”.<sup>2</sup>

Cândido Rangel Dinamarco lembra que o conceito de efetividade do processo já veio bem ministrado nas seguintes palavras de Chiovenda: “na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”.<sup>3</sup>

Nesta linha, a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, prevê que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Está positivada, assim, na Magna Carta, a necessidade de o processo ser efetivo.

A preocupação com um processo que atenda eficazmente à sua função institucional de pacificação social, com efetividade na resolução de conflitos, foi objeto de célebre estudo de Mauro Cappelletti e Bryant Garth,<sup>4</sup> no clássico *Acesso à Justiça*, no qual se demonstra não só uma séria abordagem sobre a administração do Poder Judiciário, mas também reflexões sobre a adequação de determinados ritos e procedimentos aos casos concretos e aos respectivos valores em jogo.

A citada obra, escrita nos idos dos anos 70 do século passado, de forma didática e magistral, conseguiu abordar, com singular atualidade, reflexões sobre a efetividade do processo civil e a eficiência dos seus ritos; temas estes que foram o foco de preocupação dos juristas que desenharam o anteprojeto de um novo código de processo civil.

O anteprojeto foi arquitetado dentro de um espírito de efetividade processual, que atenda ao binômio da celeridade e do respeito às garantias constitucionais, conforme a respectiva exposição de motivos, assinada em 08.06.2010 pela comissão de juristas (Luiz Fux, Teresa Arruda Alvim Wambier, Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Jr., Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro), lastreada no Ato do Presidente do Senado Federal n. 379 de 2009:

---

<sup>2</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 319.

<sup>3</sup> *Idem*, p. 319.

<sup>4</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*.

“[u]m sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito”.

Os principais objetivos da reforma, na importante visão da comissão de juristas, foram:

“...poder-se-ia dizer que os trabalhos da comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão”.

E, sempre na esteira de busca maior da efetividade da tutela, os juristas arrematam com o reconhecimento de inspiração em institutos do direito comparado, na medida em que vivemos em uma era globalizada:

“Foram criados institutos inspirados no direito estrangeiro, como se mencionou ao longo desta Exposição de Motivos, já que, a época em que vivemos é de interpenetração das civilizações. O Novo CPC é fruto de reflexões da Comissão que o elaborou, que culminaram em escolhas racionais de caminhos considerados adequados, à luz dos cinco critérios acima referidos, a obtenção de uma sentença que resolva o conflito, com respeito aos direitos fundamentais e no menor tempo possível, realizando o interesse público da atuação da lei material”.

Mas a busca de efetividade processual não pode se confundir com a mera obtenção de celeridade, na medida em que um processo que seja rápido, mas que não respeite o *due process of law*, não estará em conformidade com o espírito do moderno processo civil, o qual também almeja garantir o respeito às garantias constitucionais.

Nessa esteira, oportuna é a lição de José Roberto dos Santos Bedaque,<sup>5</sup> para quem o processo efetivo é aquele que resume o adequado equilíbrio entre a celeridade e a segurança:

---

<sup>5</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 49.

“Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo. Em princípio, não há efetividade sem contraditório e ampla defesa. A celeridade é apenas mais uma das garantias que compõem a idéia do devido processo legal, não a única. A morosidade excessiva não pode servir de desculpa para o sacrifício de valores também fundamentais, pois ligados à segurança do processo”.

Maria Elizabeth de Castro Lopes e João Batista Lopes,<sup>6</sup> em recomendado artigo sobre o tema, assim observam:

“Tem-se observado, em trabalhos acadêmicos, certa confusão entre celeridade e efetividade. Talvez em razão da constante preocupação com a morosidade da justiça, a efetividade muitas vezes é identificada com celeridade ou com presteza da atividade jurisdicional. Nada, porém, menos exato, já que a celeridade é apenas um aspecto da efetividade. Com maior rigor técnico e à luz da Emenda n. 45, aos jurisdicionados se deve garantir a razoável duração do processo que, entre outros aspectos, terá de levar em consideração a complexidade da causa. Por exemplo, se o desate da lide exigir prova pericial, e o juiz a dispensar, em nome da celeridade processual, a efetividade do processo estará irremediavelmente comprometida: o julgamento não será antecipado, mas precipitado... Tem-se, pois, que a celeridade processual não pode vulnerar as garantias constitucionais entre as quais se colocam a ampla defesa e a produção da prova”.

Assim, como já tivemos a oportunidade de defender, “o processo efetivo é aquele que busca resolver de forma eficaz a lide, dentro de uma ótica de economia processual, atendendo o equilíbrio entre a celeridade e o respeito aos princípios que compõem o devido processo legal; respeitando-se a adequada segurança aos valores fundamentais que devem ser preservados em favor dos sujeitos do processo”.<sup>7</sup>

Respeitar o devido processo legal, portanto, é elemento essencial em toda a sistemática do moderno processo civil.

---

<sup>6</sup> CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de; LOPES, João Batista. *Princípio da efetividade. Princípios processuais civis na constituição*, pp. 244-245.

<sup>7</sup> MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Proibição da prova ilícita no processo civil brasileiro*, p. 20.

A Magna Carta, em seu art. 5º, LIV, prescreve que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Certamente o devido processo legal é princípio base para todo o sistema processual, encerrando em seu conceito o dever de respeitar as garantias processuais que são conferidas pela Constituição Federal e pelas regras ordinárias às partes, entre elas o direito ao contraditório e à ampla defesa, conferindo-se, ainda, tratamento igualitário aos litigantes.

Vale aqui a lição de Nelson Nery Jr.:<sup>8</sup>

“E é nesse sentido unicamente processual que a doutrina brasileira tem empregado, ao longo dos anos, a locução ‘devido processo legal’, como se pode verificar, v.g., da enumeração que se fez das garantias dela oriundas verbis: a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis ex post facto; f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra a auto-incriminação.

Especificamente quanto ao processo civil, já se afirmou ser manifestação do *due process of law*: a) a igualdade das partes; b) garantia do *jus actionis*; c) respeito ao direito de defesa; d) contraditório.

