

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA  
CURSO DE DIREITO



Associação Educativa Evangélica  
BIBLIOTECA

**DONIZETE PONTES BOTELHO**

**A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba – FACER, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Mestra em Direito Agrário Roseane Cavalcante de Souza.

5-35078

|           |          |
|-----------|----------|
| Tombo n°  | 18341    |
| Classif.: |          |
| Ex.:      | 1        |
| Origem:   | d        |
| Data:     | 30-08-11 |

RUBIATABA 2011

DONIZETE PONTES BOTELHO

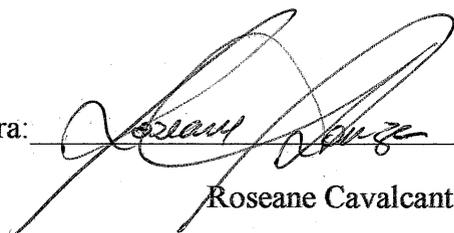
PROVA, PROVA LÍCITA, PROVA ILÍCITA, PROVA POR DERIVAÇÃO E O  
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO  
PELA FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER

RESULTADO \_\_\_\_\_

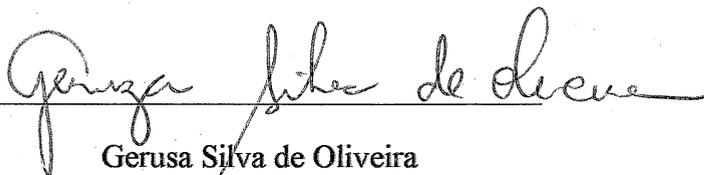
Orientadora:



Roseane Cavalcante de Souza

Mestra em Direito Agrário

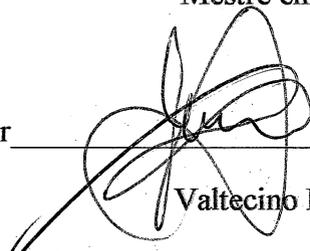
1º Examinador



Gerusa Silva de Oliveira

Mestre em Sociologia

2º Examinador



Valtecino Eufrásio Leal

Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento.

## Dedicatória

*Este trabalho de conclusão de curso é dedicado ao senhor Benedito Pontes Botelho (pai) e Antonia Pinto Botelho (mãe - in memoriam), André Fabrício Vieira Botelho (filho), Nayna Syzy Vieira Botelho (filha), Victor Hugo de Carvalho Pontes (filho), Ryan Fellinne de Carvalho Pontes (filho). Inconteste é o fato de que sem essa turma nada disso estaria suscitando.*

*Entre todos os esforços a força motriz é que faz girar a roda e a roda, em um dado momento de conexão, nos remonta a um fator de suma importância; sendo assim, agradeço à minha professora e orientadora mestra em Direito Agrário, mestra Rosenane Cavalcante de Souza, que me orientou durante essa pesquisa, com dedicação e disposição. Por certo que: sem sua valorosa colaboração eu não teria tempo hábil para apresentar esse trabalho de conclusão de curso. Agradeço a todos os meus familiares, de forma especial ao meu velho e querido pai, que tem passado os piores momentos para que eu pudesse desempenhar esse trabalho.*

*A todos o meu mais sincero obrigado!*

*Finalmente, dedico a minha própria pessoa, já que, não foram fáceis os dias de labuta, porém com a graça de Deus e a colaboração de pessoas especiais alcançamos esse objetivo. Com todo esse amparo foi, de minha parte, possível verificar mais esse passo em minha vida e na vida de minha sociedade. Ser participativo na sociedade em que vivemos é o diferencial dentro da carreira profissional do operador de Direito.*

## *Agradecimentos*

*Deus, em toda sua sabedoria e zelo me propiciou este momento, então é para ele que envio os meus mais sinceros agradecimentos.*

*Pela proteção e força concedidas a mim, durante a minha existência e por todas as suas providências na minha vida e, em especial nestes últimos cinco anos de caminhada.*

*Ao querido e inesquecível Pe. Vanildo Fernandes da Mota um dos poucos sacerdotes que, desempenha com sapiência e propriedade a sua missão. Se não fosse por você estimado amigo nada disso estaria acontecendo. Que Deus em toda sua misericórdia ilumine seus caminhos e lhe conceda cada vez mais luzes para que continue orientando aqueles que batem a sua porta. A você a minha mais profunda gratidão.*

*À minha orientadora por ter sido por ter desempenhado papel determinante na conclusão deste trabalho.*

*Agradeço, ainda, aos meus queridos e solistas mestres que tanto contribuíram na minha busca acadêmica, em especial a minha primeira professora de Economia Política, Fabiana Savigny.*

*“De tudo ficaram quatro conclusões”:*

*O entendimento de que nunca haveremos de saber todas as coisas...*

*O homem foi concebido para buscar conhecimento...*

*A falta deste aniquila o homem...*

*E todas as coisas são fontes de aprendizado...*

*Portanto devemos:*

*Empreender a busca pelo conhecimento jurídico*

*Enaltecer o homem que se aprofunda neste...*

*Levar sabedoria a quem dela tem sede...*

*E mostrar que “mesmo do nada podemos construir um mundo melhor”*

*(Donizete Pontes Botelho)*

## SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| INTRODUÇÃO.....   | 10 |
| 1. ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROVA.....                          | 16 |
| 1.1 A prova e os povos gregos - Grécia.....                           | 16 |
| 1.2 A prova e os povos germânicos e a contribuição romana – Roma..... | 17 |
| 1.3 A prova no Brasil dentro do regramento .....                      | 21 |
| 1.3.1 A prova e as ordenações brasileiras .....                       | 21 |
| 2. DA PROVA .....   | 25 |
| 2.1 Conceito e teorização .....                                       | 25 |
| 2.2 A prova e a Constituição Federal de 1988.....                     | 25 |
| 2.3 A prova no Código Civil Brasileiro.....                           | 26 |
| 2.4 Meios de prova.....   | 27 |
| 2.5 Natureza jurídica da prova.....                                   | 30 |
| 2.6 Função da prova.....  | 31 |
| 2.7 Objeto da prova.....  | 32 |
| 2.8 Classificação da prova.....                                       | 33 |
| 2.9 Prova Emprestada.....   | 34 |
| 3. PROVA ILÍCITA.....   | 36 |
| 3.1 Conceito.....   | 36 |
| 3.2 Prova Ilícita no Código de Processo Penal Brasileiro.....         | 36 |
| 3.3 Prova Ilícita no Código de Processo Civil Brasileiro.....         | 40 |

|   |    |
|---|----|
| 3.4 Aplicabilidades da Prova Ilícita por Derivação.....     | 43 |
| 3.5 A Prova Ilícita e o Princípio da Proporcionalidade..... | 48 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS.....                                   | 53 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....                             | 55 |

**RESUMO:** No trabalho de análise da Prova Ilícita no Processo Civil demonstra os requisitos necessários para a aplicação da prova, dentro do conceito de análise doutrinária e legal e, esta deve obedecer ao devido processo legal para que o direito não seja ofertado a quem dele não faça jus. Assim, o magistrado não deve permitir que a consecução de uma prova possa ter nascedouro em fontes ilícitas ou que delas nasçam maculadas de ilegalidade. Por fim, conclui-se que fere preceito maior a possibilidade de utilização de prova maculada de ilicitude dentro do Código Civil Brasileiro.

**Palavras-chaves:** Da prova. Prova ilícita. Devido processo legal. Direitos e garantias constitucionais.

**SUMMARY:** In the analytical work of the illegal evidence in civil procedure demonstrates the requirements for the application of evidence, within the concept of doctrinal analysis and legal and it must conform to due process for that right is not offered to those who had no do justice. Thus, the magistrate should not allow the achievement of a birthplace may have evidence from illegal sources or who were born tainted by illegality. Finally, it follows that most hurts precept the possible use of tainted evidence of illegality in the Brazilian Civil Code.

**Keywords:** The evidence. Illegal evidence, Due process of law. Rights and constitutionals guarantees.

## INTRODUÇÃO

A finalidade desse trabalho de monografia é levantar os diversos entendimentos e tantas controvérsias acerca do tema Prova e suas diversas modalidades, inclusive o Princípio da Proporcionalidade, procurando, de forma concisa e acadêmica demonstrar os vários posicionamentos doutrinários acerca do tema.

É sabido que a análise do instituto da prova ilícita e a possibilidade de sua utilização no processo tem-se figurado como tema das mais variadas discussões doutrinárias.

A doutrina e a jurisprudência têm entendido que este meio de prova no processo civil carece de análise sob o aspecto do Princípio da Proporcionalidade, princípio este que tem escopo constitucional e que tem como objetivos a solução de conflitos, conhecidos como principiológicos e, vale ressaltar o conflito da proibição da prova ilícita com outros princípios constitucionais, como o da razoabilidade.

É do conhecimento daqueles que atuam na seara do direito, que, a Constituição Federal de 1988 veda qualquer tipo de prova ilícita, como prescreve o art. 5º, LVI da referida Carta. Mister se faz entender que a proibição constitucional de tal prova não pode ser entendida de forma absoluta já que em determinado caso, tal princípio pode deixar de ser valorado na eminência deste estar em confronto com um outro, ao aplicar o Princípio da Proporcionalidade, poderia, assim, uma determinada prova ilícita ser objeto de solução da lide.

Desta forma surgiu a ideia de uma análise mais detalhada do instituto da prova sobre o tema: Prova Ilícita no Processo Civil Brasileiro.

Desta forma o referido trabalho busca embasamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema tratado nessa introdução.

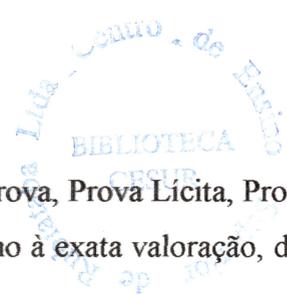
Quando um direito é violado, aquele que se insere na qualificação de vítima, tem assegurado o direito de buscar a prestação jurisdicional do Estado, lançando mão de instrumentos que o classifique como legítimo detentor desse direito e, o meio de afirmação desse instrumento é conhecido como Prova. Não obstante, é preciso conceituar o instituto da prova como lícita e ilícita para que se possa equacionar toda essa problemática.

O que a doutrina entende por prova? Como conceituar e diferenciar prova ilícita e prova ilícita por derivação? Qual é o intuito da aplicação do princípio da proporcionalidade como meio de resguardar um bem maior? Quais as divergências doutrinárias no que se refere ao conflito de princípios e a afastabilidade do art. 5º, LVI da Constituição Federal, para preservar, mesmo que de forma ilícita um bem maior?

O que a doutrina e a jurisprudência têm de pacífico acerca da prova ilícita por derivação?

A justificativa do tema tem como escopo a necessidade de apreender o real posicionamento do Princípio da Proporcionalidade à luz do Direito Civil, bem como sua aplicabilidade e fundamentos.

Assim, a relevância do tema decorre de caracterizar a Prova, Prova Lícita, Prova Ilícita e o Princípio da Proporcionalidade, individualizando este último à exata valoração, de acordo



com o fato e as circunstâncias em que este se aplica. Segundo Carnáuba, (*apud* SILVA, VIEIRA 2000, P 83). Prova Ilícita no Processo Civil à Luz do Princípio da Proporcionalidade:

Sobre as atividades persecutória e investigatória do Estado, e cria modernos freios às arbitrariedades estatais através da adoção de limites objetivos impostos pela razão, com base no princípio da proporcionalidade. Não tem o condão de desvirtuar a ação policial, permitindo um desempenho mais fácil mediante ameaças, invasões e coações para a obtenção de provas. Ao contrário, estimula um criterioso trabalho de busca de indícios que faça jus à evolução do sistema jurídico moderno, porque o resultado da atividade persecutória e investigatória deverá ser analisado judicialmente, não apenas em seu aspecto formal, mas, acima de tudo, sobre a essência das informações colhidas, porque o conteúdo é que pode ofender o direito ao sigilo, ou não ser, por outro motivo, moralmente legítimo.

