

BRUNA KELLY DA SILVA PEREIRA

**PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO CIVIL**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2023

BRUNA KELLY DA SILVA PEREIRA

## **PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Camila Rodrigues de Souza Brito.

## **PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO CIVIL**

Anápolis, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2023.

Banca Examinadora

---

---

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus por todas as coisas e oportunidades.

Aos meus pais, Jacqueline e Euripes, aos meus irmãos Alexandre e Dalila, ao meu filho Arthur e ao meu namorado Marcos Vinicius. Não há palavras suficientes para expressar toda a minha gratidão. Sou privilegiada pela família que tenho.

A Professora Camila Rodrigues, pela honrosa orientação e paciência e também a professora M.e Aurea Marchetti Bandeira, pelo ensinamento repassado no decorrer do presente Trabalho de Conclusão de Curso.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a proibição constitucional das provas ilícitas e sua admissibilidade no âmbito do Direito Processual Civil. Este tema é objeto de debates e controvérsias tanto na doutrina quanto na jurisprudência. O presente estudo procura destacar aspectos relevantes dessa controvérsia, por meio da pesquisa do posicionamento adotado pela doutrina e jurisprudência. Será abordado a proibição constitucional do uso de provas ilícitas em qualquer circunstância. Portanto, isso implica na aceitação da validade de uma prova contaminada por ilicitude em situações específicas, desde que seja essencial para o esclarecimento dos fatos no desenrolar do processo, em busca da verdade.

**Palavras-chave:** Prova. Prova ilícita. Direito Processual Civil. Jurisprudência. Doutrina.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>01</b>
<b>CAPÍTULO I Sistema probatório no Brasil .....</b>	<b>03</b>
1.1 Evolução histórica .....	03
1.2 Definição e conceito .....	06
1.2.1 Conceito de prova .....	06
1.3 Diferença do sistema civil do sistema penal probatório .....	11
1.4 Diferença entre provas ilícitas no processo penal e no processo civil .....	13
<b>CAPÍTULO II Princípios do sistema probatório .....</b>	<b>15</b>
2.1 Princípio do acesso a justiça .....	15
2.1.1 Acesso a justiça pela via do poder judiciário .....	16
2.1.2 Dos obstáculos ao acesso à justiça.....	17
2.1.3 Acesso à justiça dentro do judiciário .....	18
2.2 Princípio da proporcionalidade .....	19
2.2.1 Princípio da proporcionalidade pro reo.....	20
2.2.2 Princípio da proporcionalidade pro societate .....	21
2.3 Prova ilícita no processo civil a luz do princípio da proporcionalidade .....	22
2.4 Proporcionalidade ou razoabilidade .....	23
2.5 Elementos e funções do princípio da proporcionalidade.....	24
2.6 Aplicação do princípio da proporcionalidade para admitir excepcionalmente, no processo, prova ilícita em favor do réu.....	24
<b>CAPÍTULO III Provas ilícitas no processo civil .....</b>	<b>26</b>

3.1 Posicionamento doutrinário .....	26
3.2 Posicionamento jurisprudencial.....	27
3.2.1 Posicionamento do supremo tribunal federal.....	30
3.3 Provas ilícitas por derivação: teoria dos frutos da árvore envenenada .....	33
3.4 Posições favoráveis e não favoráveis .....	34
3.4.1 Da admissibilidade da prova ilícita .....	35
3.4.2 Corrente permissiva .....	36
3.4.3 Corrente obstativa.....	37
3.4.4 Corrente intermediária.....	37
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>40</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>42</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema as provas ilícitas no processo civil , por meio do método técnico-jurídico e de uma análise científica das doutrinas e do entendimento utilizado pelos Tribunais atuais, buscando demonstrar a possibilidade de admitir as provas ilícitas em casos excepcionais no Direito Processual Civil Brasileiro. O conceito de prova sempre está associados à ideia de reconstrução e esclarecimento dos fatos. Portanto, a admissibilidade da apresentação das provas em litígios processuais visa construir uma decisão judicial justa, baseada na verdade, e ao mesmo tempo adequada e eficaz em relação aos fatos controvertidos.

Seguindo essa mesma perspectiva, é importante ressaltar que existe um conflito no ordenamento jurídico brasileiro sobre a possibilidade de permitir provas ilícitas no campo processual civil. Nesse sentido, é necessário estabelecer um entendimento jurídico sobre a utilização desse instrumento processual, buscando sua flexibilidade e aceitabilidade. O conflito está fundamentado na limitação do direito à prova, uma vez que o acesso à Justiça, ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa servem como fundamentos para admitir a prova no Processo Civil. Dessa forma, a prova se torna o meio pelo qual o juiz obtém o conhecimento dos fatos relevantes para o julgamento da causa.

Inicialmente, é importante destacar que o direito à prova , na verdade, um direito instrumental que permite, por meio da comprovação precisa dos fatos, que

um indivíduo possa obter o amparo constitucional e jurisdicional, conferindo efetividade aos seus direitos pleiteados. A constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura explicitamente, no inciso LVI do artigo 5º, que as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis. Portanto, não se pode violar os direitos de outrem em nenhuma fase da produção, de modo que a busca pela verdade dos fatos não pode ser realizada a qualquer custo no processo.

Além disso, a utilização da prova ilícita no Processo Civil torna-se necessária somente quando essa prova pode contribuir para a busca da verdade real, devendo haver uma ponderação de interesses dos direitos ou bens jurídicos que variam de acordo com o caso concreto.

Diante do exposto, é importante reforçar que o objetivo deste trabalho é examinar os elementos que levam à não admissão, no ordenamento jurídico brasileiro, das provas obtidas por meios ilícitos, considerando o conflito existente entre os valores garantidos constitucionalmente, como a ampla garantia dos direitos individuais e coletivos, e a preponderância da segurança social e das liberdades individuais. É nesse confronto que surge a problemática a ser abordada neste contexto.

## **CAPÍTULO I – SISTEMA PROBATÓRIO NO BRASIL**

O presente capítulo trata detalhadamente da aplicação do sistema probatório no Brasil e quais são os principais sistemas de valoração de provas.

No contexto é apresentado a evolução histórica, conceitos e espécie de provas e a diferença do sistema civil do sistema penal probatório.

### **1.1 Evolução histórica**

No começo do tempo não haviam meios probatorios, tendo em vista a Lei do Talião, originaria do larim “Lex Talionis”, conhecida também como olho por olho, dente por dente na qual tinha um significado de reciprocidade do crime. O mal que você faz, você paga com o mesmo mal. Eram apresentados como princípio da lei divina. Descritas nas bíblias a seguir : “Se houver acidente fatal, darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, contusão por contusão” (EX 21, 23-25, *online*)

Se alguém fizer uma ferida ao seu próximo, far-se-á o mesmo a ele: fratura por fratura, olho por olho, dente por dente, conforme o dano que tiver feito a outro, homem, assim se lhe fará a ele. Quem matar um animal pagá-lo-á, quem matar um homem deverá morrer (LV 24, 19-21, *online*).

Na antiguidade, o direito não desfrutava de códigos escrito ou de uma legislação. Por conta de tradição o direito era disseminado por forma verbal, através de sacerdotes, dando origem as primeiras decisões judiciais. Logo no início as decisões eram dadas de formas repetitivas, o que pode-se dizer, se para tal julgamento era dado uma sentença, outro processo era dado a mesma sentença, o qual gerou o costume. Ao passar do tempo, com o surgimento da lei, começou ocorrer a distinção e futuramente, veio a centralização em códigos.

Na Idade Média, o direito permanecia por conta dos sacerdotes, que eram os juízes, no qual guardavam as regras do processo jurídico em segredo. Com o passar do tempo, as decisões do conselho dos mais velhos começou ganhar mais vigor. Era tradição sagrada e eram transmitidas oralmente. Os casos deviam ter decisão como os casos já passados, mantendo uma mesma linha de pensamento para todos os processos. Algum tempo depois surgiu as sentenças de costume jurídico. Sendo revelado em algumas comunidades o segredo que os mais velhos e os sacerdotes guardavam consigo por conta de indiscrição de um escriba, em outras comunidades apenas foi reduzido a escrito as essenciais sentenças. (SANTOS, 2011)

Naqueles tempos se usavam meios de provas que a atualidade desprezariam. O principal meio de prova admitida na época era a prova testemunhal, não muito diferente da atualidade as partes utilizavam de documentos, presunções e, de forma complementar, ocorria o juramento e o pronunciamento definitivo, o juramento judicial.

A prova testemunhal era a mais importante, porém, todos aqueles que faziam o uso dela tinha que ter uma série de cuidados para que fosse admitido as testemunhas, como por exemplo: as partes não podiam presenciar depoimentos somente o juramento das testemunhas, essa medida buscavam a autenticidade das testemunhas, sem o induzimento de terceiros, porém não anulava um depoimento falso ou forçado pelas autoridades. Assim como na atualidade, existiam obstáculos, não sendo admitida certas pessoas como testemunhas, as pessoas de má reputação, delinquentes, hereges, judeus sendo um impedimento até os tempos

atuais, interessados no processo, menores de quatorze anos e pessoas pendentes das partes.

Como já discorrido na Idade Média havia meios de provas que na atualidade seriam repugnados, que ainda podem ser usados mesma que a lei nao concorde. Nessa idade ressurgiu a tortura para obtenção de confissões judiciais, e eram tidas como eficiente. A tortura não era feita somente com testemunhas, os réus também eram sujeitos para que confessassem algo, as pessoas que não tinham boa reputação, por conta do impedimento que tinha sobre eles, eram permitidos testemunhar quando envolvesse traições em desfavor da lei. A tortura como meio de extração probatória era admitida até mesmo em códigos, como no código de Verona, Viena, Sicília que foram um dos primeiros a admitir esse meio probatório. (NARKUNAS, 2016)

A confissão sob tortura era feita em local público, e havia intervalo de um dia e uma noite.

