

PROVA ILÍCITA

LUIZ GUILHERME MARINONI

Titular de Direito Processual Civil das UFPR.
Pós-doutorado na Universidade Estadual de
Milão. Advogado.

Sumário: 1. Os planos dos fatos e das provas – 2. A ilicitude da prova diante da existência ou não de processo, da natureza do direito violado e da qualidade do violador – 3. Ilicitude no plano do direito material: i) na obtenção da prova pré-constituída, ii) na obtenção das informações consubstanciadoras da declaração testemunhal, iii) na formação e na produção da prova e iv) na utilização da prova pré-constituída – 4. Ilicitude no plano do direito processual: i) na admissão da prova e ii) na produção da prova – 5. A gravidade da violação – 6. A prova obtida com violação de regra processual que não implica lesão a direito fundamental. Conseqüências – 7. A norma constitucional que proíbe as provas “obtidas por meios ilícitos” – 8. Fundamento e significado do art. 5.º, LVI, da CF – 9. A opção do processo penal e a ausência de opção no âmbito do processo civil – 10. A proibição da prova ilícita no processo civil e a regra da proporcionalidade – 11. A contaminação das provas vinculadas fática e juridicamente à ilícita. A teoria dos frutos da árvore envenenada – 12. Exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada: o “descobrimiento inevitável” (*inevitable discovery exception*) e o “descobrimiento provavelmente independente” (*hypothetical independent source rule*) – 13. O problema da obtenção de informações de modo ilícito e da prova testemunhal que pode nelas se basear – 14. A teoria da descontaminação do julgado.

1. Os planos dos fatos e das provas

Inicialmente, é preciso frisar a separação entre os planos dos fatos e das provas. Mesmo que a distinção entre fato e prova

possa parecer evidente, muitas vezes um fato pode ser objeto de duas ou várias provas, daí decorrendo problemas quando uma das provas é ilícita.

Ainda que ambas as provas tenham o objetivo de elucidar o mesmo fato, em princípio uma prova pode ser totalmente independente da outra. Aliás, essa independência também pode ocorrer quando a prova é posterior à ilícita, mas com ela não tem qualquer vínculo.

O fato também tem a sua autonomia realçada quando a segunda prova, embora decorrente da ilícita, dela se desliga juridicamente, como acontece no caso em que a validade da última prova é admitida com base na teoria de que o fato seria inevitavelmente provado ou descoberto, pouco importando, assim, que a segunda prova tenha sido realizada a partir do resultado obtido em razão da prova ilícita. Trata-se da aplicação da teoria americana da *inevitable discovery exception*, introduzida pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1984, quando do julgamento do caso *Nix versus Williams*.¹

Ademais, nada impede que o fato constatado por meio de uma prova ilícita seja reconhecido pelo juiz quando admitido ou confessado em juízo, desde que, como é óbvio, essa confissão seja voluntária.

Lembre-se, por último, para que seja definitivamente evidenciada a separação das esferas probatória e fática, que, se a prova ilícita não tem eficácia no processo, o seu resultado pode ser utilizado no plano extraprocessual para impedir a ocorrência de um fato que provavelmente será praticado diante daquilo que foi descoberto.

1. Luis Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Navarra: Aranzadi, 2003, p. 194.

2. A ilicitude da prova diante da existência ou não de processo, da natureza do direito violado e da qualidade do violador

Há quem separe a prova obtida antes do processo e depois da sua instauração. Trata-se, porém, de uma distinção sem muita razão de ser, pois é evidente que a ilicitude pode ocorrer antes do início do processo – como acontece, por exemplo, com a gravação clandestina de uma conversa telefônica – ou depois da sua instauração, mediante a violação de direitos processuais ou materiais.

Note-se, aliás, que não há procedência em ligar a violação do direito material ao momento pré-processual. Ora, se uma testemunha é constrangida a depor em determinado sentido, existe violação a um direito fundamental material dentro do processo.

Outros, percebendo essa questão, preferem distinguir a prova obtida com violação do direito material da prova obtida com violação do direito processual. Assim, a prova testemunhal obtida mediante coação não seria confundida com uma prova obtida com violação ao contraditório.

Contudo, é preciso perceber que uma prova pode violar simples regras do procedimento probatório – cuja necessidade de observância não é imprescindível para a proteção das garantias da parte – e direitos fundamentais processuais. Nessa última hipótese, a prova contém vício tão grave quanto a que viola outra modalidade de direito fundamental, quando a separação da prova segundo a natureza do direito violado perde sentido.

Por fim, não importa quem violou a norma que gerou a ilicitude, se um funcionário público ou um particular. Embora essa questão importe para o processo penal, em que a prova ilícita é geralmente obtida por um agente público – antes do início

do processo e em violação a um direito fundamental material –, é evidente que a prova ilegalmente obtida por um particular merece a mesma reprovação.

3. Ilicitude no plano do direito material: i) na obtenção da prova pré-constituída, ii) na obtenção das informações consubstanciadoras da declaração testemunhal, iii) na formação e na produção da prova e iv) na utilização da prova pré-constituída

No plano do direito material, é possível pensar, em primeiro lugar, na obtenção ilegal da prova pré-constituída ou dos conhecimentos necessários para a declaração testemunhal.

Se uma prova foi licitamente constituída, mas foi posteriormente obtida de modo ilícito – por exemplo, mediante invasão de domicílio –, o meio de prova, em si mesmo, é lícito, embora a sua obtenção tenha ocorrido mediante violação do direito material.

Situação parecida acontece quando o depoimento testemunhal é prestado a partir de conhecimentos obtidos de modo ilícito. Assim, por exemplo, se a testemunha obteve as informações mediante espionagem das atividades da parte. No caso, não se pode dizer que a prova foi obtida de modo ilícito, mas sim que as informações reveladas por meio da prova foram obtidas de forma ilícita.