No que se refira ao Princípio da Proporcionalidade conclui-se que o princípio da proporcionalidade é defendido por uma corrente intermediária, diferentemente da obstativa e da permissiva.

Para Grinover, (1995, p. 123):

Não admite a prova ilícita como princípio geral, mas a aceita em situações excepcionais em que, objetivamente, necessite-se proteger valores mais relevantes que os protegidos com a proibição da colheita probatória. Tem por imprescindível o sopesamento judicial dos bens jurídicos envolvidos, tutelando-se o de maior carga valorativa. Sustentam, ainda, que nenhum princípio constitucional é absoluto, devendo conviver harmonicamente com outros de igual inspiração na Magna Carta.

Art. 332, caput, do Código de Processo Civil *in verbis*: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”.

Quanto à natureza jurídica do princípio da proporcionalidade Tem natureza jurídico-dogmática, independente e aberta, cogente e vinculante, restritiva ao poder discricionário do legislador como também do aplicador da norma: desfruta de dignidade constitucional e tem conteúdo imanente ao estado de direito. (ARAUJO, 2002, p. 48, Disponível em:<<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=602/>>).

É sabido que a Constituição Federal reconhece a todos o direito a tutela judicial, de forma efetiva, seja quando esta parte dos juizes ou dos tribunais, quando estas buscam os seus direitos de forma legítima, não desobrigando-as ao cumprimento da ação e dos pressupostos processuais, estabelecidos de forma legal. Nesse sentido (ALVIM *apud* VETTORATO, Gustavo, 2000, p. 183): A garantia constitucional não exonera do litigante o preenchimento das condições da ação e outros pressupostos legais previamente estabelecidos, desde que não sejam limitadores do real direito de ação.

Portanto, dentro desse entendimento, a possibilidade do uso da prova ilícita, dentro do princípio da proporcionalidade proporciona um valor muito importante ao instituto da segurança jurídica, pois, a busca da verdade não deve criar vértices que possam guilhotinar a liberdade e o direito a preservação das nossas conquistas.

Objetivou também, evidenciar o regramento ordinário da lei 11.690/08, art. 157, caput, *in verbis* “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação às normas constitucionais ou legais” além, é claro do texto constitucional.

O presente estudo apresenta embasamento em referencial teórico intrínseco, como os referenciais bibliográficos dispostos no fim do presente trabalho. Foi utilizado, também o método hipotético-dedutivo, o qual deve ser analisado, (GIL, 1999, p. 33, disponível em: <<http://www.google.com.br/search?hl=&q=GIL%2c+Antônio+Carlos.+Métodos+e+técnicas+de+pesquisa+social.+5+ed.+São+Paulo/>>):

Quando os conhecimentos disponíveis sobre determinado assunto são insuficientes para a explicação de um fenômeno surge o problema. Para tentar explicar a dificuldade expressa no problema são formuladas conjecturas ou hipóteses, deduzem-se consequências que deverão ser testadas ou falseadas.

O tema foi dividido em três capítulos. No primeiro procurou levantar a historiologia do instituto da prova, fazendo referências ao seu surgimento, desde a Grécia Antiga passando pelo Egito, Roma e finalmente Brasil; no segundo capítulo se deu o conceito e teorização do instituto da prova dentro da Constituição Federal, Código Civil Brasileiro.

Procurou também elencar as modalidades de provas, sua natureza jurídica, a função da mesma, os objetivos da prova, seu objeto e classificação. Procurou também no segundo capítulo mostrar a distinção entre prova direta e indireta, prova emprestada, lícita, ilícita, legítima e ilegítima. No terceiro capítulo se procurou mostrar de forma sintetizada a prova ilícita no processo civil, suas características, dentro do Código de Processo Civil Brasileiro de 2003. Em suma, enfocamos, em todo trabalho, a prova ilícita dentro da Constituição Brasileira de 1988, prova ilícita por derivação e, admissibilidade da prova ilícita por derivação, além, do princípio constitucional da proporcionalidade e da razoabilidade.

Quanto às referências bibliográficas há de se enfatizar o rol de tantas obras que serviram de meio de pesquisa para que o acadêmico pudesse verificar um conhecimento mais profundo do tema. De ressaltar, assim, célebres autores como: Vicente Greco Filho, Ada

Pellegrini Grinover, Moacyr Amaral Santos e tantos outros que foram imprescindíveis ao desenvolvimento do tema proposto.

Em suma, o tema apresentado e analisado de forma interdisciplinar e aqui, mister se faz ressaltar os meandros do Direito Civil Brasileiro de 2003, o Código de Processo Civil, o Código de Processo Penal bem como a Constituição Federal/88 e, de forma infraconstitucional a lei 11.690/08, assevera que o instituto da prova especificamente, em sua espécie, prova ilícita não deve ser admitido como meio probatório, seja na esfera civil ou penal.

O presente trabalho de monografia traz posicionamentos de diversos doutrinadores, julgados, súmulas, jurisprudências e ainda referências ao devido processo legal. O trabalho procura mostrar de forma clara e objetiva uma série de discussões que pontuam o tema Prova Ilícita, dentro do Código de Processo Civil, procurando evidenciar suas peculiaridades.

Foram empregadas, dentro do trabalho apresentado, as normas da ABNT e concomitante e ainda de forma supletiva as normas constantes do Manual de Apresentação de Trabalhos Acadêmicos da Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba.

O nosso estudo começa por uma volta ao passado do instituto da prova e seus elementos formadores.

## 1. A ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA PROVA

Neste capítulo será objeto de estudo a evolução histórica bem como o conceito do instituto da prova, utilizando como fontes de pesquisa a teoria produzida por meio bibliográfico.

### 1.1 Na Grécia

Nas sociedades rudimentares, precisamente na Grécia antiga, já se observa a idéia de prova judiciária, com o condão de meio, no intuito de se alcançar uma decisão. A obra “*A verdade e as formas jurídicas*” de Michel Foucault pode ser considerada fonte legítima de informações no caminho histórico de conceituação da prova. De citar, também, que tais informações podem ser verificadas na obra “*Iliada*” de Homero. Nesta época, o sistema do instituto da prova era utilizado como instrumento de solucionar uma contestação apresentada.

Na Grécia antiga são objetos de destaque os princípios utilizados como meios probandi dos quais se podiam abstrair os chamados preconceitos religiosos, além de superstições que eram muito comuns naquela época. Podia se verificar a busca de meios de convicção lógicos. As provas testemunhais e documentais já eram verificadas na Grécia, além, dos princípios da oralidade, o princípio dispositivo e a livre apreciação do instituto da prova pelo magistrado. (GRECO, 2005, p. 71), explana que: É de conhecimento histórico que o princípio do contraditório – princípio que impõe ao juiz a prévia audiência de ambas as partes antes de se proferir a decisão – tem origem na Antiguidade grega.

Também a audiência tem origem nas normas gregas da época, mencionada por Eurípedes, Aristóteles e Sêneca. Vale ressaltar que a audiência lateral chegou ao direito comum tal qual um princípio de direito inerente a todo e qualquer processo judicial, embasado no princípio, segundo o qual, o juiz somente poderá decidir o pedido do autor depois de citar o réu para que este se manifeste no processo.

## 1.2 Em Roma

Em Roma o processo civil teve a seguinte trajetória: para começar, lá, foram verificadas três fases processuais, classificadas em períodos. O 1º período, conforme afirma Hespana, (1997, p. 77): este foi o mais antigo: “753 a.C. função de Roma. O Direito baseava-se, exclusivamente nas ações – previstas e tipificadas na lei (nomeadamente, na Lei das XII Tábuas, *legis actiones*). Esse período se estendeu até o ano de 149 a.C.

O procedimento era devolvido, oralmente, como revela Júnior, (1989, p. 10): compreendendo duas fases: uma, perante o magistrado, que concedia a ação da lei e fixava o objeto do litígio; e outra, perante cidadãos, escolhidos como árbitros, aos quais cabia a coleta das provas e a prolação da sentença. Não havia advogados e as partes postulavam pessoalmente.

O segundo período conhecido como período formulário acentuou-se pela complexidade das relações jurídicas, em virtude justamente do avanço do Império Romano na saga por vastos territórios. Nesta fase surgiram os árbitros privados, mas a sentença era privativa do Estado que a impunha às partes.

O procedimento, que vinha de fase anterior, ainda não experimentava mudanças significativas, as poucas que podiam ser percebidas se resumiam na intervenção de advogados

e os princípios do livre convencimento do julgador e do contraditório das partes envolvidas no conflito. Assim define Hespana, (1997, p. 78, Disponível em: <[http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art\\_2002.pdf](http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_2002.pdf)>), em relação ao livre convencimento do julgador: atribui ao pretor à possibilidade de redigir uma fórmula, espécie de programa de averiguação dos factos e de sua valorização.

O terceiro período se denominou como: o período da cognito extraordinária – fase que ficou em vigor entre os anos 200 e 565 de nosso calendário. As características principais daquela época foram a função jurisdicional adotada pelo Estado subtraindo, assim, a figura dos árbitros privados; o procedimento, agora, assumiria forma escrita, contendo a petição do autor, defesa do réu, instrução, sentença e sua fase de execução e, surge a primeira aurora dos recursos.

Período do Processo Comum – após a derrocada do Império Romano e a dominação do povo germânico, conhecidos na época como “bárbaros”, verificou-se, logo de início um forte retrocesso no caminho da evolução do Direito Romano, tudo em face dos costumes e da forma rudimentar que eles carregaram até Roma. Foi dado grande valor aos “Juízos de Deus”, já que estes acreditavam que a divindade participava do julgamento.

No processo dos povos bárbaros a prova não tinha fulcro de meio de convencimento do juiz, mas, era sim uma forma rígida de convencimento do juiz, de arbitramento da própria sentença. O juiz, apenas era conhecedor de sua existência. O processo não passava de um simples procedimento acusatório e, o ônus da prova, como não podia deixar de ser, cabia ao acusado. Os procedimentos eram, de acordo com Júnior, (1989, p. 10, Disponível em: <[http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art\\_2002.pdf](http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_2002.pdf)>): autênticos jogos de azar ou cenas de bruxarias, e, em vez de julgamentos lógicos, eram confiados a exorcistas e verdugos.

Assim, no contexto histórico da prova, os adversários lançavam um desafio no intuito de invocar o testemunho dos deuses, para que estes, de alguma forma, se manifestassem,

dizendo que é a verdade. Por esse sistema, de acordo com (FOUCAULT, 1996, Disponível em: <[http://www.conteudojuridico.com.br/?banco\\_de\\_questoes](http://www.conteudojuridico.com.br/?banco_de_questoes)>):

A prova da verdade é estabelecida judiciariamente, não por uma constatação, uma testemunha, um inquérito ou inquisição, mas por um jogo de prova influência religiosa era predominante, acreditava-se ser a proteção divina um meio para se alcançar a verdade. As normas advinham da própria religião e este, fator decisivo na conduta dos homens. Os litígios eram resolvidos sob os holofotes da religião.