Resumindo o que foi dito sobre esse importante princípio, verifica-se que a cláusula procedural *due process of law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo a pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos.”

A correta aplicação do *due process of law* permite a obtenção de um processo efetivo, pautado pelo respeito à segurança, mas também voltado à celeridade.

O devido processo legal encerra em seu conceito a diretriz de que ninguém será privado de sua liberdade e/ou de seus bens sem a observância de procedimento previamente previsto em lei, bem como sem a garantia da ampla defesa, do contraditório,

---

<sup>8</sup> NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*, p. 70.

da motivação das decisões judiciais, do direito à prova e do devido tratamento igualitário entre as partes do processo.

Para Cássio Scarpinella Bueno,<sup>9</sup> o conceito de devido processo legal tem profunda relação com a noção de devida participação das partes no processo, devendo-se assegurar às mesmas a possibilidade de defesa e contraditório.

O direito de provar o quanto se alega também é expressão do devido processo legal e é garantia do adequado acesso à justiça (art. 5º, XXXV e LIV, da Magna Carta).

Para João Batista Lopes,<sup>10</sup> as alegações de fato são objeto de prova:

“À demonstração dos fatos (ou melhor, das alegações dos fatos) é que se dá o nome de prova... o vocábulo prova provém do latim *probatio*, com o significado de verificação, exame, inspeção. De acordo com os dicionaristas, quer dizer ‘aquilo que mostra a verdade de uma proposição ou realidade de um fato’. Na linguagem jurídica, o termo é empregado como sinônimo de demonstração (dos fatos alegados no processo). É a chamada prova judiciária.”

Para o mesmo mestre, as provas podem ser: direta (se refere ao próprio fato objeto da prova) ou indireta (se refere a fato diverso do que efetivamente se pretende demonstrar, mas que com ele se relaciona), pessoal (feita por meio de testemunho ou de depoimento) ou real (feita por meio de objetos e demonstrações), oral (ex: testemunhal) ou escrita (ex: documento).<sup>11</sup>

Como lembram Giovanni Arieta, Francesco de Santis e Luigi Montesano:<sup>12</sup> *“la prova può definirsi come uno strumento di rappresentazione ed accertamento di determinati fatti che si assumono dalle parti come storicamente accaduti, in grado di fondare, e comunque di influire sul convincimento del giudice, quale organo estraneo ed imparziale rispetto al conflitto che oppone le parti”*.

João Batista Lopes,<sup>13</sup> acerca do tema, assevera que o direito à prova no processo civil é consequência lógica do devido processo legal e da garantia de acesso à justiça, além de ter profunda relação com a necessidade de o magistrado motivar suas decisões judiciais:

---

<sup>9</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, pp. 104-105.

<sup>10</sup> LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*, p. 25.

<sup>11</sup> *Idem*, pp. 35-36.

<sup>12</sup> ARIETA, Giovanni; DE SANTIS, Francesco; MONTESANO, Luigi. *Corso Base di Diritto Processuale Civile*, p. 325.

<sup>13</sup> LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*, pp. 166-168.



“Aspecto novo no estudo da matéria é, porém, a preocupação com o direito à prova no processo civil decorrente do elastério que hoje se confere ao direito de ação e à ampla defesa. De acordo com a doutrina atual, o direito de ação não significa simples faculdade de movimentar a máquina judiciária para obter um pronunciamento judicial. Nem é suficiente sustentar, com apoio em Liebman e Rosenberg, que a ação é o direito de obter uma sentença sobre o mérito da causa. À luz da efetividade do processo, do instrumentalismo substancial, do processo civil de resultados, a ação deve garantir o direito ao devido processo legal e colimar o acesso à ordem jurídica justa. Para tanto, não basta assegurar o acesso formal e protocolar ao juiz ou tribunal: é de rigor garantir o direito à tutela jurisdicional qualificada, ao devido processo legal, com respeito ao contraditório, à ampla defesa, à igualdade de tratamento das partes, ao juiz natural, à proibição das provas ilícitas etc.

Como decorrência do princípio do devido processo legal (fórmula ampla que, a rigor, já consagra as garantias constitucionais sobreditas) refere-se à doutrina mais recente ao direito à prova, aspecto fundamental do direito à ampla defesa (...).

Como é curial, o reconhecimento do direito à prova tem, como corolário, o direito à sua indicação, especificação e produção, sempre implicações são intuitivas e, assim, tornam dispensáveis maiores considerações.

O mesmo não se diga, porém, do direito à valoração da prova, de que pouco se fala na doutrina. Trata-se, em verdade, de aspecto novo do tema a merecer maior reflexão.

O direito à valoração da prova tem íntima relação com o princípio constitucional que garante a motivação das decisões judiciais: é que o juiz tem o dever de motivar suas decisões indicando os elementos de fato e de direito que lhe formaram o convencimento”.

João Batista Lopes relaciona o direito à prova com o contraditório, sendo aquele um importante componente para o respeito a este último princípio.<sup>14</sup>

A preservação do direito constitucional à prova já foi proclamada pelo Superior Tribunal de Justiça, merecendo destaque o voto do Ministro Felix Fischer, proferido no HC 35362/MG, julgado em 09.11.2004 pela 5ª. Turma:

“O direito à prova está inserido no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que estatui que ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’, portanto, garantia fundamental do cidadão, que teve sua diligência

---

<sup>14</sup> LOPES, João Batista. *Contraditório e abuso do direito de defesa na execução*. Processo e Constituição. Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, p. 346.

deferida pelo magistrado. Não se está tratando do peso que essa prova terá quando do julgamento, mas sim do direito a que todo o acusado em geral possa produzir prova que entenda ser relevante para sustentar sua inocência”.

José Miguel Garcia Medina,<sup>15</sup> neste cenário, ressalta que: “o direito à prova é consectário do direito de ação. As partes têm o direito de provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa, bem como a falsidade dos fatos afirmados pela outra parte”.