Além disso, não há como esquecer de separar as hipóteses em que a ilicitude está na *formação* da prova daquelas em que a ilicitude está na sua *produção*. Exemplos do primeiro caso acontecem quando alguém é coagido a fazer uma declaração por escrito, a posar para uma fotografia ou a prestar um depoimento gravado. Mas, quando a *testemunha* é coagida a depor (no processo), a ilicitude está na *produção* da prova.

Note-se, porém, que quando é feita a gravação clandestina de uma conversa telefônica, o depoente *não é forçado* a falar, embora a prova seja *obtida* de forma ilícita, mediante invasão da intimidade.

Além dos casos de formação, produção e obtenção de provas de modo ilícito, há situações em que a ilicitude decorre do uso de um documento como prova, assim como acontece com a utilização de um diário íntimo no processo. Trata-se de situação em que a ilicitude está na exposição do conteúdo do documento.²

4. Ilicitude no plano do direito processual: i) na admissão da prova e ii) na produção da prova

Há regras processuais que regulam a fase de admissão da prova. Assim, por exemplo, a admissão da prova deve considerar o momento do seu requerimento. Porém, também não podem ser *admitidas* as provas documentais obtidas ou formadas com violação do direito material e os documentos que se tornam ilícitos quando utilizados no processo.

No que diz respeito à testemunha coagida e à testemunha que se vale de conhecimentos obtidos de modo ilícito, a violação ocorre no momento da *produção* da prova. No segundo caso, embora a violação da intimidade para a obtenção das informações ocorra em instante anterior à produção da prova, a ilicitude da prova se dá no exato momento em que a testemunha presta o seu depoimento, isto é, em que a prova testemunhal é *produzida*. Isso evidencia claramente que a ilicitude na produção da prova pode decorrer de violação do direito material.

Porém, a ilicitude da *produção* (não da *formação*) da prova deriva, em regra, de violação do direito processual. Assim, por

2. Cf. Isabel Alexandre, *Provas ilícitas em processo civil*, Coimbra: Almedina, 1998, p. 25-27.

exemplo, quando se violou o contraditório na produção da prova testemunhal, ou não se permitiu à parte acompanhar o trabalho do perito, por não ter tido ciência da data e do local em que a prova pericial teve início, conforme exige o art. 431-A do CPC. Nesses casos, não há como negar que a produção da prova foi conduzida de modo ilícito, ou que houve ilicitude na produção da prova. Mas essa ilicitude está no plano do direito processual.

Percebe-se, em resumo, que a admissibilidade e a produção da prova têm relação com os planos dos direitos material e processual. Uma prova pode ser indevidamente – ilicitamente – admitida no processo em violação ao direito processual, e uma prova ilícita no plano do direito material pode ser indevidamente – e mais uma vez ilicitamente – admitida no processo. De outra parte, uma prova pode ser produzida mediante violação ao direito material ou em desrespeito ao direito processual.

5. A gravidade da violação

Diante do que acaba de se expor, pode ter restado a idéia de que a violação de um direito material (direito à intimidade) é mais grave que a violação de uma regra processual.

Em determinada linha, a prova ilícita pode ser vista como algo que não existiria se não fosse a violação do direito material. Assim, seria ilícita a prova obtida mediante invasão de domicílio, violação de correspondência ou gravação clandestina de conversa telefônica. Sem esses atos não haveria como falar em ilicitude.

Porém, há provas que são dependentes do ilícito e provas em cujo procedimento houve uma ilicitude. Em alguns casos, a prova existe porque o ilícito foi praticado e, em outros, a existência da prova não é consequência da ilicitude. Ou seja, a prova obtida mediante gravação clandestina ou

coação, por exemplo, resulta de um ilícito; mas a prova documental em cujo procedimento foi violada regra processual – ou o contraditório – não constitui o resultado dessa violação. Nesse sentido, seria possível concluir que a prova que resulta da ilicitude é mais grave do que a prova em cujo procedimento o ilícito foi praticado, pois no primeiro caso a prova é irremediavelmente ilícita.³

Acontece que não é apenas a relação da prova com a ilicitude que importa – se direta ou não. Ainda que a prova não constitua o resultado direto da ilicitude, ela varia conforme a qualidade da norma violada. A violação de uma norma processual pode ser graduada, partindo-se de uma simples irregularidade para se chegar a uma lesão a um direito fundamental processual.

Se determinadas regras processuais infraconstitucionais simplesmente reproduzem os termos das normas constitucionais ou têm a função de regulamentar um direito fundamental, há regras processuais infraconstitucionais que não são imprescindíveis à efetividade de um direito fundamental processual.

Assim, quando a prova é o resultado de um *procedimento* em que foi cometido um ilícito (e não o *resultado direto* da ilicitude), é preciso atribuir-lhe significado, uma vez que a prova e o ilícito, no caso, podem se separar. A repercussão do ilícito sobre a prova poderá ser maior ou menor, conforme a indispensabilidade da regra violada para a proteção dos direitos fundamentais processuais.

Quando a regra infraconstitucional violada repete os dizeres da norma constitucional, não há dúvida a respeito da violação do direito fundamental processual. Fora daí, para se definir a importância da norma infringida, é preciso indagar sobre a sua essencialidade para a efetividade do direito fundamental processual.

3. Luis Gálvez Muñoz, op. cit., p. 93 e ss.

Essa constatação, apesar de simples, revela que uma prova que resulta de um procedimento em que foi cometido um ilícito não é necessariamente ineficaz. A valoração da sua eficácia depende da maior ou da menor essencialidade da norma processual violada, não constituindo uma consequência automática do ilícito.