Os juízos de Deus ou simplesmente “As ordálias” foram instituídas como prova incontestante no momento de decidir. Além dos povos primitivos e semibárbaros da casta indo-européia e, ainda os antigos povos da Ásia e não se esquecendo dos primitivos germânicos lançavam mão desta prática de julgamento e decisão. As pessoas eram submetidas a essas provas e acreditava-se que, se fossem culpadas Deus não as deixaria sair com vida. Prova de cunho puramente religioso

Também os povos hebreus e indus lançavam mão das ordálias. A prova das águas amargas era praticada pelos hebreus e impostas às mulheres, supostas praticantes de adultério. A mulher que a ingerisse tinha sangramento ocular e o rosto entrava em fortes contrações, então era considerada culpada. Desnecessários dizer que a bebida era oferecida por um sacerdote. Quatro espécies de ordálias predominaram na Índia: a do fogo, a da água, a da balança e a do veneno.

No intuito de ilustrar o instituto das Ordálias, entre as mais conhecidas, podemos citar a do fogo. Neste viés, Santos, (1949, p. 19-20, Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/etic/article/viewFile/2069/2244/>>), nos ensina que:

Teria o acusado que passar por duas sarças, vestido com roupa encharcada em cera ou se fazia o acusado tocar com a língua em ferro quente ou carregar por certa distância uma barra de ferro em brasa ou se caminhar sobre ferros

quentes, prova pela água fervendo: consistia em o acusado de tirar um ou mais objetos dentro de uma caldeira de água a ferver. O exame das mãos ou dos pés era feitos três dias após e se permanecesse ileso ou quase ileso era considerado inocente. A prova à água fria: consistia em imergir a mão num vaso cheio de água fria, no qual se não tornasse danosa, o acusado inocente. Ou atravessar um rio por diversas vezes a nado, quem cansasse primeiro perdia a causa. Prova pelo cadáver: O acusado aqui é em caso de assassinato, teria que passar o dedo sobre as feridas ou sobre o umbigo da vítima ou mesmo passar descalça sobre o cadáver pronunciando um juramento de que era inocente e se o cadáver voltasse a sangrar o acusado era culpado. Prova da serpente: Lançava-se o acusado no meio das serpentes e que elas morderiam somente o criminoso.

Tal sistema que perdurou fase considerável, na Idade Moderna, é de salientar que a Igreja católica ainda mantinha suas instituições de Direito Romano. E é dessas duas vertentes que surge então o direito comum e concomitantemente o processo comum. Escrito e lento e complexo, assim era o processo comum. Houve o retorno da prova e da sentença aos auspícios do Direito Romano; o direito canônico contribuiu com a instituição do processo sumário, eliminando poucas formalidades e, na contramão foram preservadas as torturas como instrumentos de captação da verdade dentro do processo.

Tal ordenamento se ramificou pela Europa e, alguns métodos melhorados serviram de base para a implantação do processo moderno, que foi cognominada como fase científica, que seria mencionada nas fases da evolução científica do processo. Em seguida iremos analisar tal processo dentro da ordem jurídica brasileira.

## **1.3 No Brasil**

### **1.3.1 ordenações**

Como assinalou Pacheco, (1999, p. 25, disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5584/o-instituto-da-remessa-necessaria-e-a-sumula-45-do-superior-tribunal-de-justica/4>>): embora pareça paradoxal, a história do nosso direito começa

antes da história do Brasil. Na realidade nosso sistema de normas tem elo com o Direito Português e, por seu turno vincula a todo sistema de direito do ocidente.

Em 1211, em Portugal, com Afonso II, as suas leis gerais foram assumindo lugar das costumeiras, até as Ordenações, sem, contudo, anular completamente aquelas. O Brasil surgiu como território colonizado sob o império das Ordenações Afonsinas, que foram editadas em 1446, fortificando, assim, a legislação da época, passando por Afonso II até Afonso V.

As ordenações não puderam ser consideradas verdadeiras codificações; na verdade foi uma compilação coordenada, dividida em livros. O livro III continha 128 artigos, destinados ao processo civil. No terceiro livro continha os atos judiciais e a ordem de obediência desses atos. No livro III tinha a parte propriamente processual.

Importante se faz ressaltar que as Ordenações Afonsinas encamparam como fonte a legislação feudal ou como era conhecida a legislação costumeira, o Direito Romano Justiniano, sem falar no Direito Canônico e, ainda as chamadas Decretais de Gregório IX, que vigorou no Brasil até o ano de 1521, em virtude da publicação das Ordenações Manuelinas.

Do ano de 1521 até o ano de 1603 as Ordenações Manuelinas estiveram em voga e, estas priorizavam mais os interesses da realeza em detrimento de outras instituições; o Rei verificava aí um fortalecimento de seu poder. O que não mudou foi o processo de distribuição das matérias que continuou represtinando o modelo anterior e, só alterando, dessa forma, a ordem dos títulos, parágrafos e artigos.

A partir do ano de 1603 aconteceu a promulgação das Ordenações Filipinas e que manteve o mesmo método e sistematização das Ordenações Manuelinas, isso, em cinco livros. Poucas mudanças em matéria processual podem ser observadas e, aqui, vale ressaltar, as funções judiciárias que, se limitaram ao julgamento, com juiz-presidente, das ações de injúria

verbal, furtos de pequena monta, após serem, previamente, processadas pelo mesmo juiz com o tabelião do judicial.

Foram três ordenações, consideradas grandes codificações existentes no Brasil daquela época, além, é claro das cartas dos donatários, dos governadores e dos ouvidores.

Apenas no bojo da Constituição de 1824 é que a divisão dos poderes foi reconhecida no País. O Judiciário se confundia com o Administrativo, fiscal, o militar até aquela Constituição.

O Código de Processo Criminal foi promulgado em 1832, foi o chamado Código de Processo Criminal de Primeira Instância e mantinha administração provisória sobre a administração da Justiça Civil nos seus 27 artigos.

Para que se entenda, com maior clareza, o instituto da prova, no Brasil, imperioso se faz pontuar algumas palavras acerca dos chamados regulamentos.

Primeiro foi o regulamento 737, na realidade foram publicados dois regulamentos o já, supracitado e o regulamento de nº 738; estes entrariam em vigor juntamente com o Código Comercial e, isso se deu em 25 de Novembro de 1850. A importância maior ficou para o regulamento 737 que teve regramento mandamental até o atual Código de Processo Civil. Seu objetivo era determinar a ordem do Juízo dentro do Processo Comercial.

No ano de 1871 restabeleciam-se as orientações do Antigo Código de Processo Criminal.

O Conselheiro Antonio Joaquim Ribas foi encarregado pelo Governo para que este reunisse todas as normas de competência do Processo Civil e em 1876 a Consolidação das Leis

do Processo Civil passaria, assim, a ter força de lei, dividindo-se em duas partes. A primeira parte se relativizava a Organização Judiciária e a segunda parte à forma do processo.

Com o advento da proclamação da República, a primeira medida inicial, de relevância adota pelo governo republicano no que concerne ao Processo Civil foi para que se aplicassem ao processo, julgamento e execução das causas civis, em geral, as disposições do Regulamento 737 de 1850. Porém, as disposições que se mantiveram em vigor foram as que regulavam os processos especiais, não compreendidos pelo referido Regulamento.

O surgimento do Código de Processo Civil de 1939 – com a competência da União de legislar sobre processo, ressaltam Grinover et al (2003, p. 107, disponível em: <[http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art\\_2002.pdf](http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_2002.pdf)>.): ditada constitucionalmente em 1934, tornou-se necessária a preparação de um novo Código de Processo Civil; tendo o governo organizado comissões de juristas encarregados daquela tarefa.

O fato de as antigas civilizações atribuírem origem divina ao Direito, já que a religião era base de toda a sociedade, os meios de prova possuíam ligação direta com a religião, abduzindo por completo a possibilidade de verificação, dos meios legais, dentro do conceito moderno, sobre quem possuía esse ou aquele Direito.

Temerárias foram, então, as decisões proferidas na seara do Direito das sociedades primitivas, se observadas sobre o prisma do devido processo legal da ampla defesa e do contraditório, mas de ressaltar que, essas mesmas decisões eram legitimamente procedentes e aceitas dentro do ordenamento daquelas civilizações.

Na medida em que a sociedade ia se desenvolvendo se verificava o fortalecimento do Estado advindo assim, fortes mecanismos de estruturação e de administração da sociedade. Verificou-se a obrigatoriedade da arbitragem, surgindo assim, a predominância da justiça

pública sobre a privada e, por efeito, a religião foi deixada de lado como modelo de solução dos conflitos.

Primordial passou a ser a demonstração de argumentos elencados para que determinada parte se tornasse vencedora em sua pretensão, trazendo à baila, o campo do devido processo legal para a produção de provas dos fatos alegados, expurgando-se, de vez, o condão religioso, que durante séculos conduziu mesmo que de forma questionável, o instituto da prova. O distanciamento da Autotutela e a predominância da Autocomposição (meio extremamente eficaz no sentido de solucionar conflitos) abriram caminho para a segurança jurídica dos meios probatórios entregando a prestação jurisdicional de forma legal e satisfatória.

Hoje, os mecanismos são muito mais céleres para a compreensão do que se convencionou chamar verdade real. De ressaltar que essa busca teve considerável evolução nas searas da logicidade e cientificidade na construção do elemento prova.

## **2. DA PROVA**

### **2.1 Conceito**

O art. 332, caput, do Código de Processo Civil *in verbis*: “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos ainda que não específicos neste Código sejam hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.” Logo o conceito de prova poderia ser: Provar quer dizer Inspeccionar, verificar, exame, dar azo ao reconhecimento por experiência; experimentação, revisão. Prova é produção de atos, produção de meios, sendo dessa ordem a afirmação de que as partes ou o juiz se utilizam de tais ferramentas para provar a verdade dos fatos alegados, o que chamamos, no mundo jurídico, de o ato de provar. Nesse diapasão (SANTOS, 1983, p. 11): A quem alega cabe fazer a prova do alegado, isto é, cabe fornecer os meios afirmativos de sua alegação. Significa o meio de provar considerado em si mesmo.

Diante das afirmações o instituto da prova garante de forma legítima e legal o devido processo legal, assegurado àqueles que necessitam da efetiva prestação jurisdicional por parte do Estado, quando direito se vê passível de ameaça. Não obstante, se deve analisar o direito à prova dentro do prisma constitucional, nominando este como um direito fundamental, visto que este nasce do princípio do contraditório, devido processo legal e ao acesso à justiça.

## **2.2 Do direito à prova à luz da Constituição Federal de 1988**

O direito à prova está implícito na Constituição Federal de 1988 e é derivado da garantia do contraditório, contida no Art. 5º, LV da CF/88, *in verbis*: “Aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O direito à prova possui o condão de evitar que atrocidades venham se ofuscar na tutela do Estado, inserida na justificativa de prova ilícita. Retomando o Direito em seu contexto primitivo (sociedades primitivas), os meios temerários que foram ferramentas de decisões daquela época mutilaram e frustraram, sobremaneira, as garantias individuais. Naqueles sombrios tempos, inocentes não podiam utilizar-se de suas prerrogativas legais, já que a influência e o acúmulo de bens tinham definitivos na aplicação das sentenças. O direito era frágil, justo era o que agradava aos fortes dirigente tais como os faraós.

Nos tribunais os juízes julgavam de acordo com interesses do faraó, em nomes deste, orientados por funcionários do próprio Estado. Não existia o direito individual, o criminoso respondia em consorte com sua família. Os juízes prevaleciam sobre os legisladores, reforçando assim, a conclusão de que o instituto da prova, diferentemente do que se apresenta hoje era totalmente alheio ao contraditório.