Oswaldo A. Gozaini,<sup>16</sup> em obra sobre os princípios fundamentais do processo civil argentino, destaca que o direito à prova faz parte da essência do devido processo legal:

*“por un lado, existe el debido proceso constitucional, que está instalado como una garantía anterior al conflicto y que asegura el derecho a ser oído por un juez independiente e imparcial, en el menor tiempo posible, ofreciendo un proceso con todas las demás garantías del procedimiento. Por outro, surge el debido proceso formal, el cual atiende el desarrollo interno y las coberturas mínimas inalienables que deben aparecer suficientemente cumplidas en el tramite; por ejemplo, la igualdad entre las partes, la bilateralidad permanente, el derecho a la contradicción, a ofrecer y producir prueba”.*

## **2. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA**

Mas o direito à produção da prova não pode ser absoluto, devendo ser limitado pela proibição ao uso da prova ilícita (art.5º, LVI, da Magna Carta). E isso como respeito ao próprio devido processo legal e em nome da adequada efetividade do processo.

Mauro Cappelletti,<sup>17</sup> em brilhante estudo sobre o tema, na mesma vertente, já ministrou que:

“[t]ambém uma moderna concepção probatória, segundo a qual todos os elementos de prova relevantes para a decisão deveriam poder ser submetidos à valoração crítica do juiz, admite, no entanto, hipóteses em que o direito à prova pode ceder frente a outros valores, em especial se estão garantidos constitucionalmente”.

---

<sup>15</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*, p. 643

<sup>16</sup> GOZAINI, Oswaldo A. *Garantías, principios y reglas del proceso civil*, p. 92.

<sup>17</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideología e sociedade*, p. 560.

Neste contexto, como já tivemos a oportunidade de defender, “é certo admitir que garantias constitucionais como a do devido processo legal, a da adequada tutela jurisdicional e a da não admissão da prova ilícita (arts. 5º, XXXV, LIV, LV e LVI, da Magna Carta) devem conviver e constituem uma espécie de limitador ao livre uso da prova no processo civil”.<sup>18</sup>

Hernando Devis Echandia,<sup>19</sup> na mesma linha, enfatiza a necessidade de o direito à prova sofrer limitações diante da proibição ao uso da prova ilícita.

Atualmente, a proibição da prova ilícita está refletida no art.5º, LVI, da Magna Carta, e no art. 369 do Código de Processo Civil; regras estas que estampam importante restrição ao livre exercício do direito à prova no processo civil brasileiro.

O sistema probatório brasileiro adota a liberdade dos meios de prova, de tal sorte que todo e qualquer instrumento de prova pode ser admitido no processo (arts. 155 do Código de Processo Penal e 369 do Código de Processo Civil).

Mas o próprio art. 369 do Código de Processo Civil apresenta um grande limitador a essa liberdade probatória, o qual é justamente o da proibição ao uso da prova ilícita.

Paulo Osternack do Amaral,<sup>20</sup> acerca do tema, bem ministra que:

*“o ordenamento jurídico brasileiro veda o aproveitamento no processo de provas obtidas por meios ilícitos (CF/1988, art. 5, LVI). Trata-se da imposição pela constituição de um limite moral ao direito à prova, que norteia a conduta das partes e a atividade do juiz no processo. O código de processo civil contemplou em sede infraconstitucional a proibição de provas ilícitas a contrario sensu, ao admitir a produção de provas atípicas desde que sejam legais e moralmente legítimas”.*

Mas o que é prova ilícita?

Luiz Guilherme Marinoni<sup>21</sup> define prova ilícita como: “[a] prova é ilícita quando viola uma norma, seja de direito material, seja de direito processual”.

João Batista Lopes assevera que a expressão “provas ilícitas” pode ser entendida em sentido lato, quando forem tais provas contrárias à Constituição, à legislação e aos bons costumes; e em sentido estrito, quando tais provas violem disposições legais,

<sup>18</sup> MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Proibição da prova ilícita no processo civil brasileiro*, p. 13.

<sup>19</sup> ECHANDIA, Hernando Devis. *Pruebas ilícitas. Revista de processo*, v. 32, p. 83.

<sup>20</sup> AMARAL, Paulo Osternack. *Provas*, p. 190.

<sup>21</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, p. 325.

inclusive a Constituição. O mestre ainda aponta a existência de uma terceira corrente, que vincula as provas ilícitas à violação de direitos constitucionais essenciais.<sup>22</sup>

Ainda seguindo os ensinamentos de João Batista Lopes, a doutrina também aponta divergência entre os termos “provas ilícitas” e “provas ilegítimas”.

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.

A teoria de Pietro Nuvolone poderia assim ser resumida: prova ilícita é aquela que ofende um direito material. Prova ilegítima é aquela que ofende um direito processual: “[e]m sede doutrinária, há que extremar, também, as provas ilícitas das provas ilegítimas. Para Nuvolone, consideram-se ilícitas as provas que vulnerarem normas de direito material e ilegítimas as que ofendam disposições de caráter processual.”<sup>23</sup>

Nas próprias palavras do mestre italiano:<sup>24</sup>

*“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 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 di 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*

---

<sup>22</sup> LOPES, João Batista. Contraditório e abuso do direito de defesa na execução. *Processo e Constituição. Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, p. 96.

<sup>23</sup> LOPES, João Batista. Contraditório e abuso do direito de defesa na execução. *Processo e Constituição. Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, p. 96.

<sup>24</sup> 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.

