

BREVES CONSIDERAÇÕES ENTRE O PROCESSO COLETIVO E O PROCESSO INDIVIDUAL NO QUE TANGE AS PROVAS ILÍCITAS

Audrei Daniele Feistel Dassoler¹

Tácito Jefferson Bispo de Almeida²

Jônatas Luiz Moreira de Paula³

DASSOLER, A. D. F.; ALMEIDA, T. J. B.; PAULA, J. L. M. Breves considerações entre o processo coletivo e o processo individual no que tange as provas ilícitas. *Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR*. Umuarama. v. 14, n. 2, p. 193-206, jul./dez. 2011.

RESUMO: Este artigo teve como ponto de partida a necessidade do entendimento das provas ilícitas no processo individual e coletivo. Mostrar-se-á que o processo como ciência jurídica teve por um longo tempo a apreensão e de maneira especial o perfil de tutelas individuais, como também das coletivas, mas, é neste momento em que o Estado procura a justiça social, com a intenção de acolher às necessidades da coletividade, o Processo Civil deve se amoldar as novidades, na construção do novo modelo, ajustando os dogmas e alterando paradigmas e desenvolvendo determinadas premissas basilares, através da constitucionalização e do reconhecimento do processo, como um direito fundamental e como centro da ciência do Direito Processual no Processo Civil. O presente trabalho tem a intenção de mostrar que a prova é um regime probatório próprio, é que é admissível dar o adequado direcionamento a este instituto no que se refere às provas ilícitas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual; Provas Ilícitas; Processo Coletivo; Processo Individual.

1 INTRODUÇÃO

O instituto da prova, já há algum tempo deixou de ser disciplina coadjuvante na matéria do Processo Civil, passando hoje a representar caráter de amplo destaque, equivalendo à autoridade do Princípio do Contraditório como componente fundamental do processo, ou como componente do Princípio da Proporcionalidade, de acordo com a renúncia da austera separação entre demanda de fato e de direito.

O presente estudo tem por escopo discutir a existência das provas ilícitas no Processo coletivo e no Processo individual, e das novas discussões acerca

¹Mestranda da Universidade Paranaense.

²Mestrando da Universidade Paranaense

³Doutor, Professor da cadeira de Princípios basilares do Processo Civil e critérios de ponderação.

de um modelo de prova apropriada às novas realidades do Direito Processual brasileiro. Tendo como finalidade analisar as particularidades das provas ilícitas e dos princípios que diz respeito às lides coletivas e individuais, na tentativa de esclarecer e estabelecer os novos paradigmas das provas ilícitas no processo brasileiro.

O processo é, indubitavelmente, direito basilar, tanto no processo individual, quanto no processo coletivo, e este passar a existir para acolher as necessidades de uma sociedade maltratada, e até então desprotegida. E, o processo civil, assim como o Estado, caminhou de forma árdua por meio de determinadas etapas, com a intenção de aperfeiçoar o seu papel e seus meios de efetividade. Ou seja, o processo, evoluiu por meio do moderno Estado Democrático de Direito, que garante à sociedade, igualdade real e a efetivação dos seus direitos e suas garantias fundamentais, mediante os sistemas constitucionais contemporâneos.

O Direito Processual tem relevo como instituto histórico e tem no processo civil o escopo constitucional e em seu bojo possui princípios basilares como é o caso do princípio do devido processo legal, do contraditório, da igualdade, da liberdade, da proporcionalidade, e assim, o processo por meio do instituto da prova, deve utilizar estes princípios para que se tenha a certeza que a prova foi valorada para a efetivação dos direitos individuais e coletivos.

Importante este debate, pois, nas palavras Álvaro de Oliveira (2003, p. 267), o processo a partir de perspectivas constitucionais, representa um equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais em tensão, de conformidade com os fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e as estratégias de poder em determinado espaço social e temporal. Por isso, este estudo tem o anseio de avaliar a prova no processo civil, em particular nas lides individual e coletiva.