Não é correto pensar, contudo, que isso resulta da já conhecida idéia de que as provas devem ser diferenciadas conforme tenham origem na violação do direito material ou na violação do direito processual. Uma prova que viola diretamente um direito fundamental processual, ou uma regra que repete os seus dizeres, obviamente não confere ao juiz o poder de valorar a sua eficácia. Como é evidente, a prova obtida com violação ao princípio da publicidade – obviamente quando a intimidade ou o interesse social não o exigirem (art. 5.º, LX, da CF) – não merece menor rigor do que a prova que é resultado da violação do direito à intimidade.

O fato de a violação do direito material implicar sanção no plano do direito material, e não unicamente no processo, não tem qualquer relevância no presente caso. Ora, o problema, nesse momento, não é de determinar o que acontece no plano do direito material – do direito penal etc. –, mas sim o de precisar a repercussão da ilicitude no processo, pouco importando se essa ilicitude provém do direito material ou diz respeito à violação de norma de natureza processual.

6. A prova obtida com violação de regra processual que não implica lesão a direito fundamental. Consequências

A prova não pode ser sanada quando a ilicitude é a sua causa. A prova somente pode ser sanada quando constitui o ponto final de um procedimento *em que houve uma ilicitude*. Nessa linha, é possível dizer que a prova que resulta da violação de um

direito material não pode ser sanada, não acontecendo o mesmo com a prova em cujo procedimento ocorreu um ilícito.

Porém, isso não significa que todas as provas que não constituam resultados de ilícitos sejam sanáveis. A prova produzida com violação do direito processual – ou melhor, que não constitui o resultado do ilícito, mas sim o resultado do procedimento em que ocorreu um ilícito – pode ser sanada somente nas hipóteses em que a regra violada não é essencial à proteção de um direito fundamental processual –, assim como os direitos ao contraditório e à defesa.

Nesses casos, tendo em vista que a violação da regra processual pode permitir a salvação do resultado do procedimento probatório – isto é, da prova –, nada impede que ele seja recuperado mediante a observância do requisito legal ignorado.

Ademais, quando se considera a prova obtida com violação de regra não essencial, não há razão para se retirar qualquer eficácia ao seu resultado. Ao contrário, na hipótese de violação de direito fundamental, seja material ou processual, a prova não pode gerar consequência alguma no processo.

Ou seja, a descoberta que se obteve com a prova somente pode ter influência no processo quando o ilícito não é a sua causa (hipótese de violação do direito material) e não violou um direito fundamental processual no procedimento que nela resultou. Se a prova deriva do ilícito ou a sua obtenção implicou na violação de um direito fundamental processual, a sua descoberta deve ser considerada um “nada”, sem qualquer possibilidade de influir sobre o convencimento do juiz.

No caso em que não foi violada regra processual essencial, a prova, ainda que não sanada, pode ter repercussão no processo, embora não possa ser valorada como uma prova. Nessa específica situação, a descoberta trazida pela prova pode ser considerada livremente pelo juiz, podendo o juiz conju-

gá-la com outras provas lícitas para analisar os fatos apresentados ao seu julgamento:

Para tanto, o juiz deverá expor e explicar, na motivação, porque a violação da regra processual não descreditou a descoberta na sua totalidade. Após, terá que relacionar essa descoberta, relativa à prova maculada, com aquilo que foi evidenciado por meio das provas lícitas, argumentando, de modo racional, a vinculação entre a descoberta obtida pela prova ilícita e as provas lícitas.

7. A norma constitucional que proíbe as provas “obtidas por meios ilícitos”

O art. 5.º, LVI, da CF afirma que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Esse inciso se refere às provas obtidas mediante a violação do direito material, pois é óbvio que as provas não devem violar os direitos processuais.

Tais provas, em regra, violam direitos fundamentais materiais, como os direitos à inviolabilidade da intimidade, da imagem, do domicílio e da correspondência (art. 5.º, X, XI e XII, da CF).

A prova que resulta da violação do direito material não pode ser sanada e produzir qualquer efeito no processo. Nesses casos, como já dito, nada se pode aproveitar da prova, uma vez que o ilícito é a sua causa.⁴

8. Fundamento e significado do art. 5.º, LVI, da CF

A razão de ser da proibição inserida no art. 5.º, LVI, da CF está na insuficiência de sancionar a prova ilícita apenas no plano do direito material. Para uma maior proteção dos direitos, é preciso negar eficácia a tais provas no processo.

Essa constatação, embora simples, é extremamente importante para a compreen-

4. Luis Gálvez Muñoz, op. cit., p. 148 e ss.

são do tema das provas ilícitas. O art. 5.º, LVI, da CF não vedou a violação do direito material para a obtenção de prova – pois isso já está proibido por outras normas –, mas proibiu que tais provas tenham eficácia no processo.

Por outro lado, não é correto imaginar que a proibição da prova ilícita surgiu da necessidade de se garantir a descoberta da verdade no processo, pois não se pode ignorar que alguém pode se ver tentado a obter uma prova de forma ilícita justamente para demonstrar a verdade. Na realidade, se tais provas não implicassem violação de direitos, a busca da verdade deveria impor a sua utilização no processo.

O art. 5.º, LVI, da CF não nega o direito à prova, mas apenas limita a busca da verdade, que deixa de ser possível mediante provas obtidas de forma ilícita. O interesse no encontro da verdade cede diante de exigências superiores de proteção de direitos que podem ser violados.

Com efeito, dita limitação não encontra fundamento no processo, mas sim na efetividade da proteção do direito material. Ou seja, tal norma constitucional proibiu a prova ilícita para dar maior tutela ao direito material, negando a possibilidade de se alcançar a verdade a qualquer custo.

Diante disso, é inegável que houve uma opção pelo direito material em detrimento do direito à descoberta da verdade. A questão, porém, é saber se essa opção exclui uma posterior ponderação – agora pelo juiz – entre o direito que se pretende fazer por meio da prova ilícita e o direito material violado.

Frise-se que tal norma apenas afirmou, em princípio e como valor abstrato, que a proteção do direito material deve se colocar acima da busca da verdade. Mas não considerou – e nem poderia – o fato de que essa relação ocorre em processos de diversas espécies – penal, civil, trabalhista – e diante de diferentes valores e direitos.