*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”.*

Debruçando-se sobre o tema, Nelson Nery Jr.<sup>25</sup> também descreve a divergência existente sobre a adequada terminologia referente à expressão “*prova ilícita*”:

*“O que é prova ilícita? Conceituar prova obtida ilicitamente é tarefa da doutrina. Há alguma confusão reinando na literatura a respeito do tema, quando se verifica o tratamento impreciso que se dá aos termos prova ilegítima, prova ilícita, prova ilegitimamente admitida, prova obtida ilegalmente. Utilizando-se, entretanto, a terminologia de prova vedada, sugerida por Nuvolone, tem-se que há prova vedada em sentido absoluto (quando o sistema jurídico proíbe sua produção em qualquer hipótese) e em sentido relativo (há autorização do ordenamento, que prescreve, entretanto, alguns requisitos para a validade da prova). Resumindo a classificação de Nuvolone, verifica-se que a prova será ilegal sempre que houver violação do ordenamento como um todo (leis e princípios gerais), quer sejam de natureza material ou meramente processual. Ao contrário, será ilícita a prova quando sua proibição for de natureza material, vale dizer, quando for obtida ilicitamente. Em outra classificação, a prova pode ser ilícita em sentido material e em sentido formal. A ilicitude material ocorre quando a prova deriva ‘a) de um ato contrário ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório (invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, quebra de segredo profissional, subtração de documentos, escuta clandestina, constrangimento físico ou moral na obtenção de confissões ou depoimentos testemunhais etc.)’. Há ilicitude formal quando a prova ‘decorre de forma ilegítima pela qual ela se produz, muito embora seja lícita a sua origem. A ilicitude material diz respeito ao momento formativo da prova: a ilicitude formal, ao momento introdutório da mesma’”.*

Nelson Nery Jr. aborda a diferença entre a ilicitude material e a formal da prova; sendo a primeira viciada porque contrariou algum dispositivo da legislação referente a um direito material, e sendo a segunda viciada porque, ainda que legítima quanto à sua obtenção, foi contrária a algum dispositivo processual na forma como utilizada nos autos.

O art. 157 do Código de Processo Penal nos apresenta uma definição de prova ilícita, a qual seria aquela que viola disposições legais e/ou constitucionais:

---

<sup>25</sup> NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, pp. 199-200.

“Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)”.

Acerca da proibição constitucional da prova ilícita, Julio Fabbrini Mirabete<sup>26</sup> leciona que:

“Cortando cerce qualquer discussão a respeito da admissibilidade ou não de provas ilícitas em juízo, a Constituição Federal de 1988 expressamente dispõe que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Deu o legislador razão à corrente doutrinária que sustentava não ser possível ao juiz colocar como fundamento da sentença prova obtida ilicitamente. A partir da vigência da nova carta magna, pode-se afirmar que são totalmente inadmissíveis no processo civil e penal, tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual, quanto às provas ilícitas, obtidas com violação das normas de direito material. Estão assim proibidas as provas obtidas com violação de correspondência, de transmissão telegráfica e de dados, e com captação não autorizada judicialmente das conversas telefônicas (art. 5, XII); com violação do domicílio, exceto nas hipóteses de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou determinação judicial (art. 5, XI); com violação da intimidade, como as fonográficas, de fitas gravadas de contatos em caráter privado e sigiloso (art. 5, X); com abuso de poder, como a tortura, p.ex., com a prática de outros ilícitos penais, como furto, apropriação indébita, violação de sigilo profissional, etc...”.

Sobre o mandamento constitucional do art. 5º, LVI, Nelson Nery Jr. observa que sua aplicabilidade atinge o processo civil, penal e administrativo;<sup>27</sup> sendo certo que sua inobservância gera nulidade processual.<sup>28</sup>

O estudo do tema em tela exige ainda uma importante indagação acerca da possibilidade de o princípio proibição da prova ilícita ser relativizado no processo civil.

O magistério do professor José Roberto dos Santos Bedaque,<sup>29</sup> integrante da comissão de juristas que desenharam o novo código de processo civil, defende expressamente, com base no princípio da proporcionalidade, a relativização da proibição da prova ilícita em nome da proteção de valores que se mostram mais importantes em um caso concreto, bem como em nome da busca da verdade por parte do magistrado; sendo

---

<sup>26</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*, pp. 260-261.

<sup>27</sup> NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 196. No mesmo sentido: MEDINA, José Miguel Garcia.

<sup>28</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*.

<sup>29</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. pp. 148-155.

certo que o processo que se aproxima de uma solução baseada na verdade dos fatos está em conformidade com a ordem pública e com o fim institucional do Poder Judiciário, que é o de tutelar de forma eficaz os direitos sub judice.

A questão ora apresentada se mostra mais intrigante ao se notar que os debates acadêmicos e jurisprudenciais que visam relativizar a proibição da prova ilícita, com base no princípio da proporcionalidade, ocorrem mais frequentemente no campo do processo penal, no qual geralmente os valores a serem tutelados podem gerar colisão de princípios e garantias constitucionais, a ponto de se permitir excepcionalmente uma prova ilícita para garantir, por exemplo, a inocência de um acusado; e (ii) apesar dos debates se centrarem com mais frequência no universo penal, não existe nenhuma linha tendendo à relativização da proibição da prova ilícita no art. 157 do Código de Processo Penal, e isso porque, provavelmente, o legislador preocupou-se em não transferir para o magistrado o poder legal, fundado em uma cláusula geral baseada no princípio da proporcionalidade, de afastar o importante mandamento constitucional do inciso LVI do art. 5º da Magna Carta.

### **3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Para se compreender um pouco mais a ponderação acima, vale entendermos o que seria o princípio da proporcionalidade e como o mesmo poderia ser utilizado para relativizar a proibição da prova ilícita.

Sérgio Shimura,<sup>30</sup> sobre o tema, leciona que basicamente duas correntes surgem diante da proibição da prova ilícita: (i) a que defende a vedação absoluta de tal prova; e (ii) a que adota o princípio da proporcionalidade, a qual busca verificar qual é o interesse que deve predominar em determinado caso, com vistas a se admitir, ou não, prova obtida por meio ilícito. Confira-se:

“Uma primeira corrente (proibitiva ou obstativa) pugna pela vedação absoluta da prova ilegal ou obtida por meio ilícito. O fundamento dessa posição deita raízes nos direitos e garantias individuais, como o direito à intimidade, honra, imagem, domicílio, sigilo de correspondência e de comunicações. Uma segunda corrente,

---

<sup>30</sup> SHIMURA, Sérgio. Princípio da proibição da prova ilícita. *Princípios processuais civis na constituição*, p. 264.

mais flexível, vale-se do princípio da proporcionalidade, conhecida como a do interesse predominante, admitindo a prova, conquanto ilícita ou ilegal, tudo a depender dos valores jurídicos e morais em discussão no caso concreto”.

Mas o que é princípio da proporcionalidade?

