

A EFICACIA DO MEIO DE PROVA ILÍCITO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

EM HOMENAGEM A HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

Alcides DE MENDONÇA LIMA *

1. O *Código de Processo Civil Brasileiro* de 1973, em vigor desde 01 de janeiro de 1974, introduziu dispositivo novo no ordenamento nacional, qual seja o art. 332, do seguinte teor:

“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 (grifos nossos).”

O diploma anterior, de 1939, que foi o primeiro federal do Brasil, estatuiu de modo mais conciso, no art 208, com esta redação: “São admissíveis em juízo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais.”

Do confronto de ambas, nota-se que, em conteúdo, são iguais, salvo acréscimo do atual — “bem como os moralmente legítimos”, que tem suscitado dúvidas e controvérsias, no sentido de seu alcance na apreciação pelo juiz do meio empregado.

No direito comparado, encontra-se, como exemplo, de norma similar, o art. 379 do *Código Processal Civil y Comercial* da Argentina, com o seguinte texto:

La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, SIEMPRE QUE NO AFECTEN LA MORAL, LA LIBERTAD PERSONAL DE LOS LITIGANTES O DE

* Catedrático de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas, Rio Grande do Sul (aposentado) — Do Instituto Iberoamericano de Direito Processual — Do Instituto dos Advogados Brasileiros — Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

TERCEROS O NOS ESTÉN EXPRESAMENTE PROHIBIDOS PARA EL CASO. (Grifos nossos.)

2. A matéria tem sido objeto de larga digressão doutrinária, no Brasil e no estrangeiro, e de várias decisões de diferentes tribunais, se bem que, em nosso país, a contribuição jurisprudencial seja escassa, pelo menos no cível, que é objeto deste estudo.

3. Os meios de prova podem ser *legítimos* (se configurados em lei expressamente, tanto no Código de Processo Civil, como em outros textos) e *lícitos* (não configurados em lei, mas admissíveis, se "morais", como, antes do Código de 1973, já se admitia, no Brasil, por praxe forense, a inspeção judicial, atualmente incluída no CPC. — art. 440 e seguintes). Um meio legítimo poderá tornar-se ilícito, se for obtido ou for produzido fora dos ditames morais; mas o meio ilícito será sempre, evidentemente, ilegítimo, porque, além de não ser estatuído em lei, ainda está maculado por qualquer ato do interessado.

4. se o ato de obtenção ou de produção for considerado "imoral" ou, nos termos de nossa lei, não for considerado "moralmente legítimo", então isso se aplica aos legítimos (estão na lei, mas usado qualquer um de modo "imoral"): e igualmente aos lícitos (não estão na lei, mas qualquer um poderá ser somente usado dentro la moral).

5. O progresso técnico é que gerou o problema, com meios que passaram a ser invocados como úteis e, até, indispensáveis para a prova de fato controvertido, mas que não eram previstos em lei, porque o legislador, ao elaborar um Código ou diploma similar, não poderia prever a invenção, como, v.g., exame de sangue; fotografias; gravações; etc. O Código de Processo Civil do Brasil, de 1973, estabelece, como meio de prova legítimo, expressamente no art. 383:

Qualquer reprodução mecânica, como o fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem for produzido lhe admitir a conformidade.

6. Nota-se, assim, que o dispositivo não prevê a impugnação (do adversário da parte que requer a produção) de um daqueles meios fundada na obtenção imoral, mas, apenas, que não esteja conforme ou não haja "conformidade" com a realidade que representa. Assim sendo, se, em que pese ao modo como foi obtido, o meio representa o fato ou coisa, de forma verdadeira, isso é, que seja a expressão da

realidade, o mesmo não se pode deixar de admitir e ser objeto da apreciação judicial, servindo no conjunto da prova ou, até, como único, se outro não existir para atestar o fato ou coisa.

7. Ninguém tem o direito de encastelar-se na mentira, na omissão, na falsidade, para obter vantagem antijurídica ou imoral, e, portanto, ilegal, conseguindo, no final, que lhe seja dado ganho de causa, reconhecido um direito que, na realidade, não merece.

O *caput* do referido art. 383 é completado com o parágrafo único, do seguinte teor: “Impugnada a autenticidade de reprodução mecânica, o juiz ordenará a realização de exame pericial.”

É evidente que a prova pericial a que será submetido o meio produzido, ante a inconformidade da parte prejudicada pelo mesmo, diz respeito apenas quanto à “autenticidade” (sic), isso é, se a reprodução é exata, correta, regular, sem adulteração, como as chamadas “montagens” em fotografias ou gravações, intercalando falsos textos ou deturpando os existentes, para favorecer o parte que usou do meio, e, *ipso facto*, lesar o adversário. De modo algum, se pode entender que a autenticidade do meio se vincule ao modo como foi obtido, ou seja, de forma moral ou imoral. A obtenção pode ter sido imoral e, pois, ilegal, e o conteúdo ser a verdadeira expressão da realidade em qualquer “reprodução mecânica” já referida ou outra que possa ser inventada, prevista na expressão “ou de outra espécie” abrindo margem para engenhos futuros, ainda não revelados pela ciência.

8. O juiz não pode abstrair-se de conhecer do fato e julgar conforme possa influir, isoladamente ou no conjunto de provas, por que sua obtenção foir considerada “imoral”, por transgredir certos postulados ou certas normas que amparam os indivíduos, e, portanto, somente por isso, deixa de ser eficaz para ser o litígio solvido. Se a parte dispuser apenas daquela prova, sem possibilidade de outra, sobre fato, que, pela natureza, não enseja, normalmente, outro meio (v.g. corrupção: adúlterio; “chantagem”, sempre realizados com “recato” e “sigilo”, com a preocupação de ocultar o mais possível), a repulsa pelo juiz poderá determinar uma sentença injusta e imoral, negando razão ao que usou de meio prova obtido “imoralmente” e dando razão ao que praticou o ato imoral e ilegal, mas cuja prova foi considerada ineficaz por ter sido conseguida fora da moral... É a negação do ideal da justiça!

