

Obras dos autores

Ver página 829.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Marinoni, Luiz Guilherme
Prova / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Bibliografia.
ISBN 978-85-203-3549-9

1. Processo civil 2. Processo civil – Brasil 3. Processo de conhecimento – Brasil 4. Prova (Direito) 5. Prova (Direito) – Brasil I. Título.

09-08948

CDU-347.941(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Prova : Processo civil 347.941(81)

LUIZ GUILHERME MARINONI
SÉRGIO CRUZ ARENHART

Prova

- Prova e verdade
- Formação da convicção judicial
- Presunções
- Regras de experiência
- Motivação
- Ônus da prova
- Prova e fato temido
- Prova ilícita
- Prova e recursos especial e extraordinário
- Depoimento da parte
- Confissão
- Exibição de documento ou coisa
- Prova documental
- Prova testemunhal
- Prova pericial
- Inspeção judicial

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

16

PROVA ILÍCITA

SUMÁRIO: 16.1 A separação entre os planos probatório e fático – 16.2 A ilicitude da prova diante da existência ou não de processo, da natureza do direito violado e da qualidade do violador – 16.3 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 – 16.4 Ilicitude no plano do direito processual: i) na admissão da prova e ii) na produção da prova – 16.5 A gravidade da violação – 16.6 A prova obtida com violação de regra processual que não implica lesão a direito fundamental. Consequências – 16.7 A norma constitucional que proíbe as provas “obtidas por meios ilícitos” – 16.8 Fundamento e significado do art. 5.º, LVI, da CF – 16.9 A opção do processo penal e a ausência de opção no âmbito do processo civil – 16.10 A proibição da prova ilícita no processo civil e a regra da proporcionalidade – 16.11 A contaminação das provas vinculadas fática e juridicamente à ilícita. A teoria dos frutos da árvore envenenada – 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*) – 16.13 O problema da obtenção de informações de modo ilícito e da prova testemunhal que pode nelas se basear – 16.14 A teoria da descontaminação do julgado.

16.1 A separação entre os planos probatório e fático

É preciso frisar a separação entre os planos probatório e fático. Essa distinção objetiva sublinhar a distinção entre o fato e a prova. Ainda que essa distinção seja evidente, cabe deixar claro que um fato pode ser objeto de duas (ou várias) provas independentes.

Existindo um fato e duas provas, uma pode ser lícita e a outra ilícita. Ainda que ambas as provas tenham o objetivo de elucidar o mesmo fato, uma é totalmente independente da outra, e assim uma delas obviamente pode ser considerada pelo juiz.¹ 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

1. Além disso, o juiz não pode se valer da prova ilícita para se convencer do contrário do que se pretendeu por meio dela demonstrar.

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 tenha sido realizada a partir do resultado obtido por meio da prova ilícita. Trata-se da aplicação da teoria estadunidense da *inevitable discovery exception*, introduzida pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1984, quando do julgamento do caso Nix contra Williams.²

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 definitivamente evidenciar 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 irá ocorrer diante daquilo que foi descoberto.

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

Há doutrina que distingue 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, em violação de direitos processuais ou materiais. Note-se 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 um direito fundamental material, 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 antes do início do processo, em violação a um direito fundamental material e por um agente pú-

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

blico –, é evidente que a prova ilegalmente obtida por um particular merece a mesma reprovação.

16.3 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, por meio de 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 a 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 através 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.³

16.4 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.

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

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 primeiro caso a coação é contemporânea à produção da prova e, no segundo, embora a violação da intimidade para a obtenção das informações seja anterior, 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 exemplo, quando se violou o contraditório na produção da prova testemunhal ou não se permitiu às partes acompanharem o trabalho do perito, por não terem 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. Essa ilicitude, porém, está no plano do direito processual.

Note-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.