Não se percebia um conceito justo de contraditório tampouco de prova, os indivíduos, na solução pacífica das lides. O Estado não oferecia os meios justos e o cidadão não podia cobrá-los do Estado já que os mesmos não tinham conhecimentos dos mesmos. A diversidade de Direitos, e estes não eram escritos, estavam plenamente contaminados por práticas religiosas; não se tinha uma noção geral do que era o Direito e, por conseguinte a prova.

### 2.3 Do direito à prova segundo o Código de Processo Civil Brasileiro

De acordo com o Código Civil Brasileiro em seu art. 333, caput, I e II, *in verbis*: “O ônus da prova incumbe, ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, ao réu, quanto a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

De ressaltar, ainda, o princípio do livre convencimento do julgador, princípio que tem como escopo o poder avaliar e apreciar as provas produzidas pelas partes e legitima o julgador a tomar, livremente, sua convicção. A persuasão racional toma sentido sendo temperada pela motivação do ato judicial. Destarte, há a consolidação do elemento prova como instrumento legal e legítimo da alegação das partes.

Prova, para (GRECO, 2008. P. 210): É todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém. Segundo o mesmo autor “prova” se originaria do latim probation, que por sua vez, emana do verbo probare, com significado de examinar, persuadir, demonstrar.

Então, o objeto da prova nada mais é que os relevantes e pertinentes fatos para o processo eximindo-se assim, o direito. Quanto ao direito a lei clama pelo conhecimento do magistrado, todavia, o CPC, em seu artigo 337 permite exceções à regra elencada, se a parte alega normais de cunho jurídico, de aplicação incomum e, aqui podemos citar determinada lei municipal, estadual, estrangeira e, até consuetudinária, em determinação prolatada pelo magistrado.

Nesse diapasão vale afirmar que é irrelevante quem produziu uma prova, já que ela após ser produzida se agrega ao processo.

## 2.4 Meios de provas

De ressaltar, ainda a distinção entre o instituto prova e “meios” de prova. Os meios se resumem em modalidades pelas quais se chega ao instituto da prova. Mister se faz entender que não existe uma hierarquia dentro das espécies do instituto em estudo e aqui, se pode citar as várias espécies de provas, trazendo uma rápida definição para cada uma delas. Assim, as espécies de provas são: Depoimento pessoal - vivência dos fatos, eis aqui um princípio norteador desse meio de prova, asseverado pelas partes, levando-se em conta a possibilidade de confissão. Uma diferença importante é visualizada por (GRECO, 2008, p. 218):

O juiz, ao determinar o interrogatório, o faz simplesmente convocando a parte para depor. O depoimento pessoal é feito mediante a cominação da pena de confesso e arremata o autor: “Outra diferença está em que podem ser interrogadas mesmo partes incapazes, mas não podem elas prestar depoimento pessoal, porque não podem confessar”.

Confissão: pela leitura do art. 348 do Código de Processo Civil: *in verbis*: “há confissão quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário”. Por meio de representação não obsta a possibilidade da confissão dês que inseridas no parágrafo único do art. 213, do Código Civil que assim assevera: *in verbis*: “Se feita determinada confissão por um representante, somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado”. Ora, de se entender que só se admite, nesse caso, o instituto da confissão, se for expressamente autorizado pelo representado, de outro modo não há falar em confissão. Prova documental: Ainda na concepção de Greco, (2008, p. 251):

Documento é todo objeto do qual se extraem fatos em virtude da existência de símbolos, sinais gráficos, mecânicos, eletromagnéticos etc. É documento, portanto, uma pedra sobre a qual estejam impressos caracteres, símbolos ou letras; é documento a fita magnética para reprodução por meio de aparelho próprio, o filme fotográfico etc.

Exibição de documentos ou coisas: Ação autônoma de escopo cautelar pode ser antecedente ou incidente no processo. Qualquer das partes pode ser legitimado ativo, sendo o passivo a outra parte e, não defeso também o terceiro. Assim, prescreve o art. 355 do Código de Processo Civil *in verbis*: “O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se ache em seu poder”.

Figura destarte que a exibição de documentos ou coisas também pode beber da fonte da exceção. Para tanto uma simples leitura do art. 363 e incisos, do referido livro confirma essa excepcionalidade: *in verbis*: “A parte e o terceiro se escusam de exhibir, em juízo, o documento ou a coisa: I – se concernente a negócio da própria vida da família; II – se a sua apresentação puder violar dever de honra; III – se a publicidade do documento redundar em desonra à parte ou à terceiro, bem como a seus parentes consangüíneos ou afins, até o terceiro grau, ou lhes representar perigo de ação penal; IV – se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo; V – se subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição; § único – se os motivos de que tratam os ns. I a V disserem respeito só a uma parte do conteúdo do documento, da outra se extrairá uma suma para ser apresentada em juízo”.

Prova testemunhal: Quando a pessoa é considerada estranha a um determinado fato jurídico e o meio de prova só se perfaz com a declaração desta pessoa, então, receberá o nome de testemunha, o que é distinto de depoimento pessoal. De ressaltar que, pela leitura do art. 227 do Código Civil *in verbis*: “salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal, só é admitida nos negócios jurídicos, cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados”. Importante ressaltar que a exceção tem base legal no Inciso II, art. 402 do Código de Processo Civil, quando a obtenção de prova escrita se torna impossível.

Nesta seara e, de forma subsidiária, dentro do que apregoa o parágrafo único do art. 227. Ora, qualquer pessoa, exceto as incapazes, impedidas ou ainda as suspeitas, pode ser testemunha. O legislador procurou asseverar a prova testemunhal, de forma subsidiária, por entender que, nem toda pessoa estranha ao fato possui retidão e comprometimento, no momento de elucidar os fatos, por ela presenciados.

Prova pericial: É a forma de documentar, nos autos, conclusões especializadas as quais também podem ser aplicadas nos recursos. De entender que quando o magistrado determina uma prova pericial o mesmo não abre mão do seu poder de decidir. A prova pericial é elucidativa, ajuda a formar a convicção do juiz, de forma plena e contextualizada, não quer dizer que, diante de tais provas periciais o magistrado seja obrigado a açambarcá-las, este pode decidir por usá-las ou não.

Inspeção judicial: para Greco, (2008, p. 245):

Para alguns a inspeção seria meio valiosíssimo no convencimento do juiz; para outros seria perigoso expediente de envolvimento do magistrado nos fatos.

E arremata o autor: Essas duas opiniões, porém, não se excluem, e encerram duas observações verdadeiras: de um lado pode a inspeção judicial ser o instrumento decisivo para captação da verdade; de outro pode envolver o magistrado no calor da refrega.

## **2.5 Natureza jurídica da prova**

De ressaltar que a natureza jurídica da prova é de direito processual. Ora, fácil perceber tal afirmação, por assumirem real valor dentro do processo, fica improvável que outro conceito possa sobejar à seara do instituto da prova.

A ciência do processo se prontifica com exclusividade ao estudo do instituto em relevo. Não seria palpável a concepção dos elementos probatórios serem esmiuçados fora do processo. É nele (processo) que o magistrado pode manipular as alegações aditadas nos autos.

É na oitiva de testemunhas, na perícia, ou na análise de objetos e coisas que se torna possível tecer o liame entre o fato alegado e o ato praticado ou ainda sofrido. Ademais, as leis substantivas estariam interligadas ao direito material e as adjetivas ao processual. Fácil concluir, então, que, a prova é uma qualidade de elemento material, só auspicando tranquilidade e força reveladora dentro do processo.

## 2.6 Função da prova

Dentro desse raciocínio o que seria as consequências jurídicas? Pode-se dizer que, as consequências jurídicas estariam interligadas as afirmações que se envergam sobre determinados fatos e, que fatos seriam estes? Pela análise da convicção do magistrado determinados fatos seriam aqueles que sustentam a decisão segura e sábia no momento da decisão.

Por tanto, a prova deve ser esvaziada de qualquer pretensão errônea ou que não ofereça a verdade sobre os fatos alegados pela parte que se propõe a produzi-la. Por certo que a parte por muitos motivos óbvios não está obrigada a diferir o que é a realidade dos fatos apresentados em sua argumentação ou o que não o é. Mister se faz entender que, aqueles que tem conhecimento proficuo devam dissecá-la de forma a encontrar o liame da realidade de forma a proporcionar, de bom grado, a prestação jurisdicional.

Destarte, está aí o verdadeiro condão da prova: fornecer elementos seguros e despidos de mácula para a formação da convicção do juiz. Se uma parte desejar receber do processo

determinado sentido jurídico, antes de tudo, é preciso oferecer alguma alegação sobre determinado fato e, logo em seguida dar azo a tal afirmação.

A atividade probatória é a ferramenta para sanar dúvidas quanto à verdade dos fatos. É imperioso, contudo, ressaltar a amplitude do instituto da prova e aqui, necessário se faz conceituar essa amplitude sob dois prismas: o objetivo e o subjetivo.

Do ponto de vista do aspecto subjetivo a prova judiciária pode ser atividade e resultado, no sentido de que sob o prisma da atividade é a conhecida ação produzida pelas partes no intuito de elucidar as verdades dos fatos e, neste viés se afirma que a parte é a autora da produção das provas; através de suas atitudes surgiram circunstâncias para o convencimento do magistrado e, o que se pode afirmar sob o prisma do resultado? Bem, neste entendimento nada mais é que a soma de elementos de convicção do magistrado, decantados no processo.

Passaremos a analisar o aspecto objetivo da prova. Sobre esse instituto podemos afirmar que o mesmo possui duas subdivisões, a saber: forma e meio.

Forma: elemento disposto às partes com o escopo de esclarecer a existência dos fatos elencados pelas partes. Veja bem, não é a ação de provar, mas sim do instrumento, em si, para o conhecimento do magistrado. E os meios, como podem ser definidos? Estes se originam de coisas e pessoas que demonstram ao julgador elementos que são consagrados ao instituto da prova.

## **2.7 Objeto da prova**

São os fatos que devem ser provados e não o direito ali requerido. Apesar de haver exceções e essas expressas em lei como o direito municipal, estadual, o estrangeiro e ou ainda o consuetudinário; tais fatos de acordo com o que elenca o Código de Processo Civil em seu art.

337, *caput in verbis*: “A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”. Nestes casos deverão ser provados não somente a sua vigência, mas o seu conteúdo.

De ressaltar a importância de se distinguir o que deve ser provado, em face da necessidade de se delimitar o chamado objeto da prova, já que estes são os fatos relevantes e pertinentes em que o magistrado deve se manifestar e, aí importante se faz citar o plano processual, como a ocorrência de algum pressuposto negativo, tal qual, a litispendência e o plano material como, por exemplo, o pagamento da dívida anterior que foi reclamada pelo autor em uma ação de cobrança.

Os requisitos para a admissibilidade da prova são: pertinência, relevância e adequação. No que competem à pertinência os fatos a serem provados devem ter relação com as questões a serem discutidas em juízo. Já com relação à relevância os fatos que serão provados necessitam manter relação ou conexão com a chamada pretensão que foi resistida e, por fim no que diz respeito a adequação as provas precisam ser adequadas para fazer prova daquilo a que a mesma se presta.