2 CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA

A mais antiga forma de apuração da verdade se encontra na antiga Grécia, como identificada por Foucault na obra *Iliada*, de Homero, quando este afirma em sua obra que a grande conquista da democracia grega, o direito de testemunhar, de opor a verdade ao poder, se constituiu em um longo processo nascido e instaurado de forma definitiva, em Atenas, ao longo do século V (a.C.). Este direito de opor uma verdade a um poder sem verdade deu lugar a uma série de grandes formas culturais características da sociedade grega. (FOUCAULT, 1996, p. 54)

O termo prova origina-se do latim *probatio*, com derivação verbal de *probare*, com o significado de demonstrar, reconhecer, formar juízo de. “Entende-se, assim, no sentido jurídico, a demonstração que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude

da qual se conclui por sua existência ou se afirma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado” (SILVA, 2002, p. 1253).

Na realidade, o conceito de prova não pertence a um ou outro ramo do Direito, mas sim ao pensamento científico em geral, que é utilizado para traduzir os meios que o juiz e as partes dispõem para demonstrar pretensões e resultados práticos dessa atividade.

De acordo com Carnelutti (2001, p. 50), o conceito de provas baseia-se na probabilidade da existência ou a inexistência de um fato que veio a acontecer.

Conforme salienta Barros (2002, p. 105), prova “na linguagem jurídica é manifestar, fazer patente, pôr em evidência, demonstrar a certeza de um fato ou a verdade acerca do que se alega”. O conceito da prova, nada mais é do que o ato de provar, demonstrando a verdade, gerando daí um conceito para a prova judicial, que afirma ser a confrontação da interpretação de cada parte, com os meios produzidos para avaliar.

Carnelutti (1936, p. 674) assevera que provar indica uma atividade de espírito dirigida à verificação de um juízo. Corresponde à cogitação do convencimento de outrem acerca da verdade referente a determinado fato.

Moacyr Amaral Santos (1983, p. 02) mostra que o sentido jurídico da palavra prova não se afasta muito do sentido comum e pode significar tanto a produção dos atos ou dos meios com as quais as partes ou o juiz entendem afirmar a verdade do fato alegado, quanto o meio de prova considerado em si mesmo ou até o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade.

Amauri Mascaro Nascimento (1996, p. 29) indica cinco tendências que buscam a natureza jurídica da prova:

- a) A prova é um fenômeno de direito material;
- b) A segunda é a teoria da prova como fenômeno de natureza mista, material e processual;
- c) A terceira teoria é a da natureza unicamente processual;
- d) A quarta teoria é a divisão das normas sobre a prova em normas de direito material e direito processual;
- e) A quinta, e última teoria, sustenta que a prova pertence ao direito judicial.

Lúcio Rodrigues de Almeida (1995, p. 22), compreende que provar significa estabelecer a verdade. Em linguagem jurídica, dentro dos limites do Direito Processual, prova é a demonstração da verdade dos fatos deduzidos em juízo.

A verdade, no processo, deve ser sempre buscada pelo juiz, mas o legislador, embora procure a busca da verdade, não a coloca como um fim absoluto, em si mesmo. Ou seja, o que é suficiente, muitas vezes, para a validade e a eficácia

cia da sentença é a verossimilhança dos fatos (ALVIM, 1997, p. 437).

Nas palavras de Irajá Pereira Messias (1999, p. 42), a prova na sua conceituação mais clássica, é a soma de fatos produtores de certeza, ou meio o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, como preambularmente definiu o gênio incontestável de Nicola Framino Dei Malatesta (1973, p. 88), ainda para este gênio, a prova é a relação particular e concreta entre a verdade e o convencimento racional.

Sem provas, um juiz não se pronunciará pela afirmação da hipótese aventada. O julgador é um observador dos fatos e pratica uma atividade perceptiva sobre a veracidade das provas, porque dessa veracidade depende sua decisão ao julgar.