16.5 A gravidade da violação

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

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

Note-se que há provas que são dependentes do ilícito e provas em cujo procedimento (processual) 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 em cujo procedimento

foi violada uma 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.⁴

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, essa varia conforme a qualidade da norma violada. A violação de uma norma processual pode ser graduada, partindo-se de uma simples irregularidade para chegar à lesão a direito fundamental processual.

Se determinadas regras processuais infraconstitucionais têm a função de regulamentar um direito fundamental e outras podem simplesmente reproduzir os termos de normas constitucionais, há regras processuais infraconstitucionais que não são imprescindíveis à efetividade de qualquer direito fundamental processual.

Portanto, 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.

No caso em que 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.

Essa constatação 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 referida ideia 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 direito fundamental processual ou regra que repete os seus dizeres obviamente não confere ao juiz o poder de valorar a sua eficácia. Como é evidente, a prova obtida ao final do procedimento que violou o princípio da publicidade 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 em 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 o 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 civil, pouco importando se essa ilicitude provem do direito material ou diz respeito à violação de uma norma de natureza processual.

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

No caso de violação de direito material, de direito fundamental processual ou de regra processual imprescindível à sua observância, a prova é ineficaz no processo civil.

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 constituem 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 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.

Nestes 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 negar 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 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. Nesta específica situação, a descoberta trazida pela prova pode ser considerada livremente pelo juiz, que pode conjugá-la com outras provas lícitas para analisar os fatos apresentados ao seu julgamento. Para tanto, o juiz

4. MUNÓZ, Luis Gálvez. Op. cit., p. 93 e ss.

deverá expor e explicar, na motivação, por que a violação da regra processual não desacreditou a descoberta na sua totalidade. Após, terá de 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 por meio da prova ilícita e as provas lícitas.

16.7 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 etc. (art. 5.º, X, XI e XII, 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.⁵

Porém, se, por exemplo, a prova foi obtida mediante a violação da comunicação telefônica,⁶ nada impede que uma nova prova venha a recair sobre o fato que a prova ilícita tentou esclarecer, desde que essa nova prova receba a devida autorização judicial (art. 5.º, XII, CF). Nesta hipótese, como é óbvio, não há como pensar que a prova foi sanada. O que ocorreu foi a realização de uma nova prova de forma lícita.

5. Idem, p. 148 e ss.

6. Lembre-se, porém, que a gravação da conversa telefônica por um dos interlocutores não constitui ilícito. Neste sentido já julgou o Tribunal de Justiça de São Paulo: "O que a Constituição veda é a interferência de terceiro no interior do diálogo, sem aceitação do comunicador ou do receptor. Aquilo que se domina de interceptação, dando azo a gravação clandestina. Mas a conversa regular entre duas pessoas que se aceitam como comunicador e receptor, em livre expressão do pensamento, admite gravação por uma das partes, assim como seria possível gravar o teor de conversações diretas, sem uso de aparelho telefônico" (RT 698/160). No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: "É possível como prova a gravação em fita magnética feita unilateralmente por um dos interlocutores ainda que com o desconhecimento do outro, pois somente ocorre o sigilo das comunicações quando a interceptação é feita por terceiro, sem a autorização de qualquer dos interlocutores, conforme disposto na Lei 9.296/96" (RT 750/654). Ver, ainda, RT 699/71, RT 731/334, RJTJRGs 190/282. Pelo mesmo motivo, não há ilicitude em levar a juízo gravação de recado deixado em secretária eletrônica, desde que, como é óbvio, aquele que requer a produção da prova tenha acesso ao aparelho.

16.8 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 à prova no processo.

Essa constatação é extremamente importante para a compreensão 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 isto está proibido por outras normas –, mas proibiu que a prova ilícita tenha eficácia no processo.

Por outro lado, a proibição da prova ilícita não deriva da necessidade de se garantir a descoberta da verdade, já que 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 tal prova não implicasse na violação de direitos, a busca da verdade deveria impor a sua utilização no processo.