Em algumas regiões os juristas tentavam amenizar a tortura por partes dos juízes, estabelecendo certos limites, nesse limites se enquadravam o apuramento a fundo de indícios ou da má-fama do réu. Porém, muitas das vezes os limites eram deixados de lados fazendo com que a tortura se tornasse algo normal.

No percurso do período romano-canônico, houve uma contenda em que rogavam o fato do juiz poder decidir “secundum conscientiam”, ou seja, conforme a consciência, em ressarcimento a investigação dos elementos demonstrados pela parte. Entretanto, consistia na veracidade de que o sistema de provas legais contrariava o julgamento conforme a consciência, prevalecendo, que o juiz ainda ligado às regras técnicas sobre as provas, sentenciava conforme sua livre convicção. Houve mudança nesse sistema no segundo período do processo romano-canônico, adotando o sistema de prova legal.

Do século 13 ao 15, em busca da proteção contra o arbítrio, ocorreu a limitação do universo de alegações e provas as quais o juiz poderia, encovado emprego da razão maior que nos sistemas anteriores (NARKUNAS, 2016)

Na ditadura militar, apesar de ser uma época pouco falada no âmbito judiciário, as torturas se tornaram ainda mais rotineiras, não havia muitos meios de produzir provas, a ditadura foi uma época, marcada por prisões arbitrárias, cassações, expurgos, torturas, execuções, desaparecimento de cadáveres e até mesmo atentados de bombas, lembrando inicialmente a Lei do Talião. (NEVES, 2019)

## **1.2 Definição e conceitos**

### *1.2.1 Conceito de Prova*

Os objetos das provas são os fatos que são pertinentes e relevantes, que influenciará a sentença.

Para que algo seja provado, deve estabelecer uma relação entre o conteúdo e a prova e seu objeto espesso (TOMÉ, 2017).

Os objetos das provas são fatos espessos e relevantes no processo, tendo influencia na sentença final.

Os fatos que de conhecimento geral, não estão propensos a provas, nem os fatos que já presuponhãem legalidade. (MORELLI, 2003)

Prova é todo documento ou alegação, que sirva indiretamente ou direta à descoberta da verdade, tem como objetivo levar informações ao processo que o julgador fara uso para formação de seu parecer, traz uma definição de que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa.

De acordo com (SANTOS, 1970, p.11), o vocabulo “prova” vem do latim “probatio” – prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, e se deriva so verbo “probare” (probo, as, are) – provar, ensaiar, verificar, examinar reconhecer por experiência, aprovar, estar sastisfeito com alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar.

De acordo com (MILANI, 2016) Os meios de provas admitidos no processo de acordo com o Código de Processo Civil são: o Depoimento pessoal: o meio de prova que faz a busca de fatos vindo das partes, que são ouvidas pelo magistrado, sendo permitido cada um da sua versão dos fatos ou sua verdade sobre os fatos, sendo na modalidade de prova oral, ou seja, prova falada e não escrita. Procura esclarecer o ocorrido, que muitas das vezes não são descritos na inicial ou na contestação. De acordo com o texto expresso no Código de Processo Civil há distinção expressa entre interrogatório e depoimento pessoal dispostos nos artigos 342 e 343 do Código de Processo Penal, (BRASIL, 1940) no qual sejam eles: O interrogatório, onde o juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa. Artigo.342 CPC. (BRASIL, 2015, *online*)

O Depoimento Pessoal que acontece quando o juiz não o determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interroá-la na audiência de instrução e julgamento. Artigo. 343 do Código de Processo Civil. É de suma importancia ressaltar que o crime de falso testemunho tem aplicação somente para testemunhas. Significando que a parte fica vetada de mentir. A proibição de mentir decorre dos postulados de ética e boa-fé. É um dever ético dizer toda e somente a verdade, embora a parte não venha responder por crime de falso testemunho, por não ser testemunha, mas poderá, responder civilmente se não falar a verdade. De acordo com o Código de Processo Civil ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade (BRASIL, 2015)

Existem quatro fases procedimentais da provas, são elas: Propositura; Admissibilidade; Produção e Valoração, sendo as fases procedimentais do depoimento pessoal.

Tem-se a propositura: que deve ser proposto na fase postulatória. Ao autor, na petição inicial. Ao réu quando na contestação. É habitual que as partes prostetem genericamente pela produção de todas as provas admitidas em direito somente na fase saneadora, na qual o juiz determina a especificação de provas, as partes efetuarão requerimentos específicos sobre a produção deste meio de prova;

Tem-se a admissibilidade, no qual, ocorre na fase saneadora, na qual o juiz analisará a aceitabilidade da produção da prova, decisão que pode ser por escrito, ou seja, decisão saneadora, ou em audiência preliminar, que será decidido oralmente. Podendo ser interposto recurso de agravo. Tem-se a produção, na qual o juiz deverá marcar audiência de instrução e julgamento que propicia para a coleta de provas orais. Para que seja regularmente produzida, deve as partes serem intimadas com as advertências de praxe. E a segunda fase da produção da prova consiste na realização da audiência de instrução. E por último tem-se a valoração, no qual qualquer meio de prova será valorado pelo magistrado na sentença, na fundamentação. (NEVES, 2011)

A Exibição de documentos ou coisas onde as partes tem o dever de colaborar com o Poder Judiciário para que seja a verdade venha a tona, deste modo, pode o juiz determinar a exibição de documento ou qualquer coisas que ache necessário, útil para a instrução do processo e que esteja na posse tal pessoa. A amostra pode ser feito como prova direta do fato litigioso ou instrumento de prova indireta ou circunstancial. A prova a ser demonstrada deve manter algum nexo com a causa, para que seja justificado o ônus imposto à parte ou a terceiro possuidor. Se for promovida entre as partes, e caso a lei considere obrigatória, o litigante não tem a liberdade de recusar o fornecimento da prova, caso haja resistência, arcará com a sanção legal de ter presumido como o verdadeiro o fato que a parte contrária pretenderia comprovar por meio da exibição, Portanto, aquele que tinha o ônus da prova ficará dele desonerado, por conta da presunção legal. (JUNIOR, 2015)

A prova documental pode ser definida como a representação física para colaborar com tal fato alegado pela parte. A autenticidade da prova documental, seja ela desenhos, fotos, notas fiscais, gravações, prints, considera-se autêntica quando ela for apresentada ao juízo e não houver nenhuma impugnação da parte ou das partes contrárias de acordo com o artigo 411, III, do Código de Processo Civil. Caso não haja dúvidas quanto a autenticidade, a prova documental atesta que o autor fez a declaração que lhe é atribuído.

Exemplo de prova documental são livros empresariais, pois acarretam presunções de veracidade, diante do rigor da formalidade, cabendo, no entanto, prova sentido contrário.

Atualmente, por conta da tecnologia, as fotos digitais extraídas da rede mundial de computadores, conhecidas mais como os prints, também podem ser consideradas como provas documentais, buscando atestar o que as imagens reproduzem.

O Código de Processo Civil traz a definição de confissão, ocorre a confissão seja ela judicial ou extrajudicial quando alguma das partes reconhece tal veracidade do fato contrário ao seu interesse, sendo favorável a parte contrária. A confissão não é utilizada somente na era atual, tendo sido utilizada desde o período da inquisição (Século XII), no qual utilizava-se o meio de tortura para que fosse forçado a confissão de alguma das partes, quando não houvesse a certeza sobre tal fato alegado. (MARINHO, 2018)

A confissão judicial pode ser, espontânea, ou seja, aquela que não precisa que a parte contrária provoque, para que no processo admite como verdadeiro o fato ocorrido. Ela pode ser feita por termo ou na petição. Ocorre de vontade plena e iniciativa de confitente, podem ser também provocadas, ou seja, quando a parte opositora, requer o comparecimento da parte, depoimento pessoal, ou por determinação judicial que tem como consequência a confissão (MARINHO, 2018)

A confissão tem como características a indivisibilidade ou indicindibilidade, no qual diz que a confissão deve ser analisada como um todo, não podendo favorecer de apenas uma parte. Se houver algo que beneficie o confitente, deverá ser analisada no ato da decisão. Irretabilidade assim que praticado o ato processual, ou seja, a confissão, já supre efeitos legais, não podendo ser possível voltar atrás. Revogabilidade, se houver vício na declaração de vontade mesmo que a confissão seja irretratável, ele pode ser revogado. (MARINHO, 2018)

Os fatos confessados não dependem de provas, tendo a confissão como prova suficiente contra a parte confitente. Mesmo ela sendo irrevogável, a lei prevê hipótese de anulação quando vier decorrer erro de fato ou coação.

A Prova testemunhal consiste na declaração, em juízo, de uma pessoa diversa das partes do processo, que tenha presenciado o algum fato no passado pertinente quanto a questão a ser esclarecida, seja a presença por meio de audição ou visão.

O juiz pode indeferir a prova testemunhal, quando já houver sido comprovado por meio de confissão da parte ou por meio de documentos, ou quando o depoimento não houver fatos relevante para o processo. Qualquer pessoa pode ser arrolada como testemunha, com exceções das pessoas incapazes, impedidas e as suspeitas.

A prova testemunhal tem a capacidade da parte contraditar a testemunha, argumentando a incapacidade, o impedimento ou a suspeição, bem como comprovar a contradita com documentos através de outras testemunhas. Caso seja comprovado algum desses fatos narrados, o juiz dispensará a testemunha ou somente tomará o depoimento como informante.