A prova pode ser conceituada em dois sentidos, objetivo e subjetivo: o primeiro define a prova como o instrumento ou o meio hábil para demonstrar à existência de um fato, e o segundo, como a certeza originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório (THEODORO JÚNIOR, 1996, p. 414). Pode-se analisar a prova no processo civil, como a verdade objetiva que pode ser mitigada em razão do caráter predominantemente patrimonial com o qual lida.

A atividade probatória representa, indiscutivelmente, o momento mais importante e delicado do processo, pois os seus valores servem não somente à formação do convencimento de justificar, perante a sociedade, a decisão adotada (GOMES FILHO, 1997, p. 33).

A prova constitui o olho do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se profundos debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto. Porque a prova é a soma dos motivos geradores da certeza (MITTERMAIER, 1997, p. 55).

O juiz faz a crítica das provas com exatidão, julgando a sinceridade, com acurada atenção, experiência, cautela e paciência. Esse procedimento é necessário e caso as provas não se constituírem suficientes para reconstrução correta dos fatos da causa, caberá então ao juiz evitando no momento de dúvida, que a incerteza corresponda a prejuízo à parte interessada.

A prova relacionada ao processo está intimamente ligada à função de estabelecer a verdade dos fatos pela reconstrução destes na formação do provimento jurisdicional, pois, no Estado Democrático de Direito, o reconhecimento de um verdadeiro direito à prova enfatizam os aspectos das garantias na instrução do processo, resguardando, primordialmente, os direitos fundamentais do homem.

3 PROVA ILÍCITA

A partir da Constituição de 1988, o tema das provas ilícitas assumiu nova dimensão no sistema brasileiro, o que antes eram apenas construções doutrinária e jurisprudenciais, passou a integrar o processo constitucional, em regra expressa inserida na Lei Maior. Apesar da aparente singeleza do art. 5.º, LVI, da Constituição Federal, que prescreve a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos, várias questões ficam em aberto, como, por exemplo, a aceitabilidade, ou não, do princípio da proporcionalidade e a compreensão, ou exclusão, da vedação constitucional, das denominadas “provas ilícitas por derivação” (AVOLIO, 1999, p. 17).

As prova ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas, pois, conforme já analisado, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao Direito Processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies provas ilícitas e ilegítimas, configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico (MORAES, 1997, p. 255).

A prova ilícita é, toda aquela que viola direitos imprescindíveis à dignidade do homem, como a honra, a inviolabilidade de domicílio, de correspondência, de comunicação e o direito a integridade física.

A renomada processualista Ada Pellegrini Grinover (2001, p. 131) entende por prova ilícita, a prova colhida com infringência às normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e especialmente dos direitos de personalidade e mais especificamente do direito à intimidade.

Como afirma Moreira (1997, p. 109), deve prevalecer em qualquer caso o interesse da Justiça no descobrimento da verdade. Mas, é importante que o direito não prestigie o comportamento antijurídico, nem consinta que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegitimamente obtida.

Como afirma Tourinho Filho (2000, p. 234):

Na verdade, se a inadmissibilidade das provas ilícitas está no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais do homem, não pode repugnar à comum consciência jurídica o fato de a defesa conseguir por meio ilícito prova que demonstre a inocência do imputado. Poder-se-á, então, dizer: *male captum, bene retentum* (...) “É preciso que nos pratos afilados da balança sejam pesados os bens jurídicos envolvidos, e, à evidência, a tutela do direito de liberdade do indivíduo “*es un valor más importante para la sociedad*” que a tutela do outro bem protegido pela proteção do sigilo. Assim, uma interceptação te-

lefônica, mesmo ao arrepio da lei, se for necessariamente essencial a demonstrar a inocência do acusado, não pode ser expungida dos autos. Entre o sigilo das comunicações e o direito de liberdade, este supera aquele.

Os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante a convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. As grandes linhas evolutivas dos direitos fundamentais, após o liberalismo, acentuaram a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inserido na sociedade. De tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado social de direito, tanto os direitos como as suas limitações (GRINOVER, et al, 2001, p. 127-128).