O art. 5.º, LVI, da CF limita a busca da verdade, que deixa de ser possível por meio de provas obtidas de forma ilícita. O interesse de encontro da verdade cede diante das exigências superiores de efetiva tutela dos direitos.

Diante disso, é inquestionável que houve uma opção pelo direito que pode ser violado pela prova em detrimento do direito à descoberta da verdade. Porém, a questão é saber se esta 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 a norma constitucional apenas afirma que ninguém pode buscar a verdade violando direitos. Mas não considerou o fato de que a verdade é almejada em processos de diversas espécies – penal, civil, trabalhista – e diante de diferentes direitos.

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

A influência do processo penal sobre a ideia de proibição de prova ilícita é muito grande.⁷ Como neste setor a obtenção da prova é deferida à polícia em uma fase anterior ao processo, é visível a necessidade de se colocarem freios na atividade policial para impedir a obtenção de provas mediante a violação de direitos fundamentais. Para dissuadir o agente público de obter prova em desrespeito aos direitos, é eficaz proibir a sua utilização no processo.

Nesta situação há um processo em que se enfrentam o Estado – titular da pretensão punitiva – e o particular – titular do direito de liberdade. Porém, há aí

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

nítida preferência pelo direito de liberdade, que se coloca, em uma escala hierárquica, em posição de supremacia em relação à pretensão punitiva estatal.

Lembre-se que no processo penal o réu deve ser informado do seu direito de permanecer calado, enquanto no processo civil as partes têm o dever de dizer a verdade. A Constituição Federal outorga ao preso o direito de ser informado de que pode ficar calado (art. 5.º, LXIII, CF). Não se trata apenas de um direito de calar, mas 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 presunção de inocência, enquanto no processo civil o juiz pode até mesmo definir o mérito com base em verossimilhança, nos casos em que o demandado assumiu o risco da inesclarecibilidade da questão de fato.⁸

Essa diferença reflete a distinção entre os bens próprios a estes processos. No processo penal, o direito de permanecer calado e a presunção de inocência refletem a proeminência do direito de liberdade. No processo civil, o dever de ambas as partes dizerem a verdade e o poder judicial de prestar tutela ao direito com base em verossimilhança espelham a impossibilidade de se definir, em abstrato, um direito ou uma posição processual de maior relevo.

De modo que as diferentes realidades situadas em cada um dos 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.

Ora, o processo penal é marcado pela ênfase ao direito de liberdade, ao passo que o processo civil não faz opção por nenhum dos direitos que podem colidir, até porque essa opção não pode ser feita em abstrato. 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 a opção seja feita pelo juiz no caso concreto.

8. Como já dissemos, partindo-se do pressuposto de que aquele que viola uma norma de prevenção ou de proteção aceita o risco de produzir dano, a aceitação desse risco implica, por lógica, assumir o risco relativo à dificuldade na elucidação da causalidade entre a violação e o dano, ou melhor, em assumir o ônus da prova capaz de esclarecê-la. Vale dizer que, quando há uma situação de inesclarecibilidade que pode ser imputada ao réu, a sentença pode inverter o ônus da prova, admitindo-se, em essência, uma sentença fundada em verossimilhança. Ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil – Processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: RT, 2008. v. 2, p. 270 e ss.

É inevitável perceber, portanto, que a norma constitucional proibiu a busca da verdade mediante a violação de direitos, mas não vedou a tutela de direitos em caso de indispensabilidade absoluta de prova ilícita, mediante o emprego do método do balanceamento dos direitos (que se busca tutelar e que foi violado) e da consideração das circunstâncias do caso concreto.