9. A opção do processo penal e a ausência de opção no âmbito do processo civil

A influência do processo penal sobre a idéia de proibição de prova ilícita é muito grande. Como nesse setor a obtenção da prova é deferida à polícia, em uma fase anterior ao processo, é visível a necessidade de se colocar freios na atividade policial, com o objetivo de impedir a obtenção de provas mediante a violação de direitos fundamentais materiais.⁵ Para dissuadir o agente público de obter prova em desrespeito aos direitos, nada mais eficaz do que proibir a sua utilização no processo.

Nessa situação há um processo em que se enfrentam o Estado – titular da pretensão punitiva – e o particular – titular do direito de liberdade. Nesse caso, porém, há nítida preferência pelo direito de liberdade, que se coloca em posição de supremacia em relação à pretensão punitiva estatal.

A diferença entre os processos penal e civil se torna nítida quando se constata, por exemplo, que as partes têm o dever de dizer a verdade no processo civil, enquanto que o réu, no processo penal, deve ser informado do seu direito de permanecer calado.⁶ Como se vê, a busca da verdade é tratada de modo totalmente diverso em tais processos. De acordo com a Constituição Federal, o preso deverá ser informado “de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”. Não se trata apenas de um direito de calar, mas sim de um direito de ser informado da possibilidade de calar. Caso essa informação não ocorra, a prova obtida por meio da declaração é ilícita. Além do mais, não se pode esquecer que o processo penal é marcado pela chamada

5. Tanto é verdade que a Constituição da República Portuguesa trata das provas ilícitas no n.º 8 do art. 32, que se refere expressamente às garantias do processo criminal.

6. Art. 5.º, LXIII, da CF.

presunção de inocência e pela proibição de o juiz condenar o réu quando não está convencido da verdade – o que não ocorre no processo civil.

Essa diferença reflete a distinção entre os bens próprios a cada um desses processos. Enquanto no processo penal o direito de permanecer calado e a presunção de inocência derivam da proeminência do direito de liberdade, no processo civil – não havendo como definir, *em abstrato*, o bem de maior relevo – ambas as partes têm o dever de dizer a verdade e, em alguns casos, o juiz pode dar tutela ao direito do autor com base em convicção de verossimilhança.

De modo que as diferentes realidades, situadas em cada um desses processos, não podem deixar de ser levadas em consideração quando se pensa na prova obtida de modo ilícito. Ao se tentar uniformizar a maneira de compreender o processo penal e o processo civil é possível cair no engano de pensar a prova ilícita como algo que não tem qualquer relação com as diversas situações postas nesses diferentes processos.

Mas, como dito, o processo penal dá maior relevo ao direito de liberdade, ao passo que o processo civil não faz opção por nenhum dos direitos que podem colidir (pois ela não pode ser feita em abstrato), deixando essa opção para o juiz, diante do caso concreto. Isso quer dizer que a norma do art. 5.º, LVI, da CF pode ser conjugada com a opção do processo penal, mas, quando pensada em face do processo civil, apenas pode se ligar a uma falta de opção, ou melhor, à necessidade de que essa opção seja feita diante do caso concreto.

10. A proibição da prova ilícita no processo civil e a regra da proporcionalidade

Alguém poderia dizer que a norma que proíbe a prova ilícita, por instituir um direito fundamental que não possui restrição expressamente autorizada, não poderia sofrer

qualquer limitação.⁷ Contudo, um direito fundamental não dotado de expressa previsão de restrição não indica uma posição definitiva acerca da sua limitabilidade.

A dificuldade da questão das restrições não expressamente autorizadas aos direitos fundamentais se liga ao problema de resolução das colisões entre os direitos fundamentais e outros bens dignos de proteção. Dada importância da regra da proporcionalidade, ou de um método de ponderação de bens, no caso concreto.

Cabe lembrar que quase todos os países que acolheram a proibição da prova ilícita foram obrigados a admitir exceções, a fim de preservarem determinados bens e valores dignos de proteção. Como base na regra da proporcionalidade, os tribunais americanos e alemães admitem exceções à proibição das provas ilícitas, quando necessário à realização de exigências superiores de natureza pública ou privada, argumentando que a proporcionalidade é essencial para a “justiça no caso concreto”.

A regra da proporcionalidade é pacificamente admitida no direito brasileiro, embora muitas vezes tenha a sua aplicação impugnada diante da norma constitucional que proíbe as provas ilícitas. O argumento é o de que a Constituição Federal já fez a ponderação entre a preservação do direito material e o direito à descoberta da verdade. Afirma Luís Roberto Barroso, por exemplo, que a “Constituição brasileira, por disposição expressa, retirou a matéria da discricionariedade do julgador e vedou a possibilidade de ponderação de bens e valores em jogo. Elegeu ela própria o valor mais elevado: a segurança das relações sociais pela proscrição da prova ilícita”.⁸

7. Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Ed. Coimbra, 2003, p. 569.

8. Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, Rio de Janeiro:

Porém, não se nega que o art. 5.º, LVI, da CF realizou uma ponderação entre a efetividade da proteção do direito material e o direito à descoberta da verdade. Entende-se, não obstante, que, tratando-se de processo civil, é incontestável a necessidade de uma segunda ponderação, a ser feita pelo juiz diante do caso concreto. Por meio dessa ponderação, o juiz, mediante a aplicação da regra da proporcionalidade, poderá admitir eficácia à prova ilícita.