A Inspeção judicial é o meio de prova no qual é concretizado com o ato de percepção do juiz, por meio do seus sentidos, das propriedades e circunstâncias relativas a pessoa ou coisa como imóveis, móveis, semoventes. A inspeção tem como objetivo esclarecer o juiz de algum fato relevante a decisão da causa. A inspeção deve ter como objeto esclarecer os fatos controvertidos do processo, não podendo ser genérico e indeterminado, sob pena de ofensa ao contraditório, configurando-se abuso de poder. A inspeção judicial pode ser determinada de ofício ou requerida pela parte. (ROMANO, 2021)

A prova pericial compõe-se no meio de prova destinado a solucionar uma controvérsia técnica no processo. Tendo a sua denominação para fazer referência direta a quem produz a prova, que é o perito. (FERREIRA, 2021)

A prova pericial possui três espécies diferentes de acordo com o artigo 464 do CPC:

- 1- Exame observação e análise de pessoas e objetos, para extrair as --informações pretendidas como por exemplo: exame médico em pedido de benefício previdenciário por incapacidade, exame de DNA em pedido de investigação de paternidade.
- 2- Vistoria, análise de bens imóveis, para verificar e especificar o seu estado como por exemplo: vistoria de terreno por engenheiro, em pedido de reintegração de posse.
- 3- Avaliação, a atribuição de valor ao bem, ou a definição do seu valor de mercado como por exemplo: avaliação de corretor de imóvel ou de vendedor de automóveis em pedido de rescisão ou de revisão de contrato. (BRASIL, 2015,*online*)

A Prova Judiciária é um mecanismo para a composição da verdade no processo. A sua função é convencer o julgador, com uma determinada finalidade.

No sentido jurídico, “é o conjunto de meios e processos tendentes a convencer o magistrado acerca da existência de um fato”. (DASSAN, 2017, p.)

A prova ilícita é inadmissível no direito processual Brasileiro, uma vez que ela fere a norma constitucional, expresso no artigo 5<sup>o</sup>, inciso LVI:

Artigo 5: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
LVI-são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meio ilícitos; (BRASIL, 1988,*online*)

Prova ilícita é todo meio que contrária o ordenamento jurídico, como já demonstrado, são exemplos de provas ilícitas o depoimento de testemunha sob coação moral, a confissão obtida sob tortura, interceptação clandestina, obtenção de prova documental mediante furto, obtenção de prova mediante invasão de domicílio, prova colhida sem observância da participação do contraditório, o documento material ou ideologicamente falso, ou qualquer outra prova que se mostre em desconformidade com o ordenamento jurídico, sem importância a natureza jurídica da norma violada. (DIDIER,2015)

### **1.3 Diferença do sistema civil do sistema penal probatório**

A prova no processo penal é conceituada como um ato que tenta comprovar os fatos, que concorreram para que alguém pratique um delito, no qual persuadirá o julgador.

As provas são divididas em espécies, no qual, uma pode ter mais valor que a outra. No Código de Processo Penal o artigo 155 dispõe:

Artigo 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 1941)

A prova é constituída pelos fatos e acontecimentos, coisas, pessoas e circunstâncias para que seja formado a convicção do julgador acerca do acontecimento.

As provas trazidas no texto do Código de Processo Penal: Prova pericial; Exame de corpo e delito; Documental; Testemunhal; Prova emprestada. (TALAMINI, 1998)

A prova emprestada serve para dar celeridade ao processo e da difícil ou impossível repetição da prova, porém existem requisitos a serem seguidos, descritos abaixo: Que no processo anterior tenha sido respeitado o princípio do contraditório; A prova no processo anterior tenha sido produzida pelo juiz natural; O réu tenha comparecido no outro processo; (CANTO, 2021).

Existe diferença entre provas ilícitas, provas proibidas e provas ilegítimas. As provas proibidas, são gênero, as demais são espécies. As provas ilícitas são produzidas com desacatamento do ordenamento jurídico, como a confissão mediante tortura, já a prova ilegítima são as que violam regra do direito processual no momento em que ela é produzida em juízo, o artigo 155 do Código de Processo Penal traz em sua redação exemplo de prova ilegítima que é o interrogatório do acusado sem a presença de seu advogado.(BRASIL, 1940)

A discriminação entre provas ilícitas e provas ilegítimas no processo penal é que a prova ilícita foi conquistada com a violação. Assim como em qualquer outro sistema probatório, até mesmo o sistema penal o sistema probatório civil tem como

destinatário da prova o juiz, no qual é baseado pelo princípio do livre convencimento motivado à apreciação e formará sua convicção, o magistrado analisará as provas, independente de qual das partes as produziu, ele pode determinar a produção de novas provas para que se convença totalmente do fato ocorrido.

Se o juiz em algum momento da instrução processual se valer dos poderes instrutórios na fase probatória determinar a produção de prova de ofício sua imparcialidade é comprometida.

De acordo com o artigo 38 do Código de Processo Civil de 2015 (anteriormente o artigo 339 do Código de Processo Civil de 1973), aduz que o juiz possuiu uma missão, para descobrir a verdade no processo, estabelecendo ser necessário e ideal que essa busca oriente atividade probatória. (Brasil, 2015)

#### **1.4 Diferença entre provas ilícitas no processo penal e no processo civil**

As provas ilícitas no Direito processual brasileiro, de acordo com a constituição fere a norma constitucional do artigo 5º inciso LVI já redigido anteriormente, que consagra a proibição como um princípio constitucional. A prova ilícita acarreta nulidade absoluta quando constatada no processo. (BRASIL, 1988)

No Código de Processo Penal a prova ilícita é inadmissível, não pode ser juntada aos autos; se for juntada deve ser desentranhada, não podendo ser renovada. (GOMES, 2013)

Principais diferenças entre o sistema probatório civil e o sistema probatório penal:

De acordo com a teoria a distinção entre uma e outra está no fato de atribuir ao juiz, no processo penal, de acordo com o artigo 156, §2ª parte e 502, caput do código de processo penal, a possibilidade de agir de ofício, em homenagem ao princípio da busca a verdade real, não mencionando a mera condição de convidado de pedra no processo expressão de Magalhães Noronha 1983, p.90. No entanto, esta posição inerte não é admitido no processo civil, valendo a pena cita o célebre acórdão de Sálvio de Figueiredo Texeira, para quem “diante de cada vez maior sentindo publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de

provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. Em suma, não existe diferença tangíveis entre a teoria probatória, no âmbito cível e penal. (CUNHA, PINTO, 2017, *online*).

A grande distinção entre o processo penal e civil, e que se torna evidente quando se constata, por exemplo, que as partes possuem obrigação de falar a verdade no processo civil enquanto no processo penal o réu deve ser informado do seu direito de permanecer em silêncio (BRASIL, 1988)

## **CAPÍTULO II – PRINCÍPIOS DO SISTEMA PROBATÓRIO**

Neste capítulo será abordado o princípio do acesso a justiça, no qual abrange o direito de proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitar a tutela jurisdicional do Estado. Nesse mesmo contexto o princípio da proporcionalidade no qual volve-se para justiça do caso concreto ou particular. Não havendo garantia constitucional do gozo do valor supremo e absoluto, de modo a aniquilar outra garantia de valor e grau equivalente.

### **2.1 Princípio do acesso à justiça**

De acordo com o inciso XXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, assegura a inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à Justiça, com definição de que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito. Conforme o Código de Processo Civil de 2015 também reproduz norma identica.(BRASIL, 1988) (BRASIL, 2015)

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional entretanto ainda pode ser chamado também de princípio do acesso à justiça ou princípio do direito da ação junto ao Direito Processual Público, que se torna um Direito do tipo subjetivo. Pode-se afirmar que o mesmo se trata do acesso ao poder judiciário ou acesso à

justiça por meio do processo estatal, Todo e qualquer indivíduo procura na lei praticar os seus direitos juntamente com o poder judiciário, toda vez que ofender-se, se sentir lesado ou ameaçado de sua função social de cidadão . (AMBAR, 2018)

Entretanto, é de difícil conceituação nos sistemas jurídicos existentes. Não sendo analisada apenas por aqueles que labutam no âmbito do Direito e do Poder Judiciário, mas também, por economistas, cientistas políticos, psicólogos, sociólogos, dentre vários outros.

\*

O acesso à justiça, tem como objetivo auxiliar duas finalidades básicas do sistema jurídico, sejam eles:

O sistema pelo qual as pessoas reivindicam os seus direitos, resolvendo os seus litígios sob proteção do Estado. “Primeiro: o sistema deve ser acessível a todos, proporcionando igualdade. Segundo: deve executar resultados individuais e socialmente justos”. (RUIZ, 2021, p)

O acesso a justiça tem como o direito fundamental no ordenamento jurídico, sendo sempre atribuído uma grande relevância , sendo uma ferramenta jurídica para os seres humanos.

O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais ‘Burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para a sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros [...] (CAPPELLETTI e BRYNT, 1988, p.9).

Deste modo, pode ser entendido queo acesso a justiça deve ser contemplado de forma efetiva e material perante as pessoas, o Estado deve esclarecer os conflitos ou legitimar as situações discrepantes.

### *2.1.1 Acesso a justiça pela via do poder judiciário*

A Constituição da República Federativa do Brasil, estrutura o Estado Brasileiro como um Estado Democrático. De acordo com o artigo 2º da Constituição Federal, os poderes da União são independentes e harmônicos entre si, sejam eles o Legislativo, Executivo e Judiciário. Foi atribuído ao Estado assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. (BRASIL, 1988)

Cada poder tem sua função própria, podendo exercer funções atípicas ou não preponderadas, tendo mais interesse o princípio do acesso a justiça ao Poder Judiciário.

O ideal para uma sociedade é que viva-se em harmonia, entretanto, não ocorre, tendo a necessidade de organização e estruturação prevista na Lei Maior, devendo os conflitos de interesse serem solucionados. Consequentemente toda sociedade culturalmente avançada deve ter como uma exigência a presença do Poder Judiciário, com objetivo de solucionar os conflitos de interesses e para que se possa falar em Estado Democrático. Não existe Estado Social Democrático de Direito sem a presença do Poder Judiciário. (RUIZ, 2021)

Destarte, “Acesso ao Poder Judiciário” tem como conceito o direito e a garantia de ingresso ao órgão jurisdicional, para que seja pleiteada a tutela jurisdicional em virtude de uma violação ou ameaça a direito. É o direito e garantia do exercício da jurisdição estatal, a cargo do Poder Judiciário. Esse direito é incondicional de acordo com Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 1988) (RUIZ, 2021)

### *2.1.2 Dos obstáculos ao acesso à justiça*

O acesso a justiça pela via do Poder Judiciário é incondicional, não sendo sujeito a quaisquer condições, sendo, no plano do processo o direito de invocar a jurisdição estatal e condicional, sendo condições naturais que não são evitadas o acesso à justiça.