O magistério de João Batista Lopes<sup>31</sup> o define como sendo o sopesamento dos valores e interesses em jogo a que procede o juiz para chegar à solução do conflito.

Gisele dos Santos Fernandes Góes<sup>32</sup> aponta ser o direito à prova uma importante expressão do devido processo legal, a qual, contudo, deve conviver com a proibição constitucional de admissão das provas obtidas por meio ilícito. Para a autora, do cotejo entre o direito a provar e a garantia de não se admitir prova ilícita no processo, surge a importância do princípio da proporcionalidade.

A mesma autora<sup>33</sup> ensina que o princípio da proporcionalidade demanda a análise do caso, com a devida ponderação de valores em jogo, observando-se o problema concreto sob o prisma da adequação e necessidade. Além disso, destaca que tal princípio – o da proporcionalidade – é essencial na mitigação da regra do inciso LVI do art. 5º da Magna Carta, pois em algumas situações a inflexibilidade da proibição da prova ilícita pode gerar injustiças.

Para Avolio, o princípio da proporcionalidade consiste em uma construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto.<sup>34</sup>

Sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover<sup>35</sup> bem ministra que:

“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

---

<sup>31</sup> LOPES, João Batista. Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil. *Estudos de direito processual civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, p. 136.

<sup>32</sup> GÓES, Gisele Santos Fernandes. Cotejo entre o direito à prova e a proibição das provas obtidas por meios ilícitos. *Processo e Constituição. Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, p. 957.

<sup>33</sup> GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil*, pp. 63-150

<sup>34</sup> AVOLIO, Luis Francisco Torquato. *Provas ilícitas, interceptações telefônicas e gravações clandestinas*, p. 62.

<sup>35</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, p. 115



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”.

Ricardo Raboneze,<sup>36</sup> destacando a lição de Nicoló Trocker, aponta que a jurisprudência alemã, ao verificar que há algum valor superior a ser protegido (seja ele de caráter público ou privado), admite, em caráter excepcional, o uso da prova ilícita.

O assunto, como assevera Nelson Nery Jr.,<sup>37</sup> é objeto de polêmica, sendo certo que tal autor nega os extremos e confere homenagem ao princípio da proporcionalidade. Acerca do tema, Nelson Nery Jr.<sup>38</sup> traz brilhante ponderação do professor Vicente Greco Filho:

“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. Veja-se, por exemplo, a hipótese de uma prova decisiva para a absolvição obtida por meio de uma ilicitude de menor monta. Prevalece o princípio da liberdade da pessoa, logo a prova será produzida e apreciada, afastando-se a incidência do inciso LVI do art. 5.º da Constituição, que vale como princípio, mas não absoluto, como se disse. Outras situações análogas poderiam ser imaginadas. A ilicitude do meio de obtenção da prova seria afastada quando, por exemplo, houver justificativa para a ofensa a outro direito por aquele que colhe a prova ilícita. É o caso do acusado que, pra provar sua inocência, grava clandestinamente conversa telefônica entre outras duas pessoas. Age em legítima defesa, que é causa da exclusão da antijuridicidade, de modo que essa prova antes de ser ilícita é, ao contrário, lícita, ainda que fira o direito constitucional de inviolabilidade da intimidade, previsto no art. 5.º, n. X, CF, que, como já se disse, não é absoluto”.

A clássica lição de Vicente Greco Filho aplica-se ao caso referente à obtenção, via gravação clandestina de conversa de terceiros, da prova de inocência de uma pessoa presa injustamente. Em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a prova, nesse

---

<sup>36</sup> RABONEZE, Ricardo. *Provas obtidas por meios ilícitos*, p. 24.

<sup>37</sup> NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 194.

<sup>38</sup> *Idem*, pp. 194-195.

caso, deveria ser admitida. O mesmo professor,<sup>39</sup> em seu manual de direito processual, volta ao tema, indicando a mesma abordagem:

“O processo é instrumental em relação à ordem jurídica em geral, que deve ser entendida como um todo, não se podendo desconhecer, no processo, a ilicitude praticada, ainda que fora do processo. Se a parte, por meios lícitos, não pode obter a prova que precisa, perde a demanda, e esse mal é menor do que implicitamente autorizá-la à violação da lei para colher o meio de prova. O inciso LVI do art. 5º da Constituição proíbe a utilização de prova obtida por meio ilícito; mas tal regra não é absoluta, porque pode haver necessidade de conciliar a norma com outros direitos constitucionais, como sustentamos em nosso Tutela constitucional das liberdades (saraiva, 1989)”.

O princípio da proporcionalidade é apontado, assim, como o mecanismo pelo qual, no caso concreto, o magistrado poderá ponderar entre os valores constitucionalmente garantidos, podendo fazer uma escolha que acarretará, ou não, na mitigação da regra de não admissão da prova ilícita.

Porém, como assevera Luiz Guilherme Marinoni,<sup>40</sup> a prova ilícita somente pode ser admitida em casos excepcionais, após a devida incidência do princípio da proporcionalidade, e somente quando for a única maneira de se tutelar bem maior.

Sobre o tema, importante é a lição de Cássio Scarpinella Bueno, para quem existe diferença entre a prova ilícita e a prova lícita, porém obtida por meio ilícito. Um exemplo da primeira, seria a prova obtida mediante tortura, o que denotaria violação máxima a preceito constitucional. Um exemplo da segunda seria a prova documental, porém obtida por meio ilícito, via irregular quebra de sigilo de correspondência. Para o professor, apenas a prova lícita, porém obtida por meio ilícito, é que poderia sofrer o temperamento via princípio da proporcionalidade, ponderando-se sobre sua aplicação no caso concreto. E isso quando for o único meio de prova e quando o caso tiver valores em jogo que sejam constitucionalmente mais importantes.<sup>41</sup>

Mas, como é curial, a aplicação do princípio da proporcionalidade é alvo de críticas, dada a grande margem de subjetivismo na tarefa do magistrado de sopesar os valores em jogo no caso concreto.

---

<sup>39</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, p. 184.

<sup>40</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, p. 327.

<sup>41</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, pp. 136-137.