Como se vê, é necessária a percepção de que a eleição de um valor, pela norma, não exclui a possibilidade da realização de outra ponderação, a ser feita pelo juiz diante do caso concreto. A resposta a essa argumentação seria no sentido de que a norma constitucional, ao proibir a prova ilícita, não fez restrição a qualquer espécie de processo e, assim, considerou também o processo civil. Essa objeção não impressiona, pois a proibição da prova ilícita não exclui – e nem poderia – a radical diferença entre os bens que compõem os diferentes processos. Por isso, a norma que proíbe a prova ilícita, ainda que tenha feito uma ponderação – como fazem, aliás, várias outras normas que consagram direitos fundamentais –, não se libertou da sua reserva imanente de ponderação com outros bens e direitos.

Perceba-se que essa questão se liga à distinção entre princípios e regras, no sentido da doutrina de Alexy. A pergunta que interessa, diante disso, é se a norma constitucional que proíbe a prova ilícita constitui uma regra – que então deve ser aplicada segundo a lógica do “tudo ou nada” – ou um princípio – que abre oportunidade para a ponderação dos direitos no caso concreto.⁹

Renovar, 1993, p. 346. No mesmo sentido Ada Pellegrini Grinover, *Liberdades públicas e processo penal*, São Paulo, Saraiva, 1976.

9. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 88-92.

A distinção proposta por Alexy, apesar de importante, traz uma enorme dificuldade em face de casos como o da proibição da prova ilícita. Isso porque uma norma como a relativa à prova ilícita não pode ser qualificada apenas como regra ou como princípio (no sentido excludente), mas sim como uma norma que, em certos casos, pode se comportar como regra, e, em outros, como princípio.

De modo que, no presente caso, pouco importa atinar para as consequências de se ter uma norma como regra ou como princípio, mas sim buscar um critério capaz de identificar uma e outro (a regra e o princípio). É correto afirmar que a norma que se aplica por subsunção é uma regra e a norma que se aplica por ponderação é um princípio. Porém, a subsunção somente é viável quando o legislador ponderou tudo o que havia a ponderar, pois, se algo não foi ponderado, a aplicação da norma resta na dependência da ponderação do juiz.

Ou seja, quando uma norma, diante de determinada situação, não deixou nada para ser ponderado pelo juiz, há uma regra; caso contrário, quando algo ainda deve ser ponderado, existe um princípio. Note-se, contudo, que a mutação da norma, de regra para princípio, está indissociavelmente ligada ao caso concreto. Se determinado caso concreto não exige ponderação alguma do juiz, outro pode depender da sua ponderação.

Portanto, importa definir se a norma que proibiu a prova ilícita ponderou tudo o que havia a ponderar, fechando as portas para qualquer ponderação por parte do juiz, ou se ainda está aberta para certos casos concretos, quando então deve ser aplicada mediante ponderação. A solução dessa questão não é difícil. A conclusão de que a norma eliminou a necessidade de qualquer outra ponderação somente poderia ser aceita se a sua incidência se desse em casos uniformes, que não guardassem qualquer diferença de fundo, e por isso dispensassem o juiz de qualquer outra ponderação.

Mas a única ponderação feita pela norma constitucional alcançou o direito à descoberta da verdade e a proteção do direito material contra a prova ilícita. Isso quer dizer, simplesmente, que há uma regra, válida para o processo penal e para o processo civil, *que proíba o uso da prova ilícita para viabilizar a descoberta da verdade*.

Como a descoberta da verdade, no processo penal, *está umbilicalmente ligada à atividade estatal*, tal ponderação também atingiu a pretensão punitiva do Estado, proibindo-o de se valer de uma prova ilícita para obter a condenação de um criminoso. Vale dizer: *a ponderação da norma, diante do processo penal, além de incidir sobre a busca da verdade, atingiu a pretensão punitiva estatal, que é valor que cede em face do direito de liberdade, inclusive conforme normas constitucionais instituidoras de outros direitos fundamentais*.

Entretanto, no processo civil a realidade é totalmente diversa, pois o autor pode afirmar desde simples créditos pecuniários, passando por direitos não suscetíveis de transformação em dinheiro e direitos não-patrimoniais, até direitos absolutamente fundamentais para a dignidade humana. No processo civil, assim, *não basta a ponderação em torno do direito à descoberta da verdade e o direito material invadido pela prova ilícita, nem há como pensar que os vários direitos que podem ser afirmados pelo autor não merecem prevalência sobre os direitos que podem ser defendidos pelo réu*.

Ainda que no processo civil a descoberta da verdade não seja justificativa da prova ilícita – diante da própria norma constitucional –, nele não se exclui a possibilidade de ponderação entre o *direito afirmado pelo autor* e o direito violado pela prova ilícita. Note-se que a ponderação não é entre a *descoberta da verdade* e o direito violado pela prova, mas sim entre o *direito material que se deseja tutelar na forma jurisdicional* e o direito material violado pela prova ilícita.

Para evidenciar que, em alguns casos, é necessária uma segunda ponderação, basta pensar na situação em que um particular é obrigado a obter uma prova ilícita – diante da inexistência de qualquer outra prova – para proteger um direito fundamental. Ou na hipótese em que uma associação não tem outra alternativa para proteger o direito ambiental.

O STF, ao tratar de recurso ordinário em mandado de segurança, pelo qual se postulou o desentranhamento de decodificação de fita magnética, proveniente de escuta telefônica dos autos de processo criminal em que a impetrante havia sido denunciada por tóxico, assim decidiu: “Mandado de segurança. Escuta telefônica. Gravação feita por marido traído. Desentranhamento da prova requerido pela esposa: viabilidade, uma vez que se trata de prova ilegalmente obtida, com violação da intimidade individual. Recurso ordinário provido. I – A impetrante/recorrente tinha marido, duas filhas menores e um amante médico. Quando o esposo viajava, para facilitar seu relacionamento espúrio, ela ministrava ‘Lexotan’ às meninas. O marido, já suspeito, gravou a conversa telefônica entre sua mulher e o amante. A esposa foi penalmente denunciada (tóxico). Ajuizou, então, ação de mandado de segurança, instando no desentranhamento da decodificação da fita magnética. II – Embora esta Turma já se tenha manifestado pela relatividade do inc. XII (última parte) do art. 5.º da CF (HC 3.982/RJ, rel. Min. Adhemar Máciel, DJU 26.02.1996), no caso concreto o marido não poderia ter gravado a conversa ao arrepio de seu cônjuge. Ainda que impulsionado por motivo relevante, acabou por violar a intimidade individual de sua esposa, direito garantido constitucionalmente (art. 5.º, X)”.