16.10 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.⁹ Contudo, um direito fundamental não dotado de expressa previsão de restrição não indica uma posição definitiva acerca da sua limitabilidade.¹⁰

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. Daí a importância da regra da proporcionalidade ou de um método de balanceamento 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.¹¹ Com base na regra da proporcionalidade,

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

10. “Ter um direito fundamental não significa ter uma posição juridicamente sustentada de natureza absoluta, definitiva ou fechada, ainda que, no decurso da sua efetivação, os direitos fundamentais se concretizem em posições jurídicas que podem reunir essas características. Ter um direito fundamental de liberdade significa, na sua dimensão subjetiva, ter uma posição forte de garantia de liberdade e autonomia pessoal, que vincula diretamente as entidades públicas e de que estas, mesmo quando atuam nas vestes do legislador democraticamente legitimado, não dispõem livremente e onde só podem intervir desde que preenchidos requisitos constitucionais estritos. Porém, dada a ineliminável necessidade de essas posições – ou, na sua dimensão objetiva, os valores jusfundamentais – serem compatibilizados com outros bens, interesses ou valores igualmente dignos de proteção jurídica, as garantias jurídicas proporcionadas pelos direitos fundamentais são, à partida, concebidas como garantias imanentemente condicionadas por uma reserva geral de compatibilização com outros bens que o Estado deve perseguir e a cuja realização se encontra igualmente vinculado” (idem, p. 570).

11. É nesse sentido a advertência de LUIS GALVEZ MUÑOZ: “Lo más importante, con todo, es tener en cuenta que la mayoría de los países que acogen la prohibición de admitir en el proceso las pruebas conseguidas de modo inconstitucional se han visto necesariamente obligados a admitir excepciones. De una u otra forma, y con un alcance mayor o menor, han tenido que admitir la aplicación condicionada de la regla de exclusión, a fin

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”.¹²

A regra da proporcionalidade é 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 tutela do direito material e o direito à descoberta da verdade. Afirma Luis 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”.¹³

Não se pretende negar 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. Mas é preciso evidenciar que, tratando-se de processo civil, é incontestável a possibilidade de uma segunda ponderação, a ser feita no caso concreto. Por meio dessa ponderação, o juiz 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, também considerou o processo civil. A objeção não impressiona, pois o fato de o art. 5.º, LVI, da CF ter utilizado a expressão “processo” – em sentido amplo – apenas demonstra que não houve preocupação em vedar a ponderação entre os diversos direitos que podem ser tutelados mediante o processo em face dos direitos que podem ser violados pela prova ilícita. Ora, a proibição da prova ilícita não exclui 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, não se libertou da sua reserva imanente de ponderação com outros bens e direitos.

Perceba-se que a questão se liga à distinção entre princípios e regras, no sentido da doutrina de ALEXY. A pergunta que interessa, assim, é se a norma

de preservar determinados valores dignos de protección. En unas ocasiones la regla ya nació revestida de matices y excepciones, como un compromiso entre la defensa de los derechos fundamentales y la obtención de la verdad procesal, pero en otras ha sido el paso del tiempo y el contraste con la realidad lo que ha acabado flexibilizándola” (op. cit., p. 131).

12. TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 618 e ss.

13. BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 346. No mesmo sentido GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1976.

constitucional que proíbe a prova ilícita constitui uma regra – que então deve ser aplicada segundo a lógica do “tudo ou nada”¹⁴ – ou um princípio – que abre oportunidade para a ponderação dos direitos no caso concreto.¹⁵

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, não importa atinar para as consequências de se ter uma norma como regra ou como princípio, mas 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 judicial. Ou seja: quando a norma ponderou tudo o que havia para ser ponderado, há regra; caso contrário, quando algo ainda deve ser ponderado, existe princípio. Note-se, contudo, que a mutação da norma, de regra para princípio, está indissociavelmente ligada ao caso concreto.

Portanto, importa definir se a norma que proibiu a prova ilícita ponderou tudo o que havia a ser ponderado, fechando as portas para qualquer ponderação por parte do juiz, ou se ainda está aberta para certos casos concretos, quando

14. DWORKIN afirma que as regras obedecem à lógica do “tudo ou nada”, enquanto os princípios à do “peso” ou da “importância” (*Taking rights seriously* cit., p. 70 e ss.).