Apesar disso, não pode ser admitido impasses que tornam inviáveis o acesso justiça, como o custo do processo, o tempo, a grande quantidade de processo, o multiplicação de leis, o ensino jurídico e a má formação dos operadores do Direito, entre outros. O problema do acesso a justiça, principalmente no contexto da via jurisdicional, tem como exemplos: os juizados especiais cíveis, o alargamento da legitimação para a causa, o juizado de pequenas coisas, ações coletivas, o tratamento de coisa julgada nas ações coletivas, inserção de técnicas procedimentais e princípio da oralidade, ampliação dos poderes do juiz, revisitação dos meios alternativos de solução de conflitos de interesses (Conciliação, mediação e arbitragem) e tutelas diferenciadas. (RUIZ, 2021)

Jose Afonso Silva (2011) atribui ao Estado Democrático de Direito um compromisso com a justiça material, aquela caracterizada não apenas como a igualdade perante a lei, igualdade formal, porém aquela que irá levar à redistribuição da riqueza, de modo a reestruturar as relações sociais e econômicas, alicerçando a sociedade democrática, a qual não se concebe sem a participação do cidadão comum nos mecanismos de decisão.

Pode-se destacar a Atuação do Estado Administrador sendo um dos maiores consumidores de justiça, principalmente no âmbito de demandas previdenciárias e fiscais, recorrendo de todas as decisões judiciais sem um mínimo de razoabilidade ético-jurídica.

É nitida a barreira social existente no acesso a justiça e a classe mais pobre da sociedade brasileira, tendo em vista que a grande maioria da população brasileira tem o grau de pobreza elevado portando ao grau de pouca educação e informação das pessoas. (SOARES, FURTADO, 2021)

### *2.1.3 Acesso à justiça dentro do Judiciário*

O acesso à justiça está ligado diretamente ao sistema judiciário, ao Estado. Expondo preceitos correlacionados à sociedade, demonstrando a proteção

e legitimação dos direitos juntamente com a justiça, buscando uma democracia sólida e efetiva ante a sociedade.

Este princípio proporciona que os cidadãos fluam ao Judiciário em busca de tutela jurisdicional por seus direitos violados. Todos os cidadãos, tem o direito de ser ouvido em juízo com observância do anteparo quanto a proteção de seus direitos, sendo assegurado a garantia da solução de seus conflitos a acontecerá de forma idônea e pertinente.

Existem algumas limitações quanto ao acesso à justiça, econômicas e socioculturais, no qual bloqueia que qualquer pessoa tenha acesso à justiça de forma igualitária. (MOTA, 2021).

O Acesso a justiça não significa amplo acesso ao sistema judiciário. Sendo este estranho para a população, não sendo possível compreender por falta de informação e a linguagem inacessível. A justiça é uma garantia fundamental constitucional com valor digno e ético, contudo, é dever do Estado tratar de conceber o acesso à justiça enquanto direito fundamental e legitimar o seu acesso nos moldes de uma ordem jurídica justa.

Ainda que seja expressado como um princípio fundamental na Constituição Federal de 1988, essa garantia formal não é suficiente por parte do Estado. É indispensável que não seja apenas garantido em lei, mas efetivo, estando assegurado a todos os cidadãos brasileiros. (MOTA, 2021).

## **2.2 Princípio da proporcionalidade**

A proporcionalidade, originou-se na Alemanha, logo após a Segunda Guerra Mundial, por cobiça do Estado de Direito pós Guerra. Este princípio busca apenas solucionar conflitos principiológicos.

O princípio da proporcionalidade é composto em três subprincípios, sejam eles: Adequação; Necessidade; Exigibilidade. Proporcionalmente em sentido estrito ou proibição do excesso.

O subprincípio da adequação: O estado fica responsável por constituir medidas restritivas de direitos, sendo essencial demonstrar que é capaz e adequado para o fim que se destina; O subprincípio da necessidade faz afirmação que as medidas adotadas devem atingir o fim, não sendo possível medidas menos restritivas; A proporcionalidade em sentido estrito exige que haja um equilíbrio entre os meios escolhidos e o fim pretendido e o fim pretendido, relação proporcional, ou seja, restrições maiores não podem ser aceitas independente da ocasião. Por sua vez, o subprincípio da necessidade tem a determinação das medidas menos onerosas possíveis, para alcançar determinado objetivo. Por fim, em concordância com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, os benefícios trazidos pelas normas devem superar os ônus trazidos pelas normas. O subprincípio constitui a aceitabilidade efetiva da medida. (MARQUES, 2010)

Falando em princípio da proporcionalidade pode-se abordar também o princípio da razoabilidade que andam lado a lado, eles direcionam a aplicação do ordenamento jurídico para atendimento de forma adequada e proporcional.

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade comprovam a coerência entre a aplicação e a finalidade do direito, sendo garantido a utilização. Por conta desse motivo, os princípios são chamados de princípios da proibição de excesso, injustificável, não cabendo moldura da proporcionalidade.(MARQUES, 2010)

Esses princípios são considerados os princípios gerais do direito, portanto, são aplicados em toda e qualquer área. Eles estão previstos na Constituição Federal e também no artigo 2º da Lei nº9.784/99.

A aplicação do princípio da proporcionalidade tem dois focos. Havendo concomitantemente obrigação de fazer uso adequados a interdição quanto ao uso de meios desproporcionais, tornando-se condição de legalidade. (MARQUES, 2010)

### *2.2.1 Princípio da proporcionalidade pro reo*

Há quem defenda a aplicação deste princípio apenas quando a prova ilícita for obtida pelo acusado, porque, em casos assim, a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa. (ZORZAN, 2015)

### *2.2.2 Princípio da proporcionalidade pro societate*

Essa teoria é defendida em grande proporcionalidade, por doutrinadores, sendo a melhor solução para as adversidades a respeito da admissibilidade ou não das provas ilícitas, ela é adotada com certas restrições pela jurisprudência. A jurisprudência dos Tribunais Superiores pátrios não autoriza uma conclusão afirmativa quanto à tese de admissibilidade das provas ilícitas pro societate com base no princípio da proporcionalidade, sendo triunfado o entedimento de que admitir-se a capacidade de direito à prova prevalecer sobre as liberdades públicas.

De acordo com Capez ( 2012, p. 370):

Aqui, não se cuida de um conflito entre o direito ao sigilo e o direito da acusação à prova. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, visa resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia do sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, o juiz, utilizando seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos. Suponhamos uma carta apreendida ilicitamente, que seria dirigida ao chefe de uma poderosa rede de narcotráfico internacional, com extensas ramificações com o crime organizado. Seria mais importante proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, do qual se serve para planejar crimes, do que desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas, que ceifa milhões de vidas de crianças e jovens? Certamente não.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, LVI veda a admissão de provas obtidas por meios ilícitos, existe uma tese que adota o equilíbrio e a proporcionalidade na avaliação do caso concreto vem mitigado o disposto referido dispositivo. (BRASIL, 1988)

A teoria da proporcionalidade aparenta ser mais sábia e a menos injusta, visto que concede valor às provas, assegurando o direito, alguma das vezes

restringindo outros. Este princípio proporciona uma austeridade entre direitos e bens violados e assegurados, uma vez que, diante dele, é que pode-se obter o direito verdadeiramente justo. De acordo com a teoria da proporcionalidade, as provas ilícitas devem ser aceitas quando o bem jurídico alcançado for maior que o direito violado. De acordo com a teoria da proporcionalidade, as provas ilícitas carecem ser aceitas quando o bem jurídico alcançado for maior que o direito violado. Como regra a prova ilícita em favor da sociedade permaneça vedada, porém a proporcionalidade permite a admissão excepcional, já em caso de haver prova ilícita em favor do réu, deverá ser admitida em regra. (ZORZAN, 2015)

### **2.3 Prova ilícita no processo civil a luz do princípio da proporcionalidade**

Conforme já visto as provas obtidas por meios ilícitos não são admissíveis, segundo posicionamento da jurisprudência e da doutrina. No entanto, estes se posicionam sobre a relativização desse direito, de modo que seja compatível com outros direitos constitucionalmente garantido.

Entretanto, estes recursos são investidos na relativização do direito de ser de acordo com outros direitos garantido pela Constituição Federal de 1998. Seu principal argumento é a adoção de uma teoria ou o princípio da proporcionalidade, tendo sido desenvolvido na Alemanha, na lei da administração de Von Berg em 1802, quando ele lidava com a força policial, no qual a liberdade era limitada em detrimento da necessidade de exercer o estado certas funções.

Fazer a proibição do uso das provas ilícitas não é apenas uma garantia constitucional, mas também o direito de obter provas. Assim, por um lado, pode haver conflito entre os princípios constitucionais do acesso à justiça e do direito à prova e a proibição do uso de provas ilícitas. Quando ocorre esse conflito de princípios, é necessário usar a habilidade de ponderar os interesses, e através da aplicação do princípio da proporcionalidade, deixar que o juiz decida qual princípio irá prevalecer sobre o caso concreto.

O direito a prova como já visto anteriormente é limitado pela legitimidade dos meios utilizados para obtê-la. Apesar da necessidade de proteger os direitos que

podem ser violados por provas ilegais, também devem ser protegidos os direitos que não podem ser provados por nada além de provas obtidas ilegalmente. Neste contexto, deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade que determina o equilíbrio de interesses e valores. (GOMES, 2010)

#### **2.4 Proporcionalidade ou Razoabilidade**

A doutrina tenta diferenciar o princípio da proporcionalidade que é de origem alemã e o princípio da razoabilidade que tem raízes norte-americanas.