A relevância desse julgado está em permitir a análise de diversas situações relacionadas com a prova ilícita. No caso, a prova ilícita pode ser (i) ligada à pretensão punitiva do Estado, posta na ação penal

por uso de tóxicos, (ii) vinculada ao direito do marido à desconstituição do casamento, e, por fim, (iii) analisada em relação à proteção das menores que vinham sendo intoxicadas pela própria mãe através do remédio “Lexotan”.

Se aceitarmos a tese de que a norma que proíbe a prova ilícita já ponderou tudo o que havia a ponderar, estaremos, forçosamente, impedidos de considerar as hipóteses referidas de maneira distinta. Porém, imaginando-se essa prova diante de uma ação de alteração da guarda dos filhos, não há como deixar de enxergar a distinção entre o que se pretende fazer valer com a prova ilícita nas ações penal e civil. Ora, *o Estado, além de ter que se preocupar com os direitos fundamentais que a prova ilícita pode violar, não pode esquecer da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que podem depender, diante de certo caso concreto, da prova ilícita*.

Porém, o que mais importa é sublinhar que a norma constitucional apenas ponderou o direito à descoberta da verdade e a efetividade do direito material violado pela prova. Se o direito à descoberta da verdade está intimamente vinculado à pretensão punitiva estatal, deixando claro que a Constituição preferiu evitar que a atividade estatal fosse exercida de modo abusivo, ainda que alguns criminosos pudessem não ser condenados, não há dúvida de que também ocorreu, *dian- te do processo penal, uma segunda ponderação, preferindo-se o direito de liberdade em face do poder de punir do Estado*.

Mas, no processo civil, por serem diversificados os bens que podem ser reivindicados pelo autor e variadas as situações litigiosas que podem ocorrer, não há como pensar em uma segunda ponderação normativa. Aliás, ainda que se pensasse em dois bens pecuniários aos litígios civis, a ponderação que a lei poderia fazer seria, na realidade, uma hierarquização, pois somente podem ser objeto de ponderação normativa os bens que podem ser hierarquizados e, assim,

considerados valorativamente em abstrato. Ou seja, *os bens que não podem ser colocados em uma escala hierárquica, porque apresentam maior ou menor valor, conforme as circunstâncias do caso concreto, sempre estão sujeitos a colidir e, assim, jamais poderão se livrar da regra da proporcionalidade, única alternativa para se solucionar o conflito entre dois bens igualmente dignos de tutela*.

Especificamente em relação à prova ilícita no processo civil, como já demonstrado, o conflito pode se dar entre o direito fundamental material que se deseja ver tutelado por meio do processo e o direito fundamental material violado pela prova ilícita. Trata-se de colisão entre dois direitos fundamentais igualmente dignos de tutela, que não foram, nem poderiam ser, objeto de prévia ponderação normativa ou de hierarquização. Dizer que a descoberta da verdade não pode ocorrer por meio de prova ilícita não é o mesmo que afirmar que um direito fundamental material não pode ser por ela demonstrado. O uso da prova ilícita poderá ser admitido, segundo a lógica da regra da proporcionalidade e como acontece quando há colisão entre princípios, conforme as circunstâncias do caso concreto.

Quando se pensa na regra da proporcionalidade nesses casos, há sempre que se considerar o valor do bem jurídico que se busca proteger mediante prova ilícita. Após, verificar se havia outra prova, além da obtida de forma ilícita, capaz de demonstrar as alegações em juízo. E, por último, analisar de que modo a prova ilícita determinou a violação do direito e, especialmente, se existe a possibilidade de limitação ao direito violado, quando observados determinados requisitos legais, uma vez que a violação de um direito que sequer admite restrição legal é mais grave que a violação de um direito que pode ser objeto de restrição. Assim, há distinção entre a obtenção de um testemunho mediante tortura e a escuta ilícita de uma conversa telefônica – que pode ser licitamente gravada com autorização judicial.

11. A contaminação das provas vinculadas fática e juridicamente à ilícita. A teoria dos frutos da árvore envenenada

Pouca coisa diz a afirmação da conhecida teoria dos frutos da árvore envenenada — criada pela Suprema Corte Americana com o título *the fruit of the poisonous tree*¹⁰ — quando entendida no sentido de que as provas derivadas da ilícita também devem ser reputadas ilícitas. Ora, isso é óbvio. O problema é saber quando uma prova está ligada a outra, de modo a se contaminar por sua ilicitude.

Deixe-se claro, antes de mais nada, que a ilicitude da prova não contamina o fato a ser esclarecido, podendo se ligar, no máximo, a outras provas. Porém, uma prova ilícita não contamina, como é lógico, todo o material probatório, pois nada impede que um fato seja provado por meio de provas lícitas que nada tenham a ver com a prova ilícita.

A prova obtida de modo ilícito pode propiciar uma outra prova, que então estará contaminada, mas nada impede que o fato que se desejou demonstrar seja objeto de uma prova que com ela não tenha qualquer vinculação. Essa última prova não pode ser dita derivada da ilícita ou pensada como contaminada. Tal prova é absolutamente autônoma e independente.¹¹

Mas, é preciso voltar à questão inicial, fixando quando uma prova pode ser considerada contaminada pela prova ilícita. É possível tentar esclarecer dizendo que uma prova somente pode ser dita contaminada quando é consequência da ilícita, transferindo-se o problema para outro local, quando então passaria a importar o significado de “prova que é consequência da ilícita”.