Mas, hoje existe entendimento da aceitação do princípio da proporcionalidade e da ponderação quanto à inadmissibilidade da prova ilícita quando forem a única forma de defesa do réu, a doutrina já admite sua aplicação.

De acordo com Alexandre de Moraes (2002, p. 43), com base no princípio da Proporcionalidade, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização.

A teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou dos frutos da árvore envenenada, tem encontrado limitações na doutrina nacional e estrangeira e pela própria Corte Suprema norte-americana: têm elas sido excepcionadas da vedação probatória quando a conexão com a prova ilícita é tênue, de maneira a não se colocarem como causa e efeito; ou, ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam, de qualquer modo, ser descobertas por outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em *"independent source"* e, no segundo, na *"inevitable discovery"* (ALVES, 2005, p. 152-153), porque a prova ilícita poderá ser utilizada desde que a liberdade pública sacrificada para obtenção dessa prova seja menos relevante do que o direito que será protegido por meio da prova ilícita.

Importante a ponderação sobre a utilização da prova ilícita, pois, a atividade probatória e seus resultados desempenham, com efeito, nítida função de persuasão sobre a sociedade, indicando que as decisões judiciais, fundadas que são em provas, são verdadeiras e, por isso, justas, constituindo em outras palavras, um mecanismo de legitimação, por meio do qual a decisão deixa de parecer arbitrária para torna-se aceitável.

4 PROVA ILÍCITA NO PROCESSO COLETIVO E PROCESSO INDIVIDUAL

Direitos individuais são aqueles do indivíduo independente. É nomenclatura usada na Constituição para explicar o conjunto dos direitos fundamentais concernentes à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade.

Os direitos coletivos surgiram com uma finalidade eminentemente processual, para garantir tutela a uma gama de situações jurídicas que, apesar de tuteladas pelo direito, não eram passíveis de ajuizamento nos tribunais, de garantia processual e de juízo, que esses direitos surgiram e se configuraram no novo ramo do processo coletivo. O Título III do CDC, que trata exatamente da tutela do consumidor em juízo, ao conceituar os direitos coletivos *lato sensu* efetuou a certificação de sua natureza híbrida, direitos no meio do caminho entre o direito material e o direito processual (DIDIER JR, 2009, p. 85).

De acordo com Moraes (2004, p. 45), na Constituição encontram-se os direitos individuais e coletivos a partir do art. 5º, no título dos Direitos e Garantias Fundamentais, entendendo os direitos individuais na Constituição:

- a) Direitos individuais explícitos, os enunciados explicitamente no artigo 5º;
- b) Direitos individuais implícitos, os subentendidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito à atuação geral (art. 5º, II); e
- c) Direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil, os quais não são nem explícita nem implicitamente enumerados.

E, como direitos coletivos:

- a) Caracterizados como direitos sociais – a liberdade de associação profissional e sindical (arts. 8º e 37, VI);
- b) O direito de greve (arts. 9º e 37, VII);
- c) O direito de participação de trabalhadores e empregadores nos colegiados de órgãos públicos (art. 10);
- d) A representação de empregados junto aos empregadores (art. 11);
- e) O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225);
- f) Como instituto de democracia direta nos arts. 14, I, II, III, 27, § 4º, 29, XIII, e 61, § 2º;
- g) Como instituto de fiscalização financeira, no art. 31, § 3º;
- h) As liberdades de reunião e de associação (art. 5º, XVI a XX);
- i) O direito de entidades associativas de representar seus filiados (art. 5º, XXI);
- j) Direitos de receber informações de interesse coletivo (art. 5º, XX-

XIII) e de petição (art. 5º, XXXIV, a) restaram subordinados à rubrica dos direitos coletivos.