9. O que importa para o juiz é fazer justiça, conforme sua convicção na apreciação da matéria de fato (fundada em prova) ou no acolhimento das questões de direito em debate. O meio de prova somente não pode ter eficácia ou validade se atesta algo que não existiu, mas

que aparenta que existiu pelos ardis, deturpações, alterações do original, como falsificar assinatura e letra; intercalar trechos; alterar texto, porque, aí sim, a atividade imoral modificou a verdade, que chegou até o juiz maculada ou, até, transformada integralmente. Nesta hipótese, não é o meio atingido, mas o conteúdo, quanto à imprestabilidade de sentido moral.

10. A tendência doutrinária brasileira é, sem dúvida, contra a validade e eficácia do meio obtido contra a "imoral", seguindo, aliás, a corrente dominante no estrangeiro. A nossa jurisprudência se mostra ainda vacilante, havendo julgados de Tribunais de Justiça a favor da admissibilidade, conforme circunstâncias especiais do caso, mas recentemente, o nosso Supremo Tribunal Federal, em dois respeitáveis arestos, não considerou válida e determinou que o Juiz proferisse sentença com os meios de que dispusesse, afastado o não considerado moralmente legítimo... Parece que, pela situação da causa e pela natureza dos fatos, o autor ficou sem prova alguma e, portanto, deve ter perdido a causa.¹ Enquanto isso, o réu, que violou preceitos de direito material, que são a base da luta judiciária, para dar a vitória à parte que merece, mas cuja infringência não pode ser "moralmente" provada, ganhou a causa, contra todos os postulados éticos que devem nortear a prestação jurisdicional, colocando o aspecto formal em segundo plano desde que o objetivo enfazer justiça.

11. Se o ato for ilegal, como invasão de domicílio ou violação do decantado direito à privacidade, então que o infrator seja responsável civil e, até, criminalmente, por seu ato ilícito e delituoso, conforme o ordenamento aplicável. Os direitos assegurados pela Constituição Federal, como é no Brasil, incluindo vedando a violação de correspondência, não podem ter o dom, e nem isso foi pretendido pelo legislador máximo, de colocar obstáculo invencível ao que possa ser favorecido por meio de prova que, aparentemente, atente contra aqueles preceitos básicos, e, por via de consequência, favorecer o que somente levanta a "imoralidade" na obtenção do meio, mas nada opõe à autenticidade e veracidade dos fatos que o mesmo atesta. Um direito não pode servir para ser uma injustiça cometida. Configurar-se-ia, no mínimo, aquela expressão tão usada, universalmente, mas sem sentido lógico - ABUSO DE DIREITO: se é abuso, não é direito, se é direito, não há abuso.

¹ *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 84, p. 609, e vol. 110, p. 798, ac. de 11.11.1977 e de 22.06.1984, Rec. Extraordinários nas. 85.439 (2a. turma) e 100.094 (1a. turma).

Mas seu alcance é compreendido, na falta de outra forma de conceito da anômala situação jurídica.

12. No Brasil, ou em qualquer outro país em que já exista regra igual ou similar ao citado art. 383 do CPC. (item n. 5), o juiz deverá dar valor ao conteúdo do meio de prova, indiferentemente ao modo como foi obtido, ainda que com violação de certos direitos conferidos em lei ordinária e, mesmo, na Constituição Federal, se disso puder resultar sentença injusta, vencido o infrator, que ficou sem prova, e vencedor o verdadeiro improbo pela transgressão de normas e preceitos de direito material. Para evitar, porém, a contorvérsia, cujos resultados são ainda contra aquele que se sentiu obrigado a obter "imoralmente" (admita-se) meio de prova contra o adversario, que ficou com as honras de vencedor na sentença (?), o melhor será preceito legal expresso, formulado segundo a técnica e os costumes de cada ordenamento, considerando eficaz e válido o meio, seja qual for o modo como foi obtido, salvo se revelar evidente afronta à pessoa como ser humano e, não apenas, como violação de direitos imponderáveis, importantes, mas, no caso, secundários para ser feita justiça, porque não afetam diretamente o indivíduo em sua integridade física e psíquica, como quando ocorrem, v.g., torturas; aplicação de drogas que, cientificamente, possam perturbar a consciência e mente da vítima; etc.

A solução, portanto, acima apontada - sem oferecer a redação de qualquer texto respectivo, pois isso é tarefa do legislador, procurando subsidios na contribuição doutrinária - poderá conciliar as duas correntes: a ortodoxa, que nega a produção; e a liberal, que admite, embora com reservas, conforme as circunstâncias do caso, mas impondo responsabilidade à quem se utilizar de meio que não seja "moralmente legítimo", se houver infringência de norma legal a respeito da atividade desenvolvida.

13. A luta judiciária não é um duelo, nem um jogo em que cada litigante se pode utilizar dos meios que melhor lhe assegure a vitória. O juiz não pode ficar sujeito a essas maquinações interesseiras para sentenciar, dando um *verdictum* falso se comparado com a realidade dos fatos. Fazer justiça é o ideal do magistrado, desde que possa conhecer lisamente, em seu conteúdo, todos os fatos debatidos, para aplicar a lei a favor de quem a mereça. Se o fato existe, mas deixa de ser conhecido, por aspectos meramente formais, e isso influir no julgamento, não haverá justiça, no sentido alcandorado do termo, mas embuste dos mais graves, porque se revela sob o pálio, embora conspurcado, do Poder Judiciário.