15. ALEXY, ao desenvolver sua teoria dos direitos fundamentais, adverte que a distinção qualitativa entre regras e princípios tem importante papel nesse setor. Afirma que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, ao passo que regras são normas que podem ser cumpridas ou não, uma vez que, se uma regra é válida, há de ser feito exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Por isso, os princípios, ao contrário das regras, são chamados de mandatos de otimização, que podem ser realizados em diferentes graus, consoante as possibilidades jurídicas e fáticas. As regras contêm determinações em um âmbito fática e juridicamente possível. Enquanto isso, a realização dos princípios depende das possibilidades jurídicas e fáticas, as quais são condicionadas pelos princípios opostos, e assim exigem a consideração dos pesos dos princípios em colisão segundo as circunstâncias do caso concreto. No caso de colisão de regras, o problema é de validade, enquanto na hipótese de colisão de princípios a questão é de peso. Quando há colisão de princípios, um deve ceder diante do outro, conforme as circunstâncias do caso concreto. Isso significa que, aí, não há como se declarar a invalidez do princípio de menor peso, uma vez que ele prossegue íntegro e válido no ordenamento, podendo merecer prevalência, em face do mesmo princípio que o precedeu, diante de outro caso concreto (*Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 88-92).

então deve ser aplicada mediante ponderação. A solução da 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 proíbe o uso da prova ilícita para viabilizar a descoberta da verdade.*

No processo penal, não há como se pretender dar tutela à pretensão punitiva do Estado mediante o emprego de prova ilícita. Neste caso, a Constituição, através de outras normas, deixou evidente a prevalência do direito de liberdade, e, desse modo, a impossibilidade de ponderação judicial. Contudo, no processo civil a realidade é totalmente diversa, pois se pode afirmar, em um pólo ou outro do processo, desde simples créditos pecuniários, passando-se 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 há uma segunda ponderação normativa, demonstrando a prevalência de um direito sobre o outro.

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 que se pretende tutelar* e o direito violado pela prova ilícita. Frise-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.¹⁶

16. A Constituição Federal afirma que “a lei não prejudicará” a coisa julgada (art. 5.º, XXXVI). Diante disso, alguém poderia indagar se o juiz pode aplicar a regra da proporcionalidade para balancear a coisa julgada material com um direito material que se pretende fazer valer em juízo por meio da ação. Note-se, porém, que a norma constitucional, neste caso, ponderou entre a segurança jurídica e o risco de eventuais injustiças, nada deixando para ser ponderado pelo juiz. Perceba-se que esta situação é distinta da relativa à prova ilícita. A norma que proíbe a prova ilícita faz apenas a ponderação entre a proteção do direito material por ela violado e a descoberta da verdade. A admissibilidade do emprego da regra da proporcionalidade, na hipótese de prova ilícita, decorre da premissa de que a norma não ponderou entre a tutela do direito material violado pela prova e o risco de negação de todas as espécies de direitos materiais. Lembre-se que a proibição de descobrir a verdade por meio de prova ilícita tem o objetivo especial de colocar freio na ansiedade da atividade punitiva estatal. É possível dizer, portanto, que a norma aceitou o risco de a justiça deixar de condenar um criminoso, mas não negou a possibilidade de tutela de um direito fundamental dependente de prova ilícita. Ou seja: tal norma não ponderou tudo o que havia a ser ponderado, e por isso deixou ao juiz

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 de proteção ao meio ambiente não tem outra alternativa para proteger o direito ambiental.

O Superior Tribunal de Justiça, ao tratar de recurso ordinário em mandado de segurança, através do 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 inciso XII (última parte) do art. 5.º da CF (HC 3.982/RJ, rel. Min. Adhemar Maciel, 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)”.¹⁷

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.