O Supremo Tribunal Federal, no HC 80.949/RJ, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, em julgamento ocorrido na 1ª Turma em 30.10.2001, já afastou a incidência do princípio da proporcionalidade, entendendo pela impossibilidade de se mitigar a regra do inciso LVI do art. 5º da Magna Carta:

“Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo, 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”.

A crítica ao sistema da proporcionalidade pode ser muito bem resumida com as seguintes palavras de Avolio:<sup>42</sup>

“A teoria encerra um subjetivismo ínsito, que já deflui da impossibilidade de enunciação dos seus elementos essenciais em um plano abstrato (interesses e valores). Sua aplicação jurisprudencial, como demonstram as linhas de evolução, reveste-se de algumas incertezas”.

José Carlos Barbosa Moreira,<sup>43</sup> sobre o critério para aplicação do princípio da proporcionalidade, leciona que os aspectos que devem ser valorados pelo magistrado em determinada situação são:

“A gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado, outras circunstâncias, o julgador decidiria qual dos interesses em conflito deve ser sacrificado, e em que medida”.

Mas não há dúvida de que é árdua a tarefa de se disciplinar de forma objetiva a aplicação de tal princípio, parecendo certo que aos magistrados é conferida a difícilíssima missão de adequadamente sopesar os valores em jogo, e verificar se o caso concreto permite o afastamento, em nome de um bem indubitavelmente maior, da regra de proibição da admissão da prova ilícita.

---

<sup>42</sup> AVOLIO, Luis Francisco Torquato. *Provas ilícitas, interceptações telefônicas e gravações clandestinas*, p. 72.

<sup>43</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. Temas de direito processual*, pp. 109-110.

Os exemplos mais claros na jurisprudência nacional acerca do tema estariam nos repertórios de processo penal, pois, como é cediço, os valores em jogo em tal procedimento geralmente permitem ao magistrado, com um pouco mais de clareza, proceder à escolha para fins de aplicação, ou não, do princípio da proporcionalidade. Parece também ser essa a conclusão de Sérgio Shimura:<sup>44</sup>

“No campo penal, imagine-se a hipótese de o réu, para provar a sua inocência, venha a violar a correspondência alheia ou interceptar a conversa telefônica entre terceiros, caso em que se poderia cogitar na mitigação da proibição da prova ilícita. Também a admite quando a prova (ilícita) não seja o único fundamento nem o principal para o acolhimento ou rejeição do pedido”.

Ora, como já exemplificado acima, deixar de admitir no processo como eficaz uma gravação clandestina, cujo teor inocenta um acusado preso, parece-nos que seria uma flagrante injustiça; sendo esse exemplo um clássico apelo para que os sistemas processuais tenham mecanismos que permitam ao magistrado sopesar valores e zelar pela adequada aplicação da justiça no caso concreto.

Contudo, e no processo civil? A regra constitucional do inciso LVI do art. 5º poderia ser relativizada pelo princípio da proporcionalidade?

É realmente difícil acreditar que uma lide que verse somente sobre valores patrimonialmente disponíveis permita o afastamento daquele mandamento constitucional, em homenagem à busca da verdade real referente ao caso concreto.

O princípio da proporcionalidade deve ser aplicado com extrema cautela, devendo o magistrado sopesar minuciosamente os valores em jogo. João Batista Lopes bem observa que a aplicação indiscriminada do princípio da proporcionalidade pode comprometer a ordem social.<sup>45</sup>

Se a prova foi obtida ilicitamente ao arrepio de mandamentos constitucionais, para servir de comprovação a fatos debatidos em lide que simplesmente versa sobre bens patrimonialmente disponíveis, parece-nos que o mandamento constitucional da proibição à admissão da prova ilícita não deve ser afastado.

---

<sup>44</sup> SHIMURA, Sérgio. *Princípio da proibição da prova ilícita. Princípios processuais civis na constituição*, p. 264.

<sup>45</sup> LOPES, João Batista. Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil. *Estudos de direito processual civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, p. 140.

O tema ganha o patamar de polêmica ao se imaginar valores não disponíveis, como questões litigiosas envolvendo direito de família. Talvez, em tais casos concretos, o magistrado encontre o adequado cenário para, via princípio da proporcionalidade, mitigar a regra do inciso LVI do art.5º da Magna Carta. Assim também parece entender Sérgio Shimura:<sup>46</sup>

“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”.

Teresa Arruda Alvim,<sup>47</sup> neste contexto, também admite a relativização da ilicitude da prova para a proteção de direitos que envolvem menores:

“A CF repele a prova obtida por meio ilícito. Enquadram-se, aí, as provas colhidas sem observância ao direito à inviolabilidade da intimidade, imagem, domicílio e correspondência, que é assegurado constitucionalmente. Assim, é ilícita a interceptação por terceiro de conversa telefônica, bem como de correspondência alheia, para utilizá-la no processo civil, ou a oitiva de testemunha mediante coação moral. Consideram-se lícitas, porém, a gravação da conversa telefônica por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, ou a apresentação em juízo de correspondência de que a parte é destinatária, ou ainda a apreensão de computador que compõe o patrimônio público, para fins de apuração de ato de improbidade. Em razão do princípio da confidencialidade, que rege tanto a conciliação, quanto à mediação, considera-se ilícita a apresentação nos autos de documentos obtidos durante as audiências realizadas na tentativa de autocomposição entre as partes. Há controvérsia a respeito do aproveitamento da prova ilícita. Há aqueles que a inadmitem em qualquer hipótese, sustentando que sua ilicitude contaminaria o resultado do processo e as demais provas obtidas lícitamente. Outros entendem que se deve punir a parte pelo cometimento do ilícito na obtenção da prova, mas aproveitá-la

---

<sup>46</sup> SHIMURA, Sérgio. *Princípio da proibição da prova ilícita. Princípios processuais civis na constituição*, p. 265.