Além de leis próprias como: Lei de Ação Popular – Lei no. 4717/65; Lei de Ação Civil Pública – Lei no. 7347/85; Código de Defesa do Consumidor – Lei no. 8078/90; dentre outras como a Lei de Improbidade Administrativa - Lei no. 8429/92; o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei no. 8069/90; e o Estatuto do Idoso - Lei no. 10741/2003.

Preciosa a lição de Artur Cortez Bonifácio (2004, p. 52), para melhor esclarecer o alcance destes institutos e a natureza jurídica dos direitos fundamentais, explicitando seu caráter essencialmente dúplice:

[...] têm a natureza jurídica de disposições constitucionais reveladoras de direitos individuais e coletivos deflagrados nas dimensões subjetivas e objetivas, ou seja, em benefício de situações isoladas ou no interesse público. Daí a dupla fundamentação dos direitos fundamentais. Subjetivamente quando se refere à importância que tem para a vida do indivíduo, os seus interesses, a sua personalidade, a liberdade, ideais e direitos. Vislumbramos, por outro lado, fundamentação objetiva ao situá-lo em defesa do interesse público, da vida da comunidade, (BONIFÁCIO, 2004, p. 52

Hoje, se reconhece que os titulares de direito individual não são mais o único objeto das relações jurídicas. Apesar do Código Civil de 1916, procurar expressamente acabar com as ações coletivas, código privado que era de índole individualista, com a disposição de seu art. 76, fechando o caminho da ação popular, permitida pelo Direito Romano Justiniano, e aqui admitida em razão da vigência no país das Ordenações Portuguesas (ZANETTI, 2001, p. 44). A tensão entre indivíduo e grupo, no Iluminismo, é resolvida em favor do indivíduo, que, acreditava-se, tinha condições de garantir seus direitos, suas potencialidades. Em razão disso, ações de grupo eram consideradas uma usurpação do direito de ação do indivíduo (MAZZEI, 2006, p. 15).

Os direitos coletivos *lato sensu* encontram-se a meio caminho do direito processual e direito material, que passaram a existir em réplica a necessidades da vida e do progresso social. O Direito Coletivo defende o interesse do indivíduo, mas de forma coletiva. Por isso, que de forma geral, pode-se observar que o processo individual e coletivo, entre outras coisas, difere na quantidade de indivíduos, pois, ambos têm seus direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, apesar de que o Processo coletivo permite apenas a aplicação residual do Código de Processo Civil. Lógico, que se sabe que tem diferenças, mas de um modo geral, ambas buscam a efetividade dos direitos, sejam estes individuais ou

coletivos.

Sobre os questionamentos acerca da prova ilícita, existe um amplo alvoroço, porque, por um lado sustenta-se a inadmissibilidade dessa prova, por haver princípio constitucional consagrado pelo art. 5º, inc. LVI, que assegura a sua inadmissibilidade, por outro lado, existe o pensamento doutrinário de que a prova, mesmo contaminada, deva ser acolhida em nome da liberdade de provar e da magnitude do direito ao livre convencimento. Daí da importância e o relevo que assume o modo pelo qual as provas são obtidas e incorporadas ao processo, porque em ambos os processos, sem uma rigorosa obediência a determinados preceitos éticos e jurídicos, corre-se o risco de sacrificar valores fundamentais à convivência social, em nome da apuração da verdade processual.

É certo que hoje, com os novos paradigmas processuais as mudanças de interpretação e as reformas dão-se, especialmente, em razão da tensão entre efetividade e segurança. E diferente não é com a prova. Contudo, alguns fatores, na conjuntura atual acabam por determinar “maior prevalência do valor da efetividade sobre o da segurança” e, como cita a doutrina, um desses fatores é “a mudança qualitativa dos litígios trazidos ao Judiciário, numa sociedade de massas, com interesse de amplas camadas da população, a tornar imperativa uma solução mais rápida do processo e a efetividade das decisões judiciais (ÁLVARO DE OLIVEIRA, 2009, p. 16).

Para Ada Grinover (2001), é preciso ficar atento para as