O princípio da proporcionalidade exige maior motivação racional nas decisões do que o princípio da razoabilidade; O princípio da razoabilidade, ao contrário do princípio da proporcionalidade, prescinde de consideração da relação meio-fim; Enquanto a razoabilidade constitui princípio geral de interpretação, a proporcionalidade, além dessa qualidade também consubstancia princípio jurídico material; E por fim, a razoabilidade tem função eficaz de bloqueio, enquanto a proporcionalidade, além dessa mesma função, também assegura a concretização dos interesses constitucionalmente consagrados. (ANTUNES, 2006)

O princípio da proporcionalidade guarda uma maior abstração do que o princípio da proporcionalidade.

A razoabilidade tem funções negativas, podendo impedir que o poder nacional exceda suas restrições e medidas excepcionais acabarão sendo prejudicando os direitos básicos dos indivíduos. A proporcionalidade designa-se a atuar contra abusos e excessos de poderes ponderando racionalmente os conflitos entre direitos e princípios fundamentais.

No entanto, deve-se ressaltar que essas diferenças não produzirá resultados práticos significativos. A suprema Corte não faz a utilização nem pela maioria da doutrina, nem por este trabalho, e essas expressões não sendo utilizadas indistintamente. Destacando o princípio da proporcionalidade. (MACHADO, 2021)

#### **2.5 Elementos e funções do princípio da proporcionalidade**

Para fazer o uso do princípio da proporcionalidade deve ser verificado se comparece circunstâncias, de acordo Lenza (2013)

**Necessidade:** Por alguns denominada exigibilidade, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa;

**Adequação:** Também chamado de pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido;

**Proporcionalidade em sentido estrito:** Sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição. (LENZA, 2013, p 138).(Grifo nosso)

## 2.6 Aplicação do princípio da proporcionalidade para admitir, excepcionalmente, no processo, prova ilícita em favor do réu

Esta corrente é fundada nos princípios do *favor rei* e do *direito* de defesa, buscando preservar os direitos fundamentais do indivíduo em casos de dúvidas processuais. (MACHADO, 2021).

De acordo com (BARBOSA, 2006) “o sujeito tem contra si um processo, em situação de franca desvantagem, e tem a seu dispor prova ilícita, estaria em verdadeiro”[...] estado de necessidade, vendo-se compelido a usar a prova ilícita para proteger seu direito fundamental”.

De acordo com Capez é praticamente unânime o entendimento que admite “a utilização no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros”.

No mesmo sentido, (AVÓLIO, 200, p. 24) ao lembrar que:

‘a aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio do *favor rei*, é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e jurisprudência’.

De fato, a tendência da doutrina pátria é a de acolher essa teoria, para favorecer o acusado (a chamada prova ilícita *pro reo*), em face do princípio do *favor rei*, admitindo sejam utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, desde que em benefício da defesa (Súmula 50 das Mesas de Processo Penal da USP). (CAPEZ, 2007).

Resalta-se que as provas ilícitas somente podem ser utilizadas quando for a única alternativa para absolvê-lo, quando se encontra em estado de necessidade ou então para comprovar um fato indispensável à sua defesa. (MACHADO, 2021).

## **CAPÍTULO III – PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO CIVIL**

Nesse capítulo será abordado os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, no qual surgem para tratar da questão complexa e delicada, fazendo a busca de equilibrar a busca da verdade processual com observância dos direitos fundamentais e garantias constitucionais, também será abordado qual o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e as posições favoráveis e não favoráveis de alguns doutrinadores.

### **3.1. Posicionamento doutrinário**

Para se entender o que é um posicionamento doutrinário é necessário a caracterização sobre o que é doutrina. A doutrina jurídica ou direito científico, traz um conjunto de estudos elaborados por vários juristas tendo o objetivo de sistematizar e explicar todo e qualquer tema que esteja relacionado ao direito. Ela consiste nos estudos e nas teorias metódicas, divulgadas por livros, monografias, artigos e até mesmo sentenças proferidas por juízes experientes e testados. (SANTIAGO, 2006)

Os cientistas se dedicam à doutrina jurídica, uma vez que impulsionados pela investigação e pelo processo empírico, examinando desvendar variedades de temas no campo jurídico, tendo o intuito de trazer à tona um conhecimento que reflita o comportamento da sociedade na qual está inserido. (SANTIAGO, 2006)

A doutrina tem várias funções no mundo jurídico. Permitindo o estudo aprofundado de normas e princípios, se tornando responsável pela atualização de conceitos e institutos, é o processo essencial para que os profissionais qualificados estejam em contato com a realidade e com a constante mudança. A doutrina também é responsável por organizar todo o conteúdo jurídico, dividindo-o em vários ramos e espécies de normas, trazendo a facilidade quanto a compreensão do ordenamento jurídico. (SANTIAGO, 2006)

Um ponto de grande importância é a análise direcionada ao objeto de estudo, resultando no senso jurídico e crítico que deve influenciar os estudiosos. Isso significa que a doutrina não deve ser limitada a apenas afirmar o direito mas se submeter a lei a uma avaliação sob diferentes perspectivas, tendo que identificar suas falhas e deficiências do ponto de vista lógico, sociológico e ético. Desta maneira, por intermédio de debates e confratações intelectuais, existe a possibilidade de encontrar a posição mais equilibrada. Portanto, a doutrina tem o desenvolvimento sobre alternativas para contribuírem com o aperfeiçoamento do direito, direcionando-o cada vez mais ao seu principal objeto, no qual seja ele a busca pela justiça. (SANTIAGO, 2006)

A doutrina vem desempenhando outro aspecto, no qual tem uma grande importância, o preenchimento das lacunas legais, ou seja, quando o estudioso se dedica às questões que a lei não aborda, não alcança ou quando a lei é explicitamente defeituosa. O processo visa suprir as lacunas já existentes no ordenamento jurídico, que são inerentes à sua formulação. Em suma, a doutrina proporciona um meio de integração de direito. (SANTIAGO, 2006)

Todos esses detalhes já mencionados demonstram a importância fundamental da doutrina jurídica para o direito, influenciando, mesmo que indiretamente, a produção das leis e as decisões judiciais, fornecendo pontos de apoio para o legislador quanto para o juiz. (SANTIAGO, 2006)

### **3.2. Posicionamento jurisprudencial**

Posicionamentos jurisprudenciais ou jurisprudência é um termo utilizado para descrever a aplicação das leis pelos tribunais. Tendo o papel de representar o resultado da interpretação da lei em casos concretos que, após serem julgados, tornam-se fontes do direito no mundo jurídico. Em assência, trata-se de uma série de decisões proferidas pelos tribunais sobre um determinado assunto. (BOBSIN, 2022)

A jurisprudência desempenha um papel importante na uniformização da interpretação do direito por todos os tribunais, garantido à segurança jurídica e auxiliando advogados e advogadas na elaboração de petições . Tendo como fonte o direito, a jurisprudência preenche eventuais lacunas na aplicação e conciliação da legislação , assegurando uma linha de decisões coerentes. Na prática da advocacia, ela é uma fonte valiosa para fundamentar petições e demonstrar que o direito pleiteado em favor dos clientes está de acordo com a trajetória das decisões judiciais.(BOBSIN, 2022)

Ao longo dos anos, foram implementadas diversas alterações legislativas para conferir maior peso a jurisprudência, com destaque para o Código de Processo Civil de 2015. Essas mudanças refletem uma aproximação do sistema jurídico brasileiro com conceitos civil law visando fortalecer a adoção de precedentes, características do common law. Tudo isso é feito com o objetivo de proporcionar maior segurança jurídica às decisões judiciais. (BOBSIN, 2022) (BRASIL, 2015)

A posição tomada em relação ao recorrido, não é isolada, pelo contrário, encontra-se respaldo inquestionável na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O que pode-se compreender é a afirmação de que uma prova produzida para a defesa pode ser utilizada. Isto é possível, e quando ocorre, não esta se lidando com uma prova ilícita, mas sim com uma prova prova lícita. Quando uma prova é produzida em legítima defesa, está excluindo sua ilicitude para torná-lá lícita. Nessa situação, não se trata de admitir uma prova ilícita de forma excepcional, mas sim de aceitar uma prova produzida de maneira lícita. (ROCHA, 2008)

Ou seja, a legítima defesa é justamente a extração da ilicitude da conduta, quando alguém produz uma prova em legítima defesa, eliminando a sua ilicitude pra torná-la lícita. Nesse caso, não é permitido se falar em admitir uma prova ilícita, mas

sim em aceitar uma prova produzida de forma lícita, portanto, é admissível. Esse também é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que rejeita consistentemente o uso de provas ilícitas, e como já esperado, valida o uso de provas lícitas decorrentes de condutas que, em circunstância normais, seriam ilícitas, mas adquirem status de licitude quando produzidas para a defesa de interesses próprios. (ROCHA, 2008)

De acordo com tal pensamento:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação 'the fruits of the poisonous tree' não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido" (AI 50.367-PR, 2ª. Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 01/02/05. DJ 04/03/05.). (sem grifo no original). (ROCHA, 2008, *online*)

Portanto, é incorreto afirmar que, em alguns casos, as provas ilícitas são admitidas. Na realidade, as provas ilícitas nunca são admitidas, e a norma constitucional não permite exceções. O texto constitucional é claro e enfático ao proibir completamente a utilização de provas obtidas por meios ilícitos. Portanto, não existe espaço para a mitigação ou suavização do preceito constitucional que veda o uso de provas ilícitas. Além disso, não pode-se argumentar, como alguns afirmam que as provas ilícitas podem ser utilizadas em alguns casos específicos, como quando são a única opção disponível ou quando beneficiam o réu. A linha desse pensamento está equivocada. Pois, é defendida a compreensão de que as provas obtidas ilicitamente são absolutas e totalmente inadmissíveis. (ROCHA, 2008)