Nesse passo, parece prudente seguir os passos da doutrina e da jurisprudên-

cia espanholas, que supõem que a solução da problemática está em saber se a prova questionada como derivada teria sido produzida ainda que a prova ilícita não tivesse sido obtida. Galvéz Muñoz, para demonstrar essa questão, alude ao seguinte julgado do Tribunal Supremo Espanhol: a ineficácia de uma diligência não retira a validade de outra prova, salvo quando essa última guardar uma relação direta com aquela, de tal modo que sem a primeira a segunda (a prova) não existiria.¹²

Mas, como reconhece a própria doutrina espanhola, nem sempre é fácil concluir se a segunda prova teria sido produzida na ausência da prova ilícita ou se existe uma conexão causal contaminante entre as duas provas. Sustenta-se, diante disso, que a contaminação da segunda prova, ou a sua admissão como derivada, além de requerer a presença de uma conexão natural, exige uma conexão jurídica. Não basta um nexos causal natural com a prova ilícita para a exclusão da segunda prova, sendo preciso um nexos jurídico entre uma e outra. É possível dizer que a conexão natural é um requisito necessário, mas não suficiente, para estender a ilicitude da primeira à segunda prova.¹³

Assim, o problema passa a ser o da identificação da conexão de antijuridicidade entre as provas. Para tanto é preciso verificar não apenas se existe algum elemento fático capaz de romper juridicamente a relação de causalidade, mas sobretudo analisar se a admissão da segunda prova como ilícita contribui para a defesa dos direitos que se objetiva proteger por meio da proibição da prova ilícita.¹⁴

Ou seja, a teoria da contaminação da prova derivada da ilícita, conhecida como

teoria dos frutos da árvore envenenada, somente tem sentido quando a eliminação da segunda prova traz efetividade à tutela dos direitos fundamentais. Como explica Galvéz Muñoz, é preciso demonstrar, quando se pretende a atuação da teoria dos frutos da árvore envenenada, que a sua aplicação cumpre a função que com ela se persegue, pois, em caso contrário, a limitação da verdade processual e a proteção dos valores que tal teoria objetiva garantir serão totalmente inúteis e desprovidos de justificação.¹⁵

A questão, então, adquire formato quando se indaga sobre os critérios determinantes da ausência de conexão de antijuridicidade entre a prova ilícita e a prova derivada. Ou seja, não mais importa se há relação natural entre a segunda prova e a prova ilícita, mas sim se a segunda prova pode, pela ruptura do nexos de antijuridicidade, ser considerada juridicamente independente.

É quando importam, além da admissão ou da confissão voluntária sobre o fato objeto da prova ilícita, as chamadas exceções de descobrimento provavelmente independente (*hypothetical independent source rule*) e de descobrimento inevitável (*inevitable discovery exception*).¹⁶

12. Exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada: o “descobrimento inevitável” (*inevitable discovery exception*) e o “descobrimento provavelmente independente” (*hypothetical independent source rule*)

Na exceção do descobrimento inevitável, admite-se que a segunda prova deriva da ilícita, porém se entende que não há razão para reputá-la nula ou ineficaz. Isso porque a descoberta por ela constatada ocorreria mais cedo ou mais tarde. A lógica do salvamento da segunda prova está em

que não há motivo para retirar eficácia de uma prova que trouxe uma descoberta que muito provavelmente seria obtida. Dessa forma seria possível dizer que nem todos os frutos da árvore venenosa são proibidos, pois alguns podem ser aproveitados.

Ou seja, embora a segunda prova seja considerada derivada da ilícita, ela produz efeitos no processo. Com isso, estaria quebrado o nexos de antijuridicidade entre a prova ilícita e a prova derivada. A ilicitude persiste no plano do direito material, embora a prova derivada possa ser utilizada no processo. Isso porque, embora não se possa deixar de sancionar no plano do direito material aquele que obteve tal prova, não se deve negar-lhe eficácia. Com isso, não se isenta de responsabilidade aquele que atua de forma ilícita, mas se evita que a violação da lei possa negar um fato que seria inevitavelmente descoberto.

O juiz, para atribuir eficácia à prova derivada, obviamente deve justificar a sua decisão, expressando as circunstâncias e as regras de experiência que indicam que aquilo que foi alcançado mediante prova derivada seria naturalmente obtido por meio de uma prova lícita.

Isso pode ocorrer particularmente no âmbito do processo penal. A Suprema Corte Americana, ao que parece, apontou pela primeira vez para essa questão em 1984, quando do julgamento do caso *Nix versus Williams*.¹⁷ Nesse caso, a polícia obteve uma confissão mediante violação dos direitos fundamentais, pela qual foi relatado o local em que estava o cadáver da vítima. Acontece que a polícia já presumia que o cadáver poderia estar nesse local, sendo que na área já trabalhavam vários policiais e voluntários. Como o corpo seria encontrado mais cedo ou mais tarde — fosse pela atuação dos próprios policiais, fosse em virtude da colaboração de algum voluntário —, enten-

10. U.S. Supreme Court; 251 U.S. 385 (1920); *Silverthorne Lumber Co., Inc., et al. versus United States*; n. 358.

11. Luis Galvéz Muñoz, op. cit., p. 155 e ss.

12. Tribunal Supremo Espanhol, Sala Segunda, “Sentencia” de 16 de março de 1995; citado por Luis Galvéz Muñoz, op. cit., p. 171.