<sup>47</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; Mello, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, p. 710.

em razão do seu conteúdo, fazendo prevalecer, aos direitos individuais, o interesse público na efetividade do processo. E, por sua vez, há uma terceira corrente que adota posição intermediária, a que aderimos. Segundo esta, aquele que violou direito material para conseguir a prova ilícita deve responder pelo ato praticado, mas a prova deverá ser aproveitada, desde que confiável (não tenha sido obtida mediante tortura, uso de drogas, coação moral, por exemplo), inexistam outros meios de prova, e estejam em jogo interesses relevantes – como os que envolvem menores – que se sobreponham à violação da privacidade”.

Maria Elizabeth de Castro Lopes,<sup>48</sup> em obra sobre o princípio dispositivo, bem destaca que o princípio da proporcionalidade, no tema da admissibilidade das provas, teria mais aplicação na proteção de direitos indisponíveis; sendo de difícil incidência nas lides envolvendo direitos patrimoniais disponíveis.

Neste contexto, observa-se que o processo penal realmente é mais fértil para a incidência do princípio da proporcionalidade, principalmente diante de situações onde a liberdade de um ser humano pode ser tutelada e garantida em razão da admissão de determinada prova, ainda que a mesma esteja revestida de alguma ilicitude na forma de sua obtenção e juntada aos autos.

E mesmo diante de exemplos mais constantes no palco do processo penal, é certo que o legislador não ousou relativizar a proibição da prova ilícita em nenhuma linha sequer do art. 157 do Código de Processo Penal; tudo de modo a garantir-se, na legislação ordinária, a mesma diretriz da proibição existente no mandamento constitucional do inciso LVI do art. 5º da Magna Carta.

A explicação pode estar na certeza de que a aplicação do princípio da proporcionalidade deve sempre ser excepcional e realmente justificada em casos concretos onde, de fato, a admissão de uma prova ilícita poderá garantir direito constitucional inequivocamente mais importante; e que de outra forma, sem tal prova, não poderia ser tutelado.

#### **4. PROVA EMPRESTADA**

---

<sup>48</sup> CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de. *O juiz e o princípio dispositivo*, p. 48.

O novo código de processo civil, em seu art. 372, prevê a possibilidade do empréstimo da prova, desde que respeitado o princípio do contraditório.

Há muito se debate sobre a validade do uso da prova emprestada no processo civil, de modo que a posituação de tal instituto ratifica posição já sinalizada na doutrina e na jurisprudência.

Por prova emprestada se entende aquela que foi produzida em outro processo, cujos efeitos a parte pretende que sejam apreciados e considerados válidos por magistrado que preside um processo diverso.

Para Nelson Nery Jr,<sup>49</sup> a questão mais importante para a admissão da prova emprestada é a observância do contraditório em relação aos litigantes. Na mesma direção segue Luiz Guilherme Marinoni,<sup>50</sup> para quem a observância do contraditório na produção da prova é fundamental para que esta possa emprestar os seus efeitos a outros autos.

Lição semelhante se extrai da obra de Eduardo J. Couture:<sup>51</sup>

“As provas produzidas em outro juízo podem ser válidas, se nele a parte teve a oportunidade de empregar contra elas todos os meios de controle e de impugnação que a lei lhe conferia no juízo em que foram produzidas (...). Da mesma maneira, as provas do juízo penal podem ser válidas no juízo cível, se no processo criminal a parte teve a oportunidade de exercer contra elas todas as formas de impugnação facultadas pelo processo penal”.

A validade do uso da prova emprestada já foi chancelada algumas vezes pelo Superior Tribunal de Justiça, merecendo referência o voto do Ministro Felix Fischer, proferido no RMS 20066/GO, julgado em 16.02.2006 pela 5ª Turma:

“A respeito da chamada prova emprestada, na hipótese, relativa aos depoimentos, documentos, notas taquigráficas de escutas telefônicas, entre outros, inexistente qualquer vício legal. É o que esta c. Corte, reiteradas vezes, já decidiu:

‘Acerca da utilização de prova emprestada da ação penal a que responde a servidora, de nenhuma ilegalidade se reveste, não havendo qualquer óbice jurídico à ampla instrução probatória para a melhor elucidação dos fatos.

(...)

---

<sup>49</sup> NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 191.

<sup>50</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, p. 323.

<sup>51</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*, p. 125.

Com efeito, a prova emprestada tem existência reconhecida na doutrina e na jurisprudência pátrias, valendo como tal a que foi produzida no processo-crime a que responde o servidor, juntadas nos autos do processo administrativo disciplinar, entre as quais, o interrogatório da impetrante, no qual fez recusa de qualquer declaração.

(...)

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e a do Supremo Tribunal Federal é firme em que a nulidade do processo administrativo disciplinar somente é declarável quando evidente a ocorrência de prejuízo à defesa do servidor acusado, por força do princípio *pas de nullité sans grief*.’ (Voto do e. Relator Min. HAMILTON CARVALHIDO, RMS nº 7.685-PR).

‘A doutrina e a jurisprudência se posicionam de forma favorável à ‘prova emprestada’, não havendo que suscitar qualquer nulidade, tendo em conta a utilização de cópias do inquérito policial que corria contra o impetrante. Constatado o exercício do contraditório e da ampla defesa’ (MS nº 9.850-DF, Rel. Min. ARNALDO DA FONSECA)’.

E especificamente quanto ao seu uso no processo civil, merece atenção julgado do Superior Tribunal de Justiça, pela admissão da prova emprestada. No RESP 683187/RJ, da relatoria da Ministra Nancy Andrigli, em julgamento ocorrido em 08.11.2005, a 3ª Turma entendeu que a prova emprestada seria admitida nos autos cíveis como modalidade de prova documental, inexistindo violação ao Código de Processo Civil quanto à sua admissão.

No mesmo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento ocorrido em 25.03.2014, a 2ª. Turma, com a relatoria do Ministro Herman Benjamin, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2013/0047650-6, validou o uso da prova emprestada produzida a luz do contraditório e do devido processo legal: “2. Quanto à violação dos artigos 330 e 332, ambos do CPC, o entendimento do STJ é no sentido de que não há cerceamento de defesa pela utilização de prova emprestada se esta tiver sido produzida com a observância do contraditório e do devido processo legal”.