Esse posicionamento serve para permitir que o Estado, em sua função jurisdicional, aceite as provas ilícitas. Estas colocações seriam mergulhar na ilegalidade e na lei do mais forte de todos aqueles que estão sendo investigados ou

processados, e até mesmo os meros suspeitos. Isso colocaria em segundo plano a segurança jurídica dos cidadãos de bem, resultando em um evidente descrédito no próprio Estado, que passaria a utilizar provas obtidas de forma ilícita e se igualaria àqueles que desrepeitama lei. (ROCHA, 2008)

Em uma decisão exemplar proferido no caso RE251.445 o ministro Celso de Mello abordou de forma brilhante o tema de completa proibição das provas ilícitas. Sendo sua manifestação foi marcada pela lucidez.(ROCHA, 2008)

Após um longo processo judicial que se desenrolou no Tribunal de Justiça do Paraná, a oitava Câmara Cível finalmente emitiu um acórdão, proferido pelos desembargadores, em unanimidade, em dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos dos votos a seguir transcritos. Com a participação no julgamento, além do signatário, os emitentes Senhores Des. Luiz Felipe Brasil Santos (Presidente) e Des. Alzir Felipe Schmitz, ocorreu em Porto Alegre, em 11 de dezembro de 2014

De acordo com o relatório, trata-se de agravo de instrumento, o autor incorformado com a decisão interlocutória que, nos autos da ação revisional de alimentos movidas em desfavor de uma menor, representada por sua genitora, indeferiu o pedido de desentranhamento de mídia apresentada pela ré na constetação.

De acordo aduz que o Cd encartado aos autos contém conversa telefônica gravada de forma dissimulada e sem o conhecimento do interlocutor, defendendo, portanto, que se trata de prova ilícita.

De acordo com o relatório do Des. Ricardo Moreira Lins Pastl (2007, *online*)

Conforme relatado. O agravante busva o desentranhamento das mídias encartadas nas p37/38 dos autos originais, alegando que contém uma conversa telefônica gravada de forma dissimulada e sem o seu conhecimento. Defendendo que tais provas são ilícitas.

### *3.2.1 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal*

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou em algumas oportunidades sobre a utilização de prova ilícita em processos judiciais, em um dos casos, tratou da nulidade absoluta da prova ilícita caracterizando-se como uma causa de completa invalidação de sua eficácia jurídica, retirando qualquer capacidade de legitimidade revelar os fatos e eventos que se pretendia evidenciar em termos de sua realidade material. (MELLO, 2000)

A ilicitude da prova, reconhecida pela Constituição Federal do artigo 5º, inciso LVI, e das provas diretamente derivadas dessa ilicitude, são consideradas inadmissíveis no processo. Esta questão é abordada na teoria da *Árvore Envenenada*, que determina que as provas obtidas de forma ilícita, direta ou por derivação são nulas, independentemente do momento em que foram produzidas. (TOFFOLI, 2016) (BRASIL, 1988)

Consequentemente, será necessário o desentranhamento dos autos e a inutilização das provas ilícitas, de acordo com o artigo 157 do Código de Processo Penal, para evitar interferências subjetivas no convencimento do juiz. A Suprema Corte, em precedentes como a Reclamação 24.473, tem reconhecido a imprestabilidade dessas provas obtidas ilegalmente, em conformidade com a Constituição Federal e o Código de Processo Penal. (BRASIL, 1948) (BEZERRA, 2019) (BRASIL, 1988)

De acordo com o informativo nº 911 do Supremo Tribunal Federal (STF), as provas ilícitas obtidas diretamente ou por derivação de outras (*fruits of the poisonous tree*) são consideradas nulas, independentemente do momento em que foram produzidas (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018)

Ao examinar a garantia constitucional do “*due process of law*”, é possível identificar nelas alguns elementos essenciais que contribuem para sua própria configuração. Dentre esses elementos, detascam-se as seguintes prerrogativas de inquestionável importância; (a) direito ao acesso ao Poder Judiciário; (b) direito à citação e prévia ciência da acusação; (c) direito a um julgamento público e ágil, sem demoras indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa, incluindo o direito à autodefesa e à defesa técnica; (e) direito de não ser processado e julgado

com base em leis retroativas; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com base em provas ilícitas; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito ao princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio e o privilégio contra a autoincriminação; e (i) direito à prova. (Mello,2007)

Verificando-se, portanto que o direito à prova é um dos elementos fundamentais na garantia constitucional, conforme destacado pelo Supremo Tribunal, MS 26.358-MC/DF (MELLO, 2011)

Deve ser repudiado como ilícita a prova penal decorrente de um ato que claramente violou a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. É amplamente conhecido que, neste contêm investigação policial e persecução penal, o Estado fica sujeito à observância de um conjunto de direitos e prerrogativas são garantidos constitucionalmente a qualquer cidadão. Na verdade, os poderes do Estado encontra-se limitado e intransponíveis nos direitos e garantias individuais, cujo desrespeito pode configurar uma violação constitucional inadmissível. (MELLO, 2010)

É de suma importância destacar, de acordo com a jurisprudência da Suprema Corte e nas lições doutrinárias, que a transgressão por parte do poder público das restrições e garantias estabelecidas constitucionalmente em favor de cidadãos, incluindo aqueles que são supostamente acusados de cometer alguns delitos, terá o resultado em consequência gravíssima: o reconhecimento da ilicitude da prova obtida durante as diligências estatais. Isso irá acarretar, como consequência direta dessa violação às limitações impostas pela Constituição Federal, a inadmissibilidade processual dos elementos probatórios assim sendo obtidos. É necessário memorar, que está postura representará uma conquista significativa para a proteção e preservação dos direitos instituídos em benefício dos que são alvos da ação persecutória do Estado. O ordenamento constitucional brasileiro manifesta hostilidade inequívoca em relação a provas ilegítimas e ilícitas. (BEZERRA,2019)

Portanto de acordo com o pensamento do Supremo Tribunal Federal, as provas ilegais devem ser destruídas. (BEZERRA, 2019)

### 3.3 Provas ilícitas por derivação: Teoria dos frutos da árvore envenenada

A prova obtidas ilícitamente por derivação pode ser definida como uma prova que, originalmente lícita, torna-se ilícita devida à sua produção ou obtenção.

No contexto brasileiro, essa teoria não era expressamente prevista na legislação processual penal nem na Constituição Federal. No entanto, com a reforma de 2008, a teoria passou a ser reconhecida no 1º parágrafo do artigo 157 do Código de Processo Penal, no qual estabelece que “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas”. (ANDRADE, 2021) (BRASIL, 1941)

A origem dessa teoria remota ao sistema jurídico dos Estados Unidos, mais especificamente ao caso *Silverthorne Lumber & CO x United States*, ocorrido em 1920. (ANDRADE, 2021)

Nesse caso em particular a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu invalidar uma intimação que havia sido expedida com base nas informações obtidas por meio de uma busca ilegal.

Essa explicação é representada pelo doutrinador (LIMA, 2017, P.618) :

O precedente que originou a construção do conceito de prova ilícita por derivação está ligado ao caso *SILVERTHORNE LUMBER CO v. US*, DE 1920, em que a Suprema Corte norte-americana reputou inválida uma intimação que tinha sido expedida com base numa informação obtida por meio de uma busca ilegal. A acusação não poderia usar no processo a prova obtida diretamente da busca ilegal, nem a prova obtida indiretamente por meio da intimação baseada nessa busca.

Embora a teoria tenha surgido, foi somente em 1937, no caso *Nardone x United States*, que o Ministro Frankfurter, utilizou a expressão “fruits of the poisonous tree”, que pode ser traduzida literalmente como “frutos da árvore envenenada”. Esta expressão vem afirmando que se a árvore estiver envenenada, os frutos que nela

estão também estarão envenenados, assim como as provas derivadas das provas ilícitas. (ANDRADE, 2021)

Embora, o entendimento que a prova ilícita derivada é aquela que não existiria caso não existisse provas obtidas violando uma norma. Ilustrando isso, pode ser considerado uma situação hipotética no qual: uma busca e apreensão domiciliar é realizada em um local sem um mandado. Caso durante essa busca algum aparelho eletrônico seja encontrado e apreendido, logo após é realizada uma perícia, revelando existência de um documento que menciona uma testemunha relevante, sendo essa testemunha convocada a depor no processo, fornecendo declarações incriminatórias para o réu. (ANDRADE, 2021)

Nesta situação, pode ser percebido que o depoimento da testemunha é inadmissível no processo. Este fato ocorre porque o conhecimento da testemunha foi obtido por meio de uma perícia em um aparelho eletrônico, que foi encontrado devido a uma busca e apreensão ilegal, que ocorreu sem mandato. Portanto se não houvesse alguma busca e apreensão ilegal, a testemunha não teria sido descoberta, significando que a ilicitude inicial da busca contaminou os atos subsequentes. (ANDRADE, 2021)

### **3.4 Posições favoráveis e não favoráveis**

Até a promulgação da Constituição de 1988, a doutrina sustentava que as provas ilícitas eram consideradas admissíveis, especialmente no campo do direito familiar, uma vez que não havia disposição explícita que proibisse sua utilização. Ademais, o princípio da verdade real era considerado um fator relevante nesse contexto. (BRASIL, 1988)

Por outro lado, os que defendem a inadmissibilidade das provas ilícitas, que antes de 1988 constituíam uma corrente minoritária baseavam-se os argumentos no artigo 332 do Código de Processo Civil. (BRASIL, 1941)

Com a entrada em vigor da Constituição de 1988, a questão aparentemente foi pacificada, uma vez que ao artigo 5º, estabelece que “são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meio ilícitos”. (BRASIL, 1988)

Ao que tudo indica, não foi uma tarefa fácil acabar com as controvérsias relacionadas à admissibilidade das provas ilícitas, mesmo com a inclusão do texto constitucional. Surgiu, então, duas correntes doutrinárias com argumentos opostos, a primeira defendeu que as provas ilícitas não devem ser admitidas em nenhuma circunstância, com base no próprio comando constitucional, ou seja a corrente obstativa, enquanto a outra sustentava que essas provas poderiam ser permitida, ou seja a corrente permissiva, levando em consideração os princípios da verdade real, liberdade probatória e livre convencimento. (RUBINELLI, 2017)

Posteriormente, surgiu uma corrente intermediária que aplicava a teoria da proporcionalidade, buscando encontrar um equilíbrio entre a proibição absoluta e a admissibilidade irrestrita das provas ilícitas. (RUBINELLI, 2017)

#### *3.4.1 Da admissibilidade da prova ilícita*

Quanto a admissibilidade da prova ilícita, o artigo 332 do Código de Processo Civil estabelece que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provas a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. No entanto, provas ilegais ou moralmente ilegítimas não são admitidas, violando assim a gravação telefônica realizada em contravenção ao disposto no artigo 5º, X e LVI, Da Constituição Federal. (PASTL, 2014) (BRASIL, 1941) (BRASIL, 1988)

Portanto, uma vez que a gravação em questão foi obtida de forma ilícita, uma vez que não houve consentimento de um dos interlocutores, no caso o agravante, ela não pode ser considerada como prova e deve ser removida dos autos.