Aceitando-se a tese de que a norma que proíbe a prova ilícita já ponderou tudo o que havia a ponderar, não haveria como considerar ditas situações de maneira distinta. Porém, tomando-se em conta a particularidade do direito dos menores e a necessidade de sua pronta tutela jurisdicional, não seria incorreto

a possibilidade de ponderar entre o direito fundamental violado pela prova e o direito fundamental que se pretende através dela tutelar. Ao contrário, a norma constitucional que proíbe a desconsideração da coisa julgada nada deixa a ser ponderado pelo juiz, pois ponderou entre a segurança jurídica, ou entre a estabilidade das relações jurídicas, e o risco de eventuais injustiças, aceitando a possibilidade de o processo civil conviver com uma decisão injusta.

17. STJ, 6.º T., RMS 5352/GO, rel. Min. Luiz Vicente Cernichiaro, j. 27.05.1996, DJU 25.11.1996, RSTJ 90/359 e ss.

admitir o emprego da regra da proporcionalidade. Ora, o Estado, além de ter de 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 não podem ser tutelados sem a descoberta proporcionada pela prova ilícita.

Especificamente em relação à prova ilícita no processo civil, como já demonstrado, o conflito pode se dar entre o direito que se deseja ver tutelado por meio do processo e o direito violado pela prova ilícita. Deve haver colisão entre dois direitos igualmente dignos de tutela, que não foram – nem poderiam ser – objeto de prévia ponderação normativa ou de hierarquização. De modo que dizer que a descoberta da verdade não pode ocorrer por meio de prova ilícita não é o mesmo do que afirmar que um direito dela não pode depender. 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, há sempre que se considerar o valor do bem jurídico que se busca proteger por meio da prova ilícita e o valor do bem oposto, por ela prejudicado. Após, verificar se há outra prova, além da ilícita, capaz de demonstrar as alegações. O ponto merece destaque. *No processo civil, a prova ilícita apenas pode ser admitida quando não há qualquer outra prova capaz de evidenciar situação fática imprescindível à tutela de direito que, diante das circunstâncias do caso concreto, merece tutela em face do direito atingido pela prova ilícita.*

16.11 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*¹⁸ –, 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

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

objeto de uma prova que com ela não tenha qualquer vinculação. Esta última prova não pode ser dita derivada da ilícita ou pensada como contaminada. Tal prova é absolutamente autônoma e independente.¹⁹

Mas é preciso voltar à questão inicial, ou seja, é necessário estabelecer quando uma prova pode ser considerada contaminada pela prova ilícita. É possível tentar esclarecer dizendo que uma prova somente pode ser dita contaminada quando *consequência* da ilícita e, assim, 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 jurisprudência espanhola, que supõe 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: “*La ineficacia de una diligencia determinada no impide la validez de otra prueba, salvo que ésta guarde una directa relación con aquélla, de tal modo que sin la primera no hubiera existido la segunda*”.²⁰

Porém, 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*: “*No basta, pues, con la existencia de un nexo causal natural con una prueba directamente obtenida de forma inconstitucional para excluir determinada prueba sospechosa, sino que es preciso, además, la existencia de un nexo jurídico entre una y otra. Se podría decir, haciendo uso de una fórmula algo manida, pero muy gráfica, que la conexión natural es un requisito necesario, pero no suficiente, para extender el efecto invalidante de la violación de derechos fundamentales y proceder, en consecuencia, a la exclusión procesal de la prueba refleja*”.²¹

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.²² Ou seja: a teoria da contaminação da prova derivada da ilícita, conhecida

19. MUNÓZ, Luis Galvéz. Op. cit., p. 155 e ss.

20. Tribunal Supremo espanhol, Sala 2.ª, sentença de 16.03.1995 – citado por MUNÓZ, Luis Galvéz. Op. cit., p. 171.

21. Idem, p. 178.

22. Idem, p. 183-184.

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 GÁLVEZ MUÑOZ, "es preciso demostrar cada vez que se plantee la aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado que la misma cumple la finalidad que se persigue con ella, pues en caso contrario nos arriesgaríamos a que la limitación de la verdad procesal y de todos los valores que ésta protege fuera en ocasiones enteramente inútil y desprovista, por tanto, de toda justificación".²³

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 nexo 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*).²⁴

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 de descobrimento inevitável, admite-se que a segunda prova deriva da ilícita, porém entende-se que não há razão para reputá-la nula ou ineficaz. Isso porque a descoberta advinda da prova ilícita 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 inevitavelmente 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 nexo 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 tais provas, não se deve negar eficácia a uma prova da qual decorre uma evidência que certamente seria trazida por outra. 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.