Mister se faz ressaltar que também existem fatos que o legislador entende prescindir de provas, ou seja, fatos que não precisam ser provados no processo com o escopo de formar o convencimento do Magistrado. O art. 334, *caput*; I, II, III e IV do Código de Processo Civil Brasileiro *in verbis*: “Não dependem de prova os fatos: ...notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, admitidos no processo como incontroversos e, em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

## 2.8 Classificação das provas

Existem duas classificações: provas diretas e provas indiretas.

As provas diretas são as que apresentam imediata relação com o fato probando (ato de provar).

Já as indiretas são aquelas que não apresentam relação com este fato probando, mas mantêm relação com um fato diverso que permite, através de raciocínios e induções que se chegue à conclusão da existência da conformidade do fato, objeto da prova.

## 2.9. Prova emprestada

Prova emprestada nada mais é que elemento probatório produzido em um determinado processo e utilizado em outro. Não podemos esquecer que tal situação gera inúmeras críticas dentro da seara jurídica. Alguns legisladores afirmam que tal instituto seria pressuposto de vulnerabilidade, entre outros princípios, o do juiz natural, que terá que examinar a prova colhida e examinada, de outra sorte, por outro magistrado.

O princípio da celeridade faculta o traslado de documentos de um processo para o outro, mas, de salientar que o magistrado que examinará tais documentos não fica obrigado a acatar a decisão nele tomada. Não seria menosprezo a possibilidade do magistrado, a julgar os documentos trasladados, desprezar documento fundamentado, dentro do mais rígido padrão de julgamento e convencimento último juiz? Para tal questionamento prevalece o mais pacífico entendimento que o devido processo legal e o inquestionável conhecimento do magistrado

afastariam tal possibilidade e ademais pelo princípio da economicidade processual, não se furtará o magistrado dessa possibilidade.

Dentro deste mesmo raciocínio e ainda adentrando o princípio da oralidade, Dinamarco, (*apud* TERUYA, Vanessa. 2004 p. 97. “Admissibilidade da prova emprestada no ordenamento jurídico e sua natureza jurídica”. Disponível em <<http://www.lfg.com.br/>>, junho. 2008):

Nem a oralidade é um valor tão elevado em si mesmo, que pudesse ser usado como escudo contra legítimos expedientes destinados a assegurar o acesso à justiça; nem a própria lei a consagra tão intensamente como desejaria seus defensores. Não há imediatidade entre o julgador e a pessoa no caso de testemunhas inquiridas ou perícias realizadas mediante carta precatória, ou quando a prova foi produzida por juiz incompetente e depois aproveitada pelo competente (CPC, art.113, § 2º); nem os juízes dos tribunais têm qualquer participação na constituição do material probatório do processo. A fragilidade do princípio da oralidade perante o direito positivo tem por consequência a fragilidade da objeção fundada na suposta pureza com que a lei brasileira a adotaria.

Nessa concepção, a prova emprestada encontra força processual e tem caráter de celeridade e não ofusca, em hipótese alguma, a prestação jurisdicional perfeita. Pensamento semelhante possui doutrinador Deda, (2006, p. 117, disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2682/](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2682/)>): “não é óbice o princípio do contraditório, que deve ser observado no processo subsequente, quando transportada à prova, como deve ter sido no anterior, ao tempo da realização desta”.

Fica desta forma, claro que, a prova emprestada se torna instrumento legítimo de elucidação de fato novo em processo insurgente utilizando-se de elos pretéritos. Não menos brilhante é a afirmação de Wambier, (*apud* TERUYA, Vanessa. “Admissibilidade da prova emprestada no ordenamento jurídico e sua natureza jurídica”. Disponível em<<http://www.lfg.com.br/>> Junho. 2008):

Para a validade da prova emprestada é necessário que a prova tenha sido validamente produzida, no processo de origem, e seja submetida ao crivo do contraditório, no processo onde se busca surtam os efeitos da prova. Assim, não pode a sentença se fundar unicamente em prova emprestada sobre a qual as partes não tenham tido a oportunidade de se manifestar.

Não se pode esquecer a jurisprudência que tem acenado na direção da admissibilidade, justificando que colhida a prova em outro processo essa servirá, sim, de elemento probatório, já que a prova emprestada se insere aos meios legítimos e morais, os quais são declarados hábeis, pelo art. 322 do Código de Processo Civil. (ATARJ - Antigo Tribunal de Alçada – Rio de Janeiro - 20/261- TJDF. Apelação Cível: APL 177130420098070001 DF 0017713-04.2009.807.0001: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8178146/apelacao-ci-vel-apl-177130420098070001-df-0017713-0420098070001-tjdf/>>. Acesso em 12 jun. 2011).

Diante de tais afirmações pode afirmar com convicção que a prova emprestada é elemento extremamente hábil e valioso para o nosso direito pátrio, seja pela adição de elementos, pela celeridade ou ainda pela economia processual. Não obstante, vale ressaltar que, os métodos espúrios jamais poderão ser agregados com o objetivo de manchar o devido processo legal.

Assim, cada vez mais se faz necessária a postura isonômica e imparcial dos juízes ao se depararem com situações processuais em que figure o instituto da prova emprestada. O Código de Processo Civil, e a jurisprudência depositam no seio do magistrado, poderosas ferramentas, que objetam a solução satisfatória no momento de se oferecer, por parte do Estado a mais clara prestação jurisdicional, de sorte que, as instituições jurídicas brasileiras têm solidificado em seus egrégios tribunais a certeza de outro instituto, responsável por milhares de relações jurídicas e, que, tem mantido de forma consagrada na Magna Carta a mais legítima segurança jurídica das relações humanas e dos negócios jurídicos.

Mister se faz, a partir deste ponto fazer uma análise do que venha a ser prova ilícita.

Também utilizaremos a opinião de vários doutrinadores que se colocam diante do tema.

### 3. PROVA ILÍCITA

#### 3.1 conceito

Em virtude da nova redação dada ao art. 157 do Código de Processo Penal pela Lei 11.690/2008, *in verbis*: “Provas ilícitas são as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Municiano o conceito, pode-se afirmar ainda que a prova ilícita é a que viola regra de direito material, constitucional ou legal, no instante de sua obtenção; exemplo: uma confissão mediante um ato de tortura.

Na Magna Carta de 1215, onde especializa as garantias individuais, mais precisamente em seu art. 5º inciso LVI *in verbis*: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Ora, a violação da intimidade, da honra, da imagem, da vida privada, do domicílio e ainda, das comunicações. De ressaltar que o inciso XII, do referido artigo existe uma exceção na seara do Direito Penal, mas, este não é nosso objeto de estudo.

De volta ao nosso viés de estudos, vale ressaltar que não se deve confundir prova ilícita e prova ilegítima; a primeira faz referências a Direito material e a segunda a Direito processual. Existe uma possibilidade de admissão da prova ilícita ou a ilegítima? Bem, este é um ponto que traz grande controvérsia no âmbito jurídico e não obstante no processo civil.

### 3.2 A Prova Ilícita no Processo Penal Brasileiro

As posições são bastante divergentes; há quem defenda a aplicação das provas ilícitas e, há quem afirme ser totalmente inconstitucional a admissibilidade de tais provas no processo. Neste entendimento o professor Moreira, (1997, p.108):

De acordo com a primeira tese deve prevalecer, em qualquer caso, o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, de sorte que a ilicitude da obtenção não subtraia à prova o valor que possua como elemento útil para formar o convencimento do juiz, a prova será admissível, sem prejuízo da sanção a que fique sujeito o infrator.

Já para a segunda tese, o direito não pode prestigiar o comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegitimamente obtida.

De ressaltar que a controvérsia reside justamente no sopesamento do direito fundamental do ser humano com sua inviolabilidade bem como aos princípios processuais na seara civil atrelados à tentativa de encontrar a verdade de caráter substancial e ou até mesmo de viés material, para que se possa atingir acesso ao provimento jurisdicional, como uma das garantias individuais.

Entre os princípios elencados na Constituição Federal não existe hierarquia. Então quais são os bens jurídicos mais importantes que merecem ser assegurados pelos princípios da Magna Carta? Poder-se-ia dizer que os princípios deveriam tutelar com maior veemência as garantias fundamentais ou deveria tutelar com mais ênfase o direito a prova, o direito ao contraditório.

Neste enfoque o caso concreto mereceria maior atenção, pois diante de tal prisma se poderia avaliar qual dos direitos teria maior peso, revelada importância. Vários doutrinadores são de entendimento que alguns critérios norteiam o processo de admissibilidade; aqui se pode citar a imprescindibilidade, a proporcionalidade.

Na seara da imprescindibilidade fosse necessária proceder à prova, única, denominada ilícita, instrumento para se reparar um direito material, de valor imensurável? Nesse diapasão, fica a cargo do magistrado acomodar as diversas normas colidentes?

A resposta a tantas perguntas, por certo, deve sobrestar numa escala de valoração, onde, sem muitas dificuldades, certos princípios sobrepõem sobre outros, de maneira a garantir a prestação jurisdicional; e na justeza da aplicabilidade da prestação podemos elencar o princípio da proporcionalidade, que será objeto de estudo logo à frente.

De conhecimento doutrinário que não se torna absoluto o direito a produção de qualquer que seja a prova; que segurança produziria o Estado se o mesmo tutelasse através do Direito e efetivação de provas na contramão das exaltadas garantias sociais e, aqui se elenca a legitimidade e, inclusive outro elemento denominado de moralidade. Que lastro teria um Estado que, em nome de alguns nefastos interesses jogasse à ruína a segurança, o estado de liberdade e democracia? Daí, ser, veementemente desaconselhável a ampla liberdade no procedimento de produção do instituto da prova.

Com a possibilidade de inidoneidade das provas que estariam desventuradas de caráter científico com o intuito de produzir o convencimento daquele que tem como legitimidade a obrigação de julgar, fundamentar e decidir e, ou ainda de criarem um vicioso círculo fraudulento sem falar na situação vexatória que ficaria exposta a parte que se prestasse a produzi-la.

Segundo Grinover, (1996 Saraiva p. 139, disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos3/admissibilidade-provas-ilicitas-processo-penal/admissibilidade-provas-ilicitas-processo-penal2.shtml/>>): a prova ilícita enquadra-se no grupo da prova vedada, entendida esta como a prova contrária, em sentido absoluto ou relativo, a uma específica norma legal, ou a um princípio de direito positivo. Nesse

entendimento, em sentido absoluto e, ou ainda relativo há de se considerar a vedação da prova.

A proibição da prova ilícita estará no arcabouço da natureza processual quando sobejar na função dos interesses que dizem respeito à lógica ou então à finalidade processual; na contramão se verificará sua natureza substancial quando a mesma for recebida de forma puramente fundamental na seara dos direitos dos indivíduos tutelados pelo ordenamento e, aí não dependerá do processo, em si.

Vale aqui, uma análise de determinados meios de prova, considerados ilícitos; mister se faz considerar os grandes avanços tecnológicos e, de maneira estrita, os eletrônicos e digitais que, englobam, sobremaneira, toda a humanidade. Como já é sabido existem vários meios de provas ilícitas, mas, o que merece maior relevância é a chamada escuta telefônica que, vez em tantas é feita de forma clandestina. Não causa espanto o grande número de escutas telefônicas clandestinas realizadas pelos chamados detetives particulares que, contratados por uma das partes se prestam a tal serviço, no intuito de levar ao seu contratante material farto o bastante para que o mesmo sirva de prova em eventual demanda.

Quantos casos de espionagem industrial e, ou comercial não acontecem nos grandes centros brasileiros com o ardil de subtrair verdade que, de forma lícita seria impossível adquirir. O direito de poder manter a vida alheia à intromissão de terceiros tem respaldo constitucional em seu inciso X do art. 50 da Constituição Federal de 1988 *in verbis*: “Inviolabilidade à intimidade, à vida privada, e, ainda, à honra e à imagem das pessoas”.