13. Cf. Luis Galvéz Muñoz, op. cit., p. 178.

14. Idem, p. 183-184.

15. Idem, p. 185.

16. Idem, ibidem.

17. Idem, p. 194.

deu a Suprema Corte que a prova derivada deveria produzir efeitos processuais, uma vez que o cadáver seria naturalmente descoberto independentemente da ilicitude.¹⁸

Situação um pouco diferente é a da chamada exceção de *descobrimto provavelmente independente*.¹⁹ Na exceção de *descobrimto inevitável*, a segunda prova é aceita como derivada, mas admite-se que ela possa produzir efeitos em razão de que a sua descoberta seria naturalmente trazida por outra prova. Quebra-se o nexo de antijuridicidade com base na idéia de que o descobrimto seria inevitável. Porém, na exceção de *descobrimto provavelmente independente*, a segunda prova não é admitida como derivada, mas como uma prova *provavelmente independente*, e, assim, despida de nexo causal com a prova ilícita.

Para melhor explicar: no caso anterior é quebrada a *relação de antijuridicidade*, admitindo-se que a prova derivada produza efeitos, enquanto que, na hipótese de *descobrimto provavelmente independente*, nega-se a própria *relação causal*, de modo que, nessa situação, não há propriamente exceção à teoria da árvore venenosa, pois a segunda prova é tida como um fruto que a ela não se liga. Ou seja, nesse último caso a dúvida recai sobre a natureza da segunda prova, se independente ou não, isto é, se despida ou não de relação causal com a prova ilícita, ao passo que no caso da exceção de *descobrimto inevitável* não se questiona a respeito da relação causal da

segunda prova, mas apenas se o conteúdo da prova, apesar de demonstrado por uma prova ligada com a ilícita, seria posto às claras por uma segunda prova.

13. O problema da obtenção de informações de modo ilícito e da prova testemunhal que pode nelas se basear

Não há dúvida de que a prova testemunhal produzida a partir de informações obtidas mediante violação do direito à intimidade é ilícita. A ilicitude está na obtenção das informações, na formação e na produção da prova.

O real problema, nesse caso, é o de saber se o depoimento testemunhal se baseia, ou não, em informações obtidas mediante, por exemplo, violação do domicílio ou gravação clandestina de conversa telefônica.

É claro que, se a testemunha afirmar que o seu depoimento se funda em informações obtidas de forma ilícita – ainda que por um terceiro –, o depoimento deve ser automaticamente considerado ilícito. Porém, maior dificuldade passa a existir quando, embora existindo a constatação de violação de domicílio ou de gravação ilícita, aptas ao fornecimento de informações importantes para a elucidação do litígio, a testemunha afirma que o seu depoimento é baseado em fatos conhecidos de maneira lícita.

Nesse caso, como é óbvio, não há que se pensar em exceção à teoria dos frutos da árvore envenenada, pois o depoimento testemunhal, quando aceito, é considerado imaculado, ou, para prosseguir com a imagem, colocado em um cesto em que cabem apenas frutos que não provêm da árvore venenosa.

Mas a verificação da proveniência do fruto nada mais é do que a aferição da credibilidade da prova testemunhal. Isto é, o juiz, em um caso em que a fonte do testemunho é colocada em dúvida, deve cons-

tatar a origem das informações objeto do depoimento. Isso deve ser feito por ocasião do próprio depoimento testemunhal e, se necessário, inclusive a partir de outras provas e testemunhas, aplicando-se o art. 414, § 1.º, do CPC. Além disso, como é natural, o juiz deve expressar, na sua motivação, as razões que o levaram a admitir ou não a prova testemunhal, permitindo, assim, o seu devido controle pelas partes.

Portanto, a situação em que a polícia obtém uma prova a partir de informações ilicitamente obtidas deve ser devidamente separada da hipótese em que, no processo civil, informações foram indevidamente recolhidas, mas a testemunha pode ter adquirido conhecimento de forma independente.

14. A teoria da descontaminação do julgado

Essa teoria nada tem a ver com a contaminação da segunda prova pela primeira, mas sim com a descontaminação do julgado, ou melhor, com a decisão de que uma prova, em que o julgado recorrido se baseou, era ilícita, e assim deve ser afastada. Essa decisão tem o efeito de descontaminar o julgado.

O problema é saber como realizar tal descontaminação. É certo que se o tribunal, ao reconhecer a ilicitude da prova, deve afastá-la, outro julgamento deverá ser feito pelo juízo de primeiro grau. Mas, se o julga-

mento voltar a ser feito pelo mesmo juiz que admitiu a prova ilícita, certamente existirá uma grande probabilidade de que o seu convencimento seja por ela influenciado, ainda que inconscientemente.

Não se quer dizer que o juiz que se baseou na prova ilícita irá buscar uma sentença de procedência a qualquer custo, ainda que inexistam outras provas válidas, mas apenas que a valoração dessas outras provas dificilmente se livrará do conhecimento obtido por meio da prova ilícita.

Trata-se de situação que é peculiar à natureza humana, e, assim, algo que deve ser identificado para que a descontaminação do julgado seja plena, ou para que a sua descontaminação pelo tribunal elimine – ou previna – qualquer possibilidade de infecção posterior. Portanto, se o tribunal decide que uma das provas em que a sentença se baseou é ilícita, o julgamento de primeiro grau deverá ser feito por outro juiz, que não aquele que proferiu a sentença anterior.

A questão que daí advém é relativa ao juiz natural, ou melhor, à forma de definir o juiz que deverá analisar o caso. É preciso frisar o grande perigo de que essa escolha possa ser arbitrária e, portanto, apontar para a necessidade de se minimizar a margem de discricionariedade para a definição do “novo juiz”. Em princípio, esse “novo juiz” deve ser alguém já competente para substituir o juiz afastado.

18. U.S. Supreme Court; 467 U.S. 431 (1984); Nix, Warden of the Iowa State Penitentiary versus Williams; Certiorari to the United States Court of Appeals for the Eighth Circuit; n. 82-1651. Ver, também, U.S. Supreme Court; 470 U.S. 298 (1985); Oregon versus Elstad; Certiorari to the Court of Appeals of Oregon; n. 83-773.

19. U.S. Supreme Court; 445 U.S. 463 (1980); United States versus Crews; Certiorari to the District of Columbia Court of Appeals; n. 78-777.