No Supremo Tribunal Federal, em famoso julgamento da relatoria do Ministro Luiz Fux, referente à Reclamação 11.243, julgada em 08.06.2011, a importância do contraditório para o uso da prova emprestada foi fortemente realçada:

“2. A prova emprestada utilizada sem o devido contraditório, encartada nos acórdãos que deram origem à condenação do extraditando na Itália, no afã de agravar a sua situação jurídica, é vedada pelo art. 5º, LV e LVI, da Constituição,



na medida em que, além de estar a matéria abrangida pela preclusão, isto importaria verdadeira utilização de prova emprestada sem a observância do Contraditório, traduzindo-se em prova ilícita.”

A questão do uso da prova emprestada tem fundamental importância quando se estuda a problemática das provas ilícitas no processo civil.

Ricardo Raboneze,<sup>52</sup> apoiando-se nas lições de Nelson Nery Jr. e Rohnelt, leciona que apenas as provas lícitamente obtidas poderiam ser utilizadas como prova emprestada para fins do processo civil.

É bem de se ver que a aplicação do art. 372 do código de processo civil não deve prescindir de uma profunda análise do caso concreto, não só observando se a prova nos autos originais foi constituída e produzida à luz do devido processo legal, mas também se verificando, em especial, se a mesma atendeu ao quanto disposto nos arts. 369 do Código de Processo Civil e 5º, LVI, da Magna Carta.

Havendo ilicitude detectada, entra em cena o princípio da proporcionalidade, de modo que o magistrado titular da causa no feito cível deverá sopesar os valores em jogo, e verificar se o contexto que permitiu a produção da prova no feito original também autorizaria o seu uso, na modalidade de prova emprestada, no processo civil.

Em outras palavras, se os valores em jogo no processo penal, com base no princípio da proporcionalidade, autorizam a relativização da ilicitude da prova, esta prova somente poderá ser emprestada para o processo civil se os requisitos do art. 372 do código de processo civil forem observados, bem como se os valores em jogo no processo civil, também com base no princípio da proporcionalidade, autorizarem a relativização da ilicitude. Caso, no processo civil, o princípio da proporcionalidade não gere o mesmo efeito que no processo penal, porque os valores em jogo não são necessariamente os mesmos, então a prova não poderá ser emprestada, pois estaremos diante de prova originalmente ilícita; e apenas provas lícitas podem ser naturalmente emprestadas.

Proteger o *due process of law* – e os princípios a ele inerentes – é elemento de efetividade processual, sendo certo que:

“a celeridade não pode atropelar ou comprometer o processo giusto de que nos fala Comoglio, ou seja, o reconhecimento e a garantia dos direitos, a fundamental exigência de efetividade técnica e qualitativa, o contraditório, o juiz natural, etc.

---

<sup>52</sup> RABONEZE, Ricardo. *Provas obtidas por meios ilícitos*, p. 44.

Sobre preocupar-se com a celeridade, deverá o magistrado indagar, em cada caso, qual deva ser a duração razoável do processo. Em outras palavras, o processo deve durar o tempo necessário e suficiente para cumprir seus escopos, nem mais, nem menos”.<sup>53</sup>

#### REFERÊNCIAS

- AMARAL, Paulo Osternack. Provas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- ARIETA, Giovanni; DE SANTIS, Francesco; MONTESANO, Luigi. *Corso base di diritto processuale civile*. Roma: Cedam, 2016.
- AVOLIO, Luis Francisco Torquato. *Provas ilícitas, interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Temas de Direito Processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BASTOS, Celso Ribeiro e Martins, Ives Grandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. Volume II.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. Volume I.
- CALAMANDREI, Piero. *Estudos de direito processual na Itália*. Trad. por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

<sup>53</sup> LOPES, João Batista. Castro Lopes, Maria Elizabeth. *Novo Código de Processo Civil e efetividade da jurisdição*. Revista de Processo 188. São Paulo: RT, 2010. p. 173/174

\_\_\_\_\_. *Processo, ideologia e sociedade*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa, 1974.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Trad. por Almicare Carletti. São Paulo: Livraria e Ed. Universitária de Direito, 2002.

CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CASTRO LOPES, Maria Elizabeth de; LOPES, João Batista. Princípio da efetividade. *Princípios processuais civis na constituição*. Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes (coords.). São Paulo: Ed. Campos Jurídico, 2008.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2007.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad. por Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DIAS, Jefferson Aparecido. Princípio do devido processo legal. *Princípios processuais civis na constituição*. Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes (coords.). São Paulo: Ed. Campos Jurídico, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ECHANDIA, Hernando Devis. Pruebas ilícitas. *Revista de processo*, v. 32, ano VIII, 1983.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. Cotejo entre o direito à prova e a proibição das provas obtidas por meios ilícitos. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição. Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

GOZAINI, Osvaldo A. *Garantias, princípios y reglas del proceso civil*. Buenos Aires: Eudeba, 2015.

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

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

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

\_\_\_\_\_. Contraditório e abuso do direito de defesa na execução. *Processo e constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. E Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil. *Estudos de direito processual civil*. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. Luiz Guilherme Marinoni (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES, João Batista; CASTRO LOPES, Maria Elizabeth. Novo Código de Processo Civil e efetividade da jurisdição. *Revista de processo*, v. 188. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Proibição da prova ilícita no processo civil brasileiro*. São Paulo: Fiuza, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Rodrigo Pereira de. *Provas ilícitas e sua interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 22. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

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

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. *Rivista di diritto processuale*. Anno xxi. nº 3. Padova.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. Princípio da fundamentação das decisões judiciais. *Princípios processuais civis na constituição*. Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes (coords.). São Paulo: Ed. Campos Jurídico, 2008.

RABONEZE, Ricardo. *Provas obtidas por meios ilícitos*. 3. ed. São Paulo: Síntese, 2000.

RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. *As provas como instrumento de efetividade no processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

ROQUE, Maria José de Oliveira Lima. *Sigilo bancário e direito à intimidade*. Curitiba: Juruá, 2001.

SANTOS, Ernane Fidélis do. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Volume 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

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

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Volume I.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.