O inciso XII do mesmo artigo supracitado, também garante o sigilo da correspondência, do sigilo telefônico e ainda comunicações telegráficas. Reside na leitura dos dois incisos o conceito da segurança jurídica dentro das relações pessoais.

Nada mais verídico e seguro do que, em extrema necessidade de se chegar à verdade dos fatos, lançar mão, nestes casos do princípio da proporcionalidade que, como já salientamos, no seio deste trabalho monográfico, será abordado de forma introspectiva e profunda.

Já sabemos que as provas ilícitas apresentam-se de formas diversas, tais como a interceptação telefônica, captação (gravação) de conversa que na atualidade se das mais sofisticadas formas e de maneira quase que imperceptível. Os meios de comunicação tais como jornal e ou TV utilizam broches, canetas com micro câmeras, relógios de pulso com filmadoras, furto de documentos, devassa de agendas pessoais, diários e até o suborno de testemunhas; invasão de dados em computadores alheios, utilização de decodificadores de senhas, com o intuito de utilizar esses elementos como meios de provas.

### **3.3 Prova Ilícita no Processo Civil Brasileiro**

O Código de Processo Civil Brasileiro em seu art. 332, ao tratar das formas legais e as moralmente legítimas de provar tutela a utilização dessas formas e, na contra mão, veda a utilização das formas ilegais ou ilegítimas. Desta forma, as partes, quando lançarem mão dos meios de prova deve acuidar para esses parâmetros.

Por conseguinte a preocupação reside no campo das condições sob as quais as provas poderão ser conseguidas. Destarte necessário se faz o profundo conhecimento, por parte daqueles que tem por obrigação a confecção das provas seja qual for o litígio.

Vale fazer a seguinte reflexão: em não obtendo, a prova, apoio legal também não fica, a parte, na impossibilidade de obtê-la; de toda sorte, não se pode também extrapolar os

meandros da moralidade. Feita a explanação pode-se concluir que, são admitidos todos os meios de prova, dês que observados os critérios de moralidade e legitimidade.

Na seara da ética jamais podem ser esquecidos os valores morais e, a distinção está naqueles que venham a ofender ou não o pudor social.

Na permanência da segurança jurídica e legítimo direito de proteger bem maior em detrimento de determinada prova ilícita ser aceita ou não como meio eficaz de prova os magistrados tem lançado mãos da “Lei da Ponderação”.

O doutrinador Baptista, (2000, Revista dos Tribunais), tem a seguinte conclusão: A solução contra a ilicitude praticada pela parte não deve ser a proibição de que ela faça uso da prova assim obtida, mas sua sujeição ao correspondente processo para punição pela prática do ilícito cometido na obtenção da prova.

Sem esgotar a linha de raciocínio a respeito da prova ilícita, outros dois doutrinadores tecem os seguintes comentários: Wambier, (2007, P. 418. V.1.disponível em:<<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/DA%20UTILIZA%C3%87%C3%83O%20DAS%20PROVAS%20IL%C3%8DCITAS%20NO%20PROCESSO%20CIVIL%20BRASILEIRO%20E%20A%20PONDERA%C3%87%C3%83O%20DE%20INTERESSES.pdf/>>), para ele existem três correntes:

A primeira, denominada obstativa que considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito, em qualquer hipótese; a segunda, denominada permissiva, que aceita a prova assim obtida, por entender que o ilícito se refere ao meio de obtenção da prova, não a seu conteúdo; e, por fim, a corrente intermediária que admite a prova ilícita, dependendo dos valores jurídicos e morais em jogo, aplica-se o princípio da proporcionalidade.

Greco, (2008, Saraiva), disserta que:

A tendência moderna, contudo, é no sentido de não se admitir a prova cuja obtenção tenha violado princípio ou norma de direito material, especialmente se a norma violada está inserida como garantia constitucional e, continua, dizendo que "se a parte, por meios lícitos, não pode obter a prova que precisa, perde a demanda, e esse mal é menor do que implicitamente autorizá-la à violação da lei para colher o meio de prova.

De forma inconteste, Marinoni, (2008. P. 394, disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010\\_1/samuel\\_dutra.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/samuel_dutra.pdf)>), afirma que:

O art. 5º, LVI, da CF não vedou a violação do direito material para a obtenção da 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 na violação de direitos, a busca da verdade deveria impor a sua utilização no processo.

Ora, pela análise feita do disposto acima, a norma constitucional proibindo a utilização da prova em questão apregou mais efetividade no que se refere à proteção ao direito material deixando de lado a busca da verdade pelos meios temerários.

Não obstante, vale lembrar que, a mesma norma deixou de considerar fato relevante de que tal relação pode ocorrer em processos de espécies variadas e, só para ilustrar podemos citar o Processo Penal, o Trabalhista além do Processo Civil e até de direitos e valores diferentes. A diferença entre os processos Civil e Penal é nítida; basta dizer que, no Penal o réu se cerca do direito de nada dizer ficando presumida, assim, a sua inocência, ficando o magistrado impedido de condenar o réu sem o devido convencimento dos fatos verdadeiros. O mesmo não se verifica no Processo Civil, não podendo o magistrado definir de forma abstrata qual bem terá maior relevo.

Em assim sendo cabe às partes o dever de prolatar a verdade, ficando o magistrado, em certos casos, autorizado a tutelar direito de autor, sob a égide da convicção da verossimilhança.

Nunca é demais lembrar que no Processo Penal a ênfase maior fica resguardada ao direito de liberdade, com quanto, no Processo Civil essa opção não goza de aceitabilidade na esfera de nenhum direito se este vem a colidir e fica a opção ao magistrado, dentro do caso concreto. Feitas estas afirmativas não é difícil observar que o art. 5º, LVI da Magna Carta fora redigido com vistas a opção do Processo Penal, entretanto, se pensada em razão do Processo Civil fica conectada a necessidade de que a escolha pela prova ilícita se destine ao caso concreto.

É de ressaltar também que, outro instituto relacionado à prova ilícita aporta em nosso campo de estudos. A prova ilícita por derivação não afasta as várias óticas doutrinárias acerca da produção de provas, no Processo Civil. O que é prova ilícita por derivação, sua eventual aplicabilidade ou não. O posicionamento jurisprudencial. Existe algum julgado que trata do assunto?

### **3.4 Aplicabilidades da prova ilícita por derivação**

Quando uma prova inicial for viciada as demais, provenientes desta, também estarão viciadas e, e aqui, se define com clareza prova ilícita por derivação. O pioneirismo da jurisprudência estadunidense estabeleceu uma importante teoria, conhecida no mundo jurídico como "*fruits of the poisonous tree*" (os frutos da árvore envenenada). Ora, de saber que, pela análise da teoria que, os vícios são transmitidos, de forma original, aos demais elementos da prova que desta decorrem e, neste entendimento deverão ser excluídos todos os ícones probatórios que imergem deste instituto.

Qual seria a legitimidade para postular, em juízo, pedido de deferimento de sentença que tivesse como nascedouro, em prova ilícita, elementos contundentes e relevantes que pudessem determinar direito certo e incontestável? Por certo, magistrado algum se aventuraria, no campo da fundamentação ilegítima, a proferir sentença a parte envolvida nessa espécie de litígio.

A busca, a qualquer custo, de elementos que possam garantir direito, líquido e certo, em qualquer demanda jamais terá amparo legal se esta estiver maculada com conectores ilícitos.

Mas, como no direito nada é estaque a teoria dos frutos da árvore envenenada, recebeu tons de equilíbrio, dentro do direito americano o que propiciou a criação de exceções, dentro da regra preconizada, pois do contrário, estaria àquela ordem jurídica, passível de decisões alheias ao princípio da proporcionalidade (desproporcionais).

Para tanto, naquele país, passou-se a considerar a prova independente da teoria dos frutos da árvore envenenada. E, quais seriam as conseqüências? Não outra, senão a garantia do devido processo legal. Sendo a descoberta da prova inevitável esta não estaria compuscada dentro da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Assim, a aplicação da teoria fica excluída, sobre as provas consideradas secundárias, na possibilidade de haver uma conexão, sutil que fosse, entre qualquer uma e, aí fica claro a possibilidade da causa e do efeito entre qualquer delas. Por entendimento geral e, por regra, a aplicação da prova derivada ficaria, de forma constitucional, vedada.

No entanto, se estas provas secundárias possuírem fontes independentes ou até mesmo, se sua descoberta se der de forma inevitável, não haverá óbice em utilizar as mesmas.

Aliás, a jurisprudência do Superior Tribunal Federal, de forma incontestada, sinalizou nesse sentido e, até ultrapassando os limites acuteladores, sugeriu, inclusive, o recebimento, de forma processual, de casos, os quais sofreram o sopesamento do magistrado, dentro de valores confrontados, imbricando pela teoria da proporcionalidade, com o viés de salvaguardar bem maior. Tal afirmação será detalhada logo abaixo.

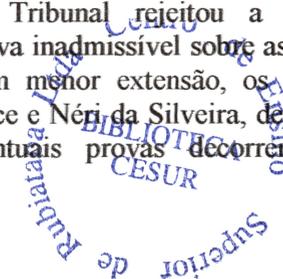
Não obstante vale frisar que, a prova derivada deve permanecer, de forma doutrinária e até jurisprudencial dentro do disciplinamento da prova vedada, de forma original.

Nunca é demais lembrar que, a prova derivada só terá valor se, interpretada dentro do princípio da proporcionalidade com o fito de proteger bem maior.

Inúmeras discussões doutrinárias foram travadas no sentido de se utilizar a prova derivada. Houve entendimentos de abominação a respeito da utilização de tais provas sob o argumento de inconstitucionalidade das mesmas, mas, tais entendimentos foram logo resolvidos ou pacificados quando se verificou a necessidade de se proteger bem maior que se colocariam sob a égide do princípio da teoria dos frutos da árvore proibida.

Em julgamento de H.C. (Habeas Corpus-2006/0258227-6), pelo STF a decisão favorável à teoria dos frutos da árvore envenenada experimentou longa discussão, conforme comentários de Moraes (11ª Ed. São Paulo. Atlas, 2002). Disponível em: <[https://www.unifor.br/joomla/joomla/images/pdfs/pdfs\\_notitia/1581.pdf](https://www.unifor.br/joomla/joomla/images/pdfs/pdfs_notitia/1581.pdf)>.

O Supremo Tribunal Federal, em duas decisões plenárias importantíssimas, havia decidido pela inaplicabilidade da doutrina do *fruits of the poisonous tree* (fruto da árvore envenenada), optando pela prevalência da incomunicabilidade da ilicitude das provas. No referido julgamento, envolvendo o ex-presidente, o Tribunal rejeitou a tese da defesa, relativamente à repercussão da prova inadmissível sobre as demais, vencido o Ministro Celso de Mello e, em menor extensão, os Ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, determinando, pois, que continuam válidas as eventuais provas decorrentes das provas



consideradas ilícitas. Confirmou essa decisão plenária posição anterior, em que participaram todos os ministros, que, igualmente, admitiu a validade das provas derivadas das provas ilícitas.