Destacando o parecer do distinto Procurador de Justiça, Dr. Antonio Cezar Lima Da Fonseca, que salientou de forma adequada que não importa, em

minha humilde opinião, que o processo esteja sob segredo de justiça, uma vez que não é a publicidade da gravação em si que afeta o recorrente, mas sim o efeito subjetivo que o conteúdo das imagens podem causar no juiz ao formar sua convicção. Além disso, no caso de uma ação relativa a alimentos, a intenção da parte contrária de provar o suposto trabalho do alimento (que alega ser serralheiro) pode ser feita por outros meio, não sendo fundamental e irreparável o prejuízo alegado.

Foi votado pelo provimento do agravo de instrumento, determinando o desentranhamento das mídias encartadas nos autos. (PASTL, 2014)

#### *3.4.2 Corrente Permissiva*

A corrente que entende ser possível à admissão das provas ilícitas sustenta, em suma, que deve prevalecer o interesse da justiça pela busca da verdade. Nesta mesma linha, afirma que deve haver a punição daquele que colheu a prova indevida, mas isso não quer dizer que a mesma não poderá ser utilizada para a solução do caso concreto, mesmo porque a prova já penetrou na mente do julgador, e de lá não será mais removida, ainda que seja retirada dos autos. (RUBINELLI, 2017)

A corrente que entende em qualquer caso a possibilidade do emprego de provas obtidas por meios ilegítimos, afirma que a solução contra a ilicitude é praticada pela parte, não devendo ser proibido de que ela faça uso da prova assim obtida, mas sua sujeição ao correspondente processo criminal para punição pela prática do ilícito cometido na obtenção da prova. Assim, se um marido penetra clandestinamente na residência de alguém para documentar fotograficamente, ou por qualquer outro meio mecânico ou eletromagnético, a prática de um de um adultério de sua mulher, deverá responder pelo crime de invasão de domicílio, porém jamais ser impedido do comprovar em juízo o adultério, através da prova por tal forma obtida; e nem teria sentido, pretender-se que o juiz, depois de indubitavelmente convencido da existência do adultério demonstrado por esta prova criminosamente obtida, deve-se julgá-lo, caso não provado é improcedente a ação de separação nela fundada. (SILVA, 1997 P. 300)

No entanto, essa teoria não parece ser a mais correta, pois pode incentivar a prática de atos ilícitos por parte do Estado, violando os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos estabelecidos na Constituição. Além disso, a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, proíbe expressamente o uso de provas obtidas por meio ilícitos, o que indica que esse pensamento está ultrapassada. (BRASIL, 1988)

#### *3.4.3 Corrente obstativa*

Alguns estudiosos sustentam a completa inadmissibilidade das provas ilícitas argumentam que essa posição encontra respaldo no texto constitucional, que proíbe expressamente a aceitação de provas obtidas por meios ilícitos exigindo sua exclusão do processo. Esse princípio de exclusão das provas ilícitas foi estabelecido com o intuito de limitar os poderes do juiz, impedindo que ele se valha de qualquer meio de prova para alcançar a verdade real. (RUBINELLI, 2017)

#### *3.4.4 Corrente intermediária*

O direito como se sabe, tem como propósito regular as relações humanas, e isso implica que nem todos os fatos e conflitos que surgem na sociedade possam receber tratamento idêntico. Nesse mesmo contexto, a corrente intermediária surgiu, sugerindo a análise individual de cada caso (com base no concreto) por meio do princípio da proporcionalidade. (RUBINELLI, 2017)

Em relação à existência desse princípio, o desembargador Paschoal Carmello Leandro, em sua decisão no Mandado de Segurança 27574, manifestou-se a respeito:

A questão acerca da admissibilidade da prova ilícita reúne três grandes correntes doutrinárias de pensamento, a denominada Teoria obstativa considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito, em qualquer caso, pouco importando a relevância do direito em debate; a Teoria permissiva considera que a prova ilicitamente obtida deve ser reconhecida no ordenamento como válido e eficaz,

entende que o ilícito se refere ao meio de obtenção e não ao seu conteúdo; e, por fim, a teoria intermediária, que aplica o chamado princípio da proporcionalidade, que não aceita nem proíbe nenhuma prova pelo fato de ser ilícita, e pressupõe uma análise de proporcionalidade de bens jurídicos tutelados, assim, admite a ofensa a um direito pela prova ilícita se o outro direito for de maior importância para o indivíduo, predominando o de maior relevância para que ocorra a prestação de uma tutela mais justa e eficaz, a maior parte dos doutrinadores brasileiros filiam-se a ela, bem como a jurisprudência pátria. (LEANDRO, 2021)

Ao aplicar essa abordagem intermediária, é possível resolver casos específicos em que se torna inviável utilizar uma das teorias anteriores. Isso somente ocorre quando há a necessidade de analisar os bens jurídicos envolvidos e ponderar qual deles deve ser preservado.(RUBINELLI,2017)

O Poder Judiciário, por exemplo, tem o dever de avaliar a necessidade de flexibilizar a proibição das provas ilícitas em prol de um bem jurídico de maior relevância, como a liberdade individual.(RUBINELLI, 2017)

Não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação subreptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva. A propositura da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina moderadamente de princípio da proporcionalidade devendo prevalecer, destarte.(NERY JUNIOR, 1998)

Considerando que esta teoria vem ganhando cada vez mais espaço e aceitação entre os magistrados, sendo vista como uma forma de evitar possíveis injustiças decorrentes da aplicação absoluta da proibição das provas ilícitas em todos os casos, tornando-se pertinente aprofundar o estudo do princípio da proporcionalidade. É importante compreender quando é viável a utilização desta teoria e quais são as discussões em torno deste tema.(RUBINELLI, 2017)

Desta maneira, deve se explorar detalhadamente o conceito de princípio da proporcionalidade, analisar em quais situações sua aplicação é adequada e

examinar as controvérsias relacionadas ao assunto. Isso proporciona um maior embasamento para a compreensão, a relevância e os limites dessa teoria em questões jurídicas. (RUBINELLI, 2017).

## CONCLUSÃO

O objetivo deste estudo é abordar os conceitos relacionados às provas ilícitas no sistema jurídico brasileiro, reconhecendo o princípio da proporcionalidade como meio de equilibrar os direitos fundamentais em conflitos. Dando ênfase à compreensão da admissibilidade ou inadmissibilidade das provas ilícitas, como uma análise concreta sobre a possibilidade de seu uso. Ocorrendo divergência entre as definições e opiniões doutrinárias em vários aspectos, quando se trata de considerar determinadas condutas como ilícitas ou não.

Em situações extremas, tem a possibilidade admitir a prova ilícita no direito processual civil, com ressalvas adequadas. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência invocam o princípio da proporcionalidade como solucionador fundamental de conflitos entre princípios, permitindo analisar no caso concreto qual direito deve prevalecer em relação ao outro para garantir melhor a dignidade da pessoa humana em questão.

Ressaltando a admissibilidade deve ocorrer apenas em casos excepcionais e está condicionada à autêntica necessidade da parte. Além disso, é essencial analisar a indispensabilidade da prova em questão.

Portanto, o estudo procura salientar que o princípio da vedação da prova obtida por meios ilícitos não é absoluto. A análise dessas provas devem ser feitas com base no princípio da proporcionalidade. Esse princípio é considerado o meio

adequado para equacionar os conflitos entre os princípios constitucionais, permitindo que, no caso concreto, um determinado princípio, por ter prevalecimento na ponderação de interesse, afaste a proibição da prova ilícita e, portanto, seja utilizada no processo.

Entretanto, a prova inicialmente considerada ilícita pode excepcionalmente ser admitida no processo civil e utilizada tanto pelo autor quanto pelo réu, desde que seja analisada, ponderando-se os interesses na busca pela justiça para o caso concreto.

## REFERÊNCIAS

Andrade, Victor Luiz. **Prova ilícita por derivação.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/341015/prova-ilicita-por-derivacao> Acesso em: 20 mai 2023;

AVOLIO, Luis Francisco Torquato. Provas Ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2003.

AMARAL, Moacyr; Prova Judiciária no cível comercial: **prova- noções preliminares.**4º Edição. Rua Quintino Bocaiuva 191 – 2º andar São Paulo – Brasil. Max limonad editor de livros de direito, 1970.