23. Idem, p. 185.

24. Idem, ibidem.

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 por meio da 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 a questão em 1984, quando do julgamento do caso *Nix contra Williams*.²⁵ Neste caso, a polícia obteve uma confissão mediante violação dos direitos fundamentais, através da qual foi relatado o local em que estava o cadáver da vítima. Acontece que a polícia já supunha que o cadáver poderia estar neste local, tanto é que aí trabalhavam vários policiais e voluntários. Como o corpo seria encontrado mais cedo ou mais tarde – fosse por meio da atuação dos próprios policiais, fosse em virtude da colaboração de algum voluntário –, entendeu a Suprema Corte que a prova derivada deveria produzir efeitos processuais, já que o cadáver seria naturalmente descoberto independentemente da ilicitude.²⁶

Situação um pouco diferente é a da chamada exceção de descobrimento provavelmente independente.²⁷ Na exceção de descobrimento inevitável, a segunda prova é aceita como derivada, mas admite-se que 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 ideia de que o descobrimento era inevitável. Na exceção de descobrimento 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, na hipótese de descobrimento provavelmente independente, nega-se a própria relação causal, de modo que, nesta situação, não há propriamente exceção à teoria da árvore venenosa, pois a segunda prova é tida como algo que com ela não se liga. Ou seja: neste 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 descobrimento 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 outra prova.

25. Idem, p. 194.

26. U.S. Supreme Court; 467 U.S. 431 (1984); *Nix, Warden of the Iowa State Penitentiary v. 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 v. Elstad* Certiorari to the Court of Appeals of Oregon; n. 83-773.

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

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

Não há dúvida 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 e na formação e na produção da prova.

O real problema, no 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 testemunhal 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 proibidos da árvore venenosa, 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 constatar 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. Ademais, 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 obtidas²⁸ deve ser devidamente separada da hipótese em que,

28. Tratando da prova derivada da ilícita no âmbito do processo penal, assim já decidiu o STF: "Prova ilícita – Escuta telefônica mediante autorização judicial – Afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, 'nas hipóteses e na forma' por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5.º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal – Não obstante, indeferimento do *habeas corpus* pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da comunicação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do *habeas corpus*, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada – Nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS 21.750, 24.11.1993, Velloso) – Consequente renovação do julgamento, no qual se deferiu ordem pela prevalência dos cinco votos

no processo civil, informações foram indevidamente recolhidas, mas não se sabe se a testemunha adquiriu conhecimento de forma independente.

16.14 A teoria da descontaminação do julgado

A teoria da descontaminação do julgado não tem a ver com a contaminação da segunda prova pela primeira, mas sim com a descontaminação do julgado, ou melhor, com a necessidade de se eliminar qualquer efeito da prova ilícita sobre a formação da convicção judicial.

O problema é saber como realizar tal descontaminação. Se o tribunal, ao reconhecer a ilicitude da prova, deve afastá-la, outro julgamento deve ser feito pelo juiz de primeiro grau. Mas se o julgamento voltar a ser feito pelo mesmo juiz que admitiu a prova ilícita, existirá grande probabilidade de que o seu convencimento seja por ela influenciado, ainda que inconscientemente.

Não se quer dizer, note-se bem, 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 que se fundou na prova ilícita.

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, na medida do possível, 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.

vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (fruits of poisonous tree), nas quais se fundou a condenação do paciente" (STF, Pleno, HC 69912-0/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.12.1993, DJU 25.03.1994, p. 6012).