Nesta decisão, votaram pela licitude das provas decorrentes das provas ilícitas os Ministros Carlos Velloso, Paulo Brossard, Sidney Sanches, Néri da Silveira, Octávio Galloti e Moreira Alves. Importante ressaltar que esse julgamento do HC 69.912-0-RS, que primeiramente indeferiu a ordem, por seis votos a cinco, entendendo pela incomunicabilidade da ilicitude da prova ilícita às provas derivadas acabou sendo anulado pela declaração posterior de impedimento de um dos ministros. Em novo julgamento, deferiu-se a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos nos anterior, uma vez que o empate favorece o paciente, 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 the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente. O fato de ter sido concedida a ordem, naquele momento, não alterou a posição da maioria (6 votos a 5) da Corte, pela admissibilidade da prova derivada de prova ilícita, uma vez que não haveria sua contaminação pela comunicabilidade da ilicitude, afastando-se a *fruits of the poisonous tree*.

O que poderia ser uma definição jurisprudencial (6 votos a 5), novamente transformou-se em dúvida, pois com a aposentadoria do Ministro Paulo Brossard, adepto da incomunicabilidade da prova ilícita. A questão tornou-se pendente de futuro pronunciamento, já com a participação do Ministro Maurício Corrêa, para definir-se a posição da mais alta Corte Judiciária brasileira na questão da teoria do *fruits of the poisonous tree*.

Essa definição foi tomada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal que, invertendo a antiga maioria (6 votos a 5), adotou em relação às provas derivadas das provas ilícitas a teoria dos *frutos da árvore envenenada*, ou seja, pela comunicabilidade da ilicitude das provas ilícitas a todas aquelas que dela derivarem.” Em conclusão, a atual posição majoritária do Supremo Tribunal Federal entende que a prova ilícita originária contamina as demais provas dela decorrentes, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada.

De ressaltar, no entanto que, o julgamento supracitado, não resultou em jurisprudência, portanto, não vincularam outros tantos julgados que sobejou a seara da Suprema Corte.

Discussões acirradas pairam no seguinte questionamento: caso exista, no processo, uma prova ilícita, esta, será excluída ou todas as outras obtidas em decorrência desta também serão? Vale ressaltar a posição do doutrinador Avólio, (apud Lima de Castro, 2005, p. 122-129, disponível em:

[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4596/>](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4596/>)):

O problema das provas ilícitas por derivação, por uma imposição lógica, só se coloca nos sistemas de inadmissibilidade processual das provas ilicitamente obtidas. Concerne às hipóteses em que a prova foi obtida de forma ilícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido; ou da interceptação telefônica clandestina, pela qual se venham a conhecer as circunstâncias que, lícitamente colhidas, levem à apuração dos fatos.

Diante de um procedimento de interceptação telefônica, sem autorização judicial, por exemplo, através desta a polícia descobre que está em andamento um esquema de tráfico de drogas e aí se verifica nomes envolvidos, o local onde será entregue o objetivo do crime etc. não resta dúvidas de que esta gravação está maculada pela prova ilícita e, de pronto, fica excluída do rol de provas do processo. O flagrante dos envolvidos no delito seria válido?

Gomes, (1999, p. 264, disponível em: [https://www.unifor.br/joomla/joomla/images/pdfs/pdfs\\_notitia/1581.pdf/>](https://www.unifor.br/joomla/joomla/images/pdfs/pdfs_notitia/1581.pdf/>)), afirma que no caso supracitado: “A regra da exclusão é aplicável a toda prova maculada por uma investigação inconstitucional.” Tem-se que o bem tutelado pela Magna Carta é o direito a intimidade, Art. 5º, X – C.F./88. É o que a doutrina chama de “Teoria dos frutos da árvore envenenada”.

Nesta orientação, Tribunal Pleno, Rel. Min. Mauricio Corrêa, j. 12/jun./1996, DJU 04/ago./2000, julgou pedido de HC – Habeas Corpus nº 72.588/PB, *ipsis litteris*:

... 3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente.

4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo.

### 3.4 A Prova Ilícita e o Princípio da proporcionalidade – conceito e origem

O doutrinador Rezek (2004, p. 16 a 18, disponível em: <<http://www.oab-sc.org.br/institucional/artigos/26730.htm/>>), afirma que o histórico do princípio da proporcionalidade traça, indubitavelmente sua linha de aceitabilidade e aplicabilidade conduzindo assim, a sua importância ao afirmar que:

De início está relacionado à mudança de Estado, do Estado de Polícia para o Estado de Direito, com a finalidade de preservar os indivíduos de o ilimitado poder monárquico. Esta mudança foi influenciada por teorias jusnaturalistas inglesas (séculos XVII e XVIII), com os ensinamentos de que os indivíduos precisavam conquistar a “liberdade” individual, e para tanto, era preciso impor restrições ao poder executivo. Pode-se dizer que, foi através desta concepção que advém o princípio da proporcionalidade.

Sendo os ensinamentos, de nosso doutrinador, supracitados, um corolário conceitual do instituto, não fica difícil entender que antes de tal conceito já se percebia o anseio da sociedade por uma forma de convicção justa, por parte do magistrado.

Neste mesmo raciocínio e elucidando a origem do princípio da proporcionalidade, Schafer, (*apud* Deschamps, 2001, p. 107 <<http://www.oab-sc.org.br/institucional/artigos/26730.htm/>>) nos ensina que:

Ao se limitar o poder do soberano, através de regras jurídicas, surge o princípio da legalidade, como também, benefícios jurídicos utilizados na atualidade, para exemplificar, o direito tributário e o direito penal. Neste contexto, apesar de se destacar a Magna Carta Inglesa de 1215, o que tem

influenciado de maneira significativa o direito brasileiro, na aplicação do princípio da proporcionalidade, provém do direito alemão.

Depois de debruçar-nos a entender o conceito e a origem do instituto supracitado há que se entremear pelas linhas de sua aplicabilidade.

De ressaltar, porém que, segundo Junior, (1999, p. 14 a 16):

Entre as garantias fundamentais a Constituição inclui a vedação ao uso em processo de “provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, inc. LVI)”. E entre estas o problema mais freqüente e complexo refere-se à tutela, também fundamental, à inviolabilidade do sigilo da correspondência e da intimidade (art. 5º, XII e X). A vedação de provas obtidas por meio de escuta e gravação de comunicações telefônicas foi categoricamente proclamada pela Carta Magna, que somente a excepcionou para a investigação do processo criminal e mediante prévia autorização judicial. No cível, portanto, jamais se poderia utilizar, como prova lícita, a obtida por meio de interceptação telefônica. De início, porém, cumpre distinguir entre gravação da mensagem feita pelo próprio destinatário e gravação promovida por terceiro na escuta de conversa telefônica entre outros interlocutores.

Jurisprudência e doutrina se inclinam pela tese de que “a conversa telefônica gravada por um dos protagonistas sem o conhecimento do outro é válida (como prova), pois não foi obtida ilícitamente”. Não se trata de “interceptação”, como é óbvio. É que o caso da gravação por aquele que recebe a mensagem não é diferente do uso de carta ou telegrama, meios de comunicação cujo sigilo igualmente se tutela pela garantia constitucional e que, no entanto, são utilizáveis como prova lícita, pelo CPC (arts. 374 e 376). O que, enfim, se proíbe é a interceptação clandestina, que só se opera quando ocorre a gravação não consentida da conversa telefônica alheia, nunca a da conversa própria, ainda que sem assentimento do interlocutor.

Mesmo no campo da interceptação da conversa alheia, notam-se, na doutrina e na jurisprudência, manifestações recentes que, com autoridade e veemência, preconizam o abrandamento do rigor com que, literalmente, se vedou esse tipo de gravação.

Parte-se da constatação de que entre os princípios de direito, inclusive os de ordem constitucional, é impossível evitar conflitos e que, não raro, instalam-se contraposições graves, a exigir do intérprete e aplicador da lei delicada operação para harmonizar os comandos principiológicos e definir o ponto de equilíbrio entre eles.

Esclarecidos os pontos atinentes à vedação constitucional de utilização da prova ilícita, imperioso se faz registrar posições atenuantes ao referido tema, de outros doutrinadores que, se inserem no tema de forma analítica e conjuntural. Notadamente o princípio da

inviolabilidade das comunicações não se apresenta como único na seara das garantias constitucionais e, quando se trata de confronto, outros tantos se apresentam no ordenamento.

Tomemos, por exemplo, os princípios que tutelam a liberdade, a honra e até a vida. O acesso à justiça e até a garantia processual de forma incontestada pode ser utilizado, caso o magistrado tenha que desprezar a prova ilícita para que de forma concisa profira sentença sem algum par de justas na eminência de desampara direito subjetivo, eminente, e, assim, tutelar o seu violador.

Nessa linha de entendimento Moreira, (1997, p. 41, disponível em: <[>](http://www.fiscolex.com.br/doc_6223586_prova_principio_da_verdade_real_poderes_do_juiz_nus_da_prova_ilicita_e_sua.../)), conclui que:

Deve-se orientar o magistrado, sob inspiração do princípio da proporcionalidade, e, dessa maneira, poderá concluir que a transgressão se explicava por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte; e que se a parte se manteve nos limites determinados pela necessidade, ou se havia a possibilidade de provar a alegação por meios regulares e, assim, se a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução processual.

E assim, (GRINOVER *apud* JUNIOR, 1999, p. 16, disponível em: <[>](http://www.ebah.com.br/content/ABAAABr_IAK/teoria-geral-processo-ada-pellegrini-grinover/)): por inspiração do princípio da proporcionalidade, deve o juiz averiguar se, dos dois males terá escolhido realmente o menor.

Entre os doutrinadores constitucionalistas também, existe tal reconhecimento de que, segundo (BASTOS, *apud* JUNIOR, 1999, p. 16), acerca da vedação às provas não lícitas, de que: “o preceito constitucional há de ser interpretado de forma a comportar alguma sorte de abrandamento relativamente à expressão taxativa de sua redação”.

O princípio da proporcionalidade se apresenta, assim, como ferramenta indispensável na solução de controvérsias que envolvem proteção do bem e a árvore constitucional. O poder discricionário do juiz precisa limitar-se no razoável, no bom senso, na razão. O texto constitucional assegura a mais pacífica harmonização das relações dos indivíduos, de toda sorte, não pode evitar que determinados conflitos fujam a essa harmonia, restando, assim ao magistrado aplicar com perfeita razão o princípio da proporcionalidade, afastando de forma nítida os resultados irreversíveis da aplicação, absoluta, da prova ilícita.

Nesse sentido um precedente jurisprudencial de grande relevância foi constituído aos olhos do Superior Tribunal de Justiça:

No ac.(Habeas Corpus) de 05.03.96, da 6ª T., no H.C. nº 4.138, onde prevaleceu o entendimento flexível acerca da proibição constitucional às provas obtidas por meios ilícitos. Rejeitou-se no aresto, relatado pelo Min. ADHEMAR MACIEL, a defesa fundada na imprestabilidade de gravação de conversa telefônica, por escuta policial irregular, dentro do presídio onde o delinqüente se achava encarcerado.

Alertou o voto do Relator para a relatividade dos direitos contemplados no texto constitucional, decorrente da própria necessidade de harmonização recíproca, e referiu-se ao “substrato ético”.

Consoante é a análise do acórdão feita por Moreira, *apud* Junior, (1999, p. 17):

Quão descabido é arvorar em valor supremo, sejam quais forem as circunstancias a privacidade deste ou daquele indivíduo – ‘pode haver’, adverte do outro lado da balança, o peso do interesse público a ser preservado e protegido.

Imperioso se faz registrar que, a aplicação do princípio da proporcionalidade fica adstrita a três sub-princípios, a saber: a necessidade, a adequação e a ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito. Como explanam Pinheiro de Souza e Pinheiro Sampaio,

(2004, p. 04, disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,reflexoes-acerca-do-principio-da-proporcionalidade-no-direito-brasileiro,31626.html> Acesso em 17/jun./2011/>):

A necessidade diz respeito ao fato de ser a medida restritiva de direitos indispensável à preservação do próprio direito por ela restringido ou a outro em igual ou superior patamar de importância, isto é, na procura de meios menos nocivo capaz de produzir o fim propugnado pela norma em questão. A adequação constitui a correlação entre os meios empregados e o fim a ser alcançado, verificando-se se a medida a ser adotada mostra-se adequada ao caso concreto.

Uma análise, mesmo que de forma superficial da leitura exposta supracitada, conduz ao entendimento que a aplicação do princípio da proporcionalidade requer profunda reflexão por parte do julgador para que este, por excesso de zelo ou na falta deste deixe de aplicar, na justa medida, a prestação jurisdicional e comprometendo desta forma o devido processo legal.

O julgador necessita de toda clareza e sapiência na elucidação confrontuosa da destinação deste ou daquele direito, a fim de assegurar uma justa segurança jurídica seja no âmbito de decidir em favor de quem se aplica o direito ou contra quem sua decisão terá efeito.

De tal sorte que, se no passado o direito era concedido numa espécie de jogatina de búzios, onde a sorte era semeada, no presente esse mesmo direito é entregue com clareza de decisões sabiamente tomadas, afim de que o devido processo legal figure na confrontação dos mais diversos objetivos jurídicos.

Hoje, o direito é entregue de forma incontestada a quem quer que dele faça merecer.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução do instituto da prova desde sua forma mais remota, na Grécia Antiga até os dias de hoje, se deu de forma lenta e demorou muito para ser considerada um meio seguro de elucidação dos fatos.

Em tempos remotos os juizes atribuíam a um determinado deus o poder de decidir a quem se devia ofertar o direito; e, como não poderia deixar de ser, a fragilidade religiosa encontrava sustentação no parco conhecimento daqueles que se diziam juizes de deus. Delegando a toda sorte o cumprimento do dever por parte de quem deveria buscar incansavelmente a elucidação dos diversos fatos jurídicos.

Se houveram dúvidas, naqueles tempos, a respeito da aplicabilidade ou não da Prova Ilícita ou Ilícita por Derivação, tal incerteza não mais prevalece, nos dias de hoje, eis que com a aprovação da Lei 11.690/08, art. 157, caput, *in verbis*: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” além, é claro do texto constitucional.

O que por décadas se “apresentou como meio inquestionável” de condução do processo de conhecimento do julgador já não impera dentro do nosso ordenamento jurídico. É certo que críticas e discussões continuarão a se apresentar diante dos olhos da impessoalidade jurídica, pois, se o Direito não é estanque, também não são as grandes variáveis desta disciplina.

Fato é que precisamos, por questões legais, acompanhar as mais nítidas orientações jurídicas que se apresentam dentro do contexto jurídico para que não sejamos presas fáceis e indolentes, no momento de aplicar nossos juízos de valores.

A lei deve ser aplicada e o direito, dito para que não parem dúvidas sobre o mesmo.

Ainda no tocante a prova ilícita, vale ressaltar que, se essa operar o condão de proteger bem maior (liberdade ir e vir; vida) e, sendo tal meio de prova única e robusta para elucidar o fato e proteger bem maior tutelado pela própria Constituição, nada obsta que tal meio de prova possa ser usado nos autos.

O legislador infraconstitucional primou pela elucidação das várias divergências no âmbito da constituição de provas, buscando resguardar o direito a liberdade, seja de forma privada ou coletiva; direitos estes consagrados na Magna Carta, em seu Art. 5º e incisos.

Por fim, se a orientação contida em nossa Magna Carta edifica nossos direitos e garantias, mister se faz a necessidade premente de tornar tais direitos consagrados dentro das mais variadas correntes sociais, afim de que o ordenamento jurídico não seja objeto de dúvidas ou questionamentos recursais.

Feliz e sábio é o homem que, diante de toda certeza ainda busca, por mais ínfimo que seja a certeza dos fatos. Diante disso vale a afirmação bíblica: “A Cesar o que é de Cesar e a Deus o que dele for por direito”.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. **Garantias constitucionais no processo**. Revista dos Tribunais São Paulo, 2000. Disponível em: <[http://jus.uol.com.br/revista/texto/5371/garantias constitucionais no processo/](http://jus.uol.com.br/revista/texto/5371/garantias%20constitucionais%20no%20processo/)>. Acesso em 10 jun 2011.

ARAÚJO, Francisco Fernandes. **Princípio da Proporcionalidade: significado e aplicação prática**. Campinas, Copola, 2002. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=602>>. Acesso: 25 fev. 2010.

AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas, Interpretações Telefônicas, e gravações Clandestinas**. Revista dos Tribunais, São Paulo. 1995. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4596](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4596)>. Acesso em: 19 fev 2011.

BAPTISTA, Ovídio A. da Silva. **Curso de Processo Civil**. 6ª Ed. São Paulo. Fabris, 2003. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/6706375/Curso-de-Processo-Civil-Ovidio-a-Baptista-Da-Silva-6-Edicao/>>. Acesso em: 12 Mai. 2011.

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

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova Ilícita no Processo Civil à Luz do Princípio da Proporcionalidade**. São Paulo. Saraiva, Ed. 2000.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7283](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7283)>. Acesso em: 15. Fev. 2011.

CFB, Constituição Federal do Brasil de 1988. Título II - Capítulo I, **Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos**. Art. 5º, LVI.

CPC, Código de Processo Civil Brasileiro/2002.

DEDA, Arthur Oscar de Oliveira. **A Prova no Processo Civil**. São Paulo. Saraiva, 2006. Disponível

em:

<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2682](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2682)>. Acesso em: 15 fev 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Admissibilidade da Prova Emprestada no Ordenamento Jurídico e sua Natureza Jurídica**. São Paulo. Saraiva, Ed. 2007. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 20 jun 2010.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. 7ª Ed. Nau Editora, 2003 Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/5356450/A-verdade-e-as-formas-juridicas-Michel-Foucault>>. Acesso em 02 jun 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 29ª Ed. Petrópolis, 2004. Disponível em: <[http://www.conteudojuridico.com.br/?banco\\_de\\_questoes](http://www.conteudojuridico.com.br/?banco_de_questoes)>. Acesso em: 01 fev 2011.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 5ª Ed. São Paulo. Atlas, 1999. Disponível em: <<http://www.google.com.br/search?hl=&q=GIL%2C+Ant%C3%AAnio+Carlos.+M%C3%A9todos+e+t%C3%A9cnicas+de+pesquisa+social.+5+ed.+S%C3%A3o+Paulo>>. Acesso em: 25 fev. 2011.

GOMES, Filho A. M. **Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988**. In: MORAES, A. de. Os 10 anos da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 1999. P.249-266. Disponível em: <[https://www.unifor.br/joomla/joomla/images/pdfs/pdfs\\_notitia/1581.pdf](https://www.unifor.br/joomla/joomla/images/pdfs/pdfs_notitia/1581.pdf)>. Acesso em: 12 fev 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei nº 11.690/2008 e provas ilícitas. Conceito e inadmissibilidade**. Ano 13º nº 1132. Teresina, 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11466/>>. Acesso em: 1º abr 2011.

GRECO, Filho. **Prova Judiciária no Civil e Comercial**. 5ª Ed. São Paulo 1983.

GRECO, Leonardo. **Revista Dialética de Direito Processual**. Nº. 24, São Paulo. Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrine. **As Provas Ilícitas na Constituição** 2ª Ed. São Paulo, 1983.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo**, 6º Ed. São Paulo. Saraiva, 1996. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7bf44f23b2-0vf1-4fbb-918a>>

eeeb4b713c9%7d\_Provas%20il%3%adctas%20pro%20reo%20e%20pro%20societate\_gustavo\_brito.pdf/>. Acesso em: 06 jun 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrine. **Teoria Geral do Processo, Teoria Geral do Processo**. 19º Ed. São Paulo, Malheiros, 2003. Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos3/admissibilidade-provas-ilicitas-processo-penal/admissibilidade-provas-ilicitas-processo-penal2.shtml/>. Acesso em: 4 jun 2010.

HESPANA, Antonio Manoel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia, Portugal**. Publicações Europa-América, 1997, p. 78.

JUNIOR, Humberto Theodoro, **Prova - princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade**. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 03, Out/Nov/Dez. 1999. P. 21.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo do Conhecimento; a tutela jurisdicional através do processo do conhecimento**. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Joao%20Jutahy%20Castelo%20Campos.pdf/>. Acesso em: 09. Fev.2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; **Curso de Processo Civil: processo de Conhecimento**. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2, p. 394. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010\_1/samuel\_dutra.pdf/>. Acesso em: 13. Jun.2011.

MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**, Ed. 11ª. São Paula, Atlas, 2002.

MOREIRA, Barbosa. **A Constituição e as Provas Ilicitamente Obtidas**. in Ensaios Jurídicos, v. 3, Niterói, IBAJ, 1997, p. 41.

PACHECO, José da Silva. **Evolução do Processo Civil Brasileiro: desde as origens até o advento do novo milênio**. Ed. 2ª. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5584/o-instituto-da-remessa-necessaria-e-a-sumula-45-do-superior-tribunal-de-justica/4/>. Acesso em: 26. Jan. 2011.

RESENDE, Marcelo Sousa Melo Bento de. **Reflexões Acerca do Princípio da Proporcionalidade no Direito Brasileiro**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 31 mar. 2011. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31626&seo=1/>. Acesso em: 22 Jun. 2011.

REZEK NETO, Chade. **O princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito**. Lemos & Cruz. São Paulo, 2004. Disponível em: < <http://www.oab-sc.org.br/institucional/artigos/26730.htm/>>. Acesso em 13. Jun. 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. V. I. Ed. 5ª. São Paulo. Saraiva, 1983.

SILVA, Luciana Vieira. **Prova ilícita no processo civil à luz do princípio da proporcionalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1188, 2 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8997>>. Acesso em: 12 jun. 2011.

SCHAFER, Jairo Gilberto. (2001, p. 107), *apud* Deschamps. **A Origem do Princípio da Proporcionalidade**. Disponível em: <<http://www.oab-sc.org.br/institucional/artigos/26730.htm/>>. Acesso em: 13. Jun. 2011.

TJDF – **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. (ATARJ – Antigo Tribunal de Alçada, Rio de Janeiro - 20/261) - **Apelação Cível**: APL 177130420098070001 DF 0017713-04.2009.807.0001: Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8178146/apelacao-ci-vel-apl-177130420098070001-df-0017713-0420098070001-tjdf/>>. Acesso em 12. Jun. 2011.

VETTORATO, Gustavo. **Garantias constitucionais no processo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 364, 6 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5371/>>. Acesso em: 12 jun. 2011.

WAMBIER, (2002, pags. 444 e 445, *apud* TERUYA, Vanessa. **Admissibilidade da Prova Emprestada no Ordenamento Jurídico e sua Natureza Jurídica**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br/>>. Junho. 2008). Acesso em 26. Mar. 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9. Ed. rev. ampliada e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 418. V.1. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/da%20utiliza%c3%87%c3%83o%20das%20provas%20il%c3%8dcitas%20no%20processo%20civil%20brasileiro%20e%20a%20pondera%c3%87%c3%83o%20de%20interesses.pdf/>>. Acesso em: 12. Dez.2010.