BELO, Jair Roberto. **Lei do Talião.** Disponível em: [http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas\\_Direitos\\_Humanos/LEI%20DO%20TALI%C3%83O.pdf](http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/LEI%20DO%20TALI%C3%83O.pdf). Acesso em: 30 nov 2022;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. - 28 ed. - São Paulo: Rideel, 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil Brasileiro.** Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. - 28 ed. - São Paulo: Rideel, 2019. Acesso em: 26 nov 2022;

BRASIL. **Código Penal Brasileiro.** Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. - 28 ed. - São Paulo: Rideel, 2019. Acesso em 26 nov 2022;

BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro.** Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. – 28 ed. - São Paulo: Rideel, 2019. Acesso em 26 nov 2022;

Bôas, Regina Vera Villas; Werkema, Maurício Sirihal. **A relevância do princípio da proporcionalidade à efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.** Disponível em:

[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_boi\\_2006/827F662954031172E050A8C0DD017DE2#:~:text=Pelo%20subprinc%C3%ADpio%20da%20adequa%C3%A7%C3%A3o%20deve,uma%20outra%20medida%20menos%20restritiva](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boi_2006/827F662954031172E050A8C0DD017DE2#:~:text=Pelo%20subprinc%C3%ADpio%20da%20adequa%C3%A7%C3%A3o%20deve,uma%20outra%20medida%20menos%20restritiva). Acesso em: 17 mar. 2023;

Bobsin, Arthur. **O que é jurisprudência?.** Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/o-que-e-jurisprudencia/>. Acesso em: 25 mai 2023;

Canto, Gisele Belo. **Resumo das provas no direito processual penal para Pf e PRF.** Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/provas-direito-processual-penal-pf-prf/>. Acesso em: 29 fev 2023;

Costa, Regina Helena, **Mandado de segurança**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1235643158>. Acesso em: 28 de mai de 2023;

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: **teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10 . ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2.

Dicionário jurídico. **Prova ilícita**. Disponível em: [https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1639/Prova-ilicita-Novo-CPC-Lei-no-13105-15#:~:text=Prova%20il%C3%ADcita%20-%20Novo%20CPC%20\(Lei%20n%C2%BA%2013.105%2F15\),-Processo%20Civil%20%7C%2005&text=Trata-se%20da%20prova%20que%20contraria%20qualquer%20norma%20do%20ordenamento%20jur%C3%ADdico](https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1639/Prova-ilicita-Novo-CPC-Lei-no-13105-15#:~:text=Prova%20il%C3%ADcita%20-%20Novo%20CPC%20(Lei%20n%C2%BA%2013.105%2F15),-Processo%20Civil%20%7C%2005&text=Trata-se%20da%20prova%20que%20contraria%20qualquer%20norma%20do%20ordenamento%20jur%C3%ADdico). Acesso em: 15 abr 2023.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: **teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10 . ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2.

BEZERRA FILHO, Aluizio. **É firme a posição do STF em rejeitar provas ilícitas**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/e-firme-a-posicao-do-stf-em-rejeitar-provas-ilicitas/738724371>. Acesso em: 01 jun 2023;

LOPES, Hernnandes Dias; - **Bíblia mulher extraordinária**.. Ed Hagnos, 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de - **Manual de Processo Penal - Volume Único - 5ª Edição**. Salvador: JusPodivm. 2017.

MARQUESIN, Thiago. **As espécies de provas sob a ótica do novo cpc**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10378/As-especies-de-provas-sob-a-otica-do-Novo-CPC>. Acesso em: 05 dez 2022;

Morelli, Daniel Nobre. **Teoria geral da prova no processo civil**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1390/Teoria-Geral-da-Prova-no-Processo-Civil#:~:text=Os%20objetos%20da%20prova%20s%C3%A3o,que%20possuem%20presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20legalidade>. Acesso em: 05 mar 2023;

Marinho, Cassiano. **A confissão, segundo o CPC/15, é revogável e anulável?**. <https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/594497475/a-confissao-segundo-o-cpc-15-e-revogavel-e-anulavel>. Acesso em: 29 abr 2023;

Marques, Andréa Naves Gonzaga. **Princípio da proporcionalidade e seus fundamentos**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/principio-da-proporcionalidade-e-seus-fundamentos-andrea-neves-gonzaga-marques>. Acesso: 15 mar 2023;

Mello, Celso. **Medida cautelar em mandado de segurança 26.358-0**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/ms26358.pdf>. Acesso em: 31 mai 2023;

Mello, Cesar. **Recurso extraordinário**. Disponível em: [https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14825705?\\_gl=1\\*zb4hbm\\*\\_ga\\*NjMxOTU1NTIxLjE2NjgwOTc5NDU.\\*\\_ga\\_QCSXBQ8XPZ\\*MTY4NzIxMjM1OS43OS4xLjE2ODcyMTI5MjYUNjAuMC4w](https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14825705?_gl=1*zb4hbm*_ga*NjMxOTU1NTIxLjE2NjgwOTc5NDU.*_ga_QCSXBQ8XPZ*MTY4NzIxMjM1OS43OS4xLjE2ODcyMTI5MjYUNjAuMC4w). Acesso em: 31 mai 2023;

NERY JUNIOR, Nelson. **Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1998**. 3. ed. São Paulo: XX

Piske, Oriana. **Proporcionalidade e razoabilidade: critérios de inteligência e aplicação do direito – juíza Oriana Piske**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2011/proporcionalidade-e-razoabilidade-criterios-de-intelecao-e-aplicacao-do-direito-juiza-oriana-piske#:~:text=A%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20do%20princ%C3%ADpio%20da,torna%2Dse%20condi%C3%A7%C3%A3o%20de%20legalidade>. Acesso em: 05 abr 2023;

Pastl, Ricardo Moreira Lins. **Agravo de instrumento**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/158273213/inteiro-teor-158273222>. Acesso em: 29 mai de 2023;

Ruiz, Ivan Aparecido. **Princípio do acesso a justiça**. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/201/edicao-1/principio-do-acesso-justica#:~:text=%E2%80%9CAcesso%20%C3%A0%20Justi%C3%A7a%20ou%20mais,previsto%20para%20alcan%C3%A7ar%20esse%20resultado>. Acesso em: 05 abr 2023;

Rocha, Zélio Maia. **Provas ilícitas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2008-out-29/provas\\_ilicitas\\_jurisprudencia\\_stj?pagina=2](https://www.conjur.com.br/2008-out-29/provas_ilicitas_jurisprudencia_stj?pagina=2). Acesso em: 23 mai 2023;

Ruiz, Ivan Aparecido. **Princípio do acesso a justiça**. <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/201/edicao-2/principio-do-acesso-justica>. Acesso em: 10 mar 2023;

Rubinelli, Natália. **A admissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro através do princípio da proporcionalidade**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58436/a-admissibilidade-das-provas-ilicitas-no-processo-penal-brasileiro-atraves-do-principio-da-proporcionalidade>. Acesso em :16 mai 2023;

Supremo Tribunal Federal. **Encontro fortuito de provas e foro por prerrogativa de função**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo911.htm>. Acesso em: 23 mai 2023;

Santos, Jose Alealdo. **O princípio do acesso à justiça no direito brasileiro.** Disponível em: <https://alealdolewandowski.jusbrasil.com.br/artigos/271966906/o-principio-do-acesso-a-justica-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 25 fev de 2023;

S/A. **Princípios da proporcionalidade e razoabilidade.** Disponível em: <https://www.significados.com.br/principios-da-proporcionalidade-e-razoabilidade/#:~:text=Segundo%20ela%2C%20enquanto%20a%20proporcionalidad e,medida%20em%20face%20da%20situa%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 10 mar. 2023;

Silveira, Davi; Lang, Karine Mastella. **A história da prova.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-historia-das-provas/>. Acesso em: 6 dez 2022;

S/A. **Existe diferença entre o ônus da prova no processo civil e no processo penal?** Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/07/25/existe-diferenca-entre-o-onus-da-prova-no-processo-civil-e-no-processo-penal/#:~:text=O%20principal%20ponto%20distintivo%20entre,real%2C%20conform e%20previsto%20no%20art>. Acesso em: 30 abr 2023;

SILVA. Ovídio Baptista. **Curso de processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Supremo Tribunal Federal. **Inviolabilidade Domiciliar - Ilícitude da Prova.** Acesso em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo584.htm> Acesso em: 02 jun 2023

Santiago, Emerson. **Doutrina Jurídica.** Acesso em: <https://www.infoescola.com/direito/doutrina-juridica/>. Acesso em: 02 jun 2023;

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – **Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TALAMINI, E. Prova emprestada no processo civil e penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 35, n. 140, out./dez. 1998

Tomé, Fabiana Del Padre Tomé. **Tomo teoria geral e filosofia do direito**, edição 1, abril de 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/91/edicao-1/prova.> , abril de Acesso em: 09 abr 2023;

Tsunoda, Eduardo. **A prova ilícita e o princípio da proporcionalidade.** Disponível em: [http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/d.penal-d.proc.penal/a.prova.ilicita.e.o.principio.da.proporcionalidade\[2007\].pdf](http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/d.penal-d.proc.penal/a.prova.ilicita.e.o.principio.da.proporcionalidade[2007].pdf). Acesso em: 18 abr 2023;

Pastl, Ricardo Moreira Lins. **Agravo de instrumento**. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe\\_html.php](https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php). Acesso em: 26 mai 2023;

Disponível em: [https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-1/20501113?\\_gl=1\\*6duo3f\\*\\_ga\\*NjMxOTU1NTIxLjE2NjgwOTc5NDU.\\*\\_ga\\_QCSXBQ8XPZ\\*MTY4NzIxMjM1OS43OS4xLjE2ODcyMTMyNjluNjAuMC4w](https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-1/20501113?_gl=1*6duo3f*_ga*NjMxOTU1NTIxLjE2NjgwOTc5NDU.*_ga_QCSXBQ8XPZ*MTY4NzIxMjM1OS43OS4xLjE2ODcyMTMyNjluNjAuMC4w). Acesso em: 01 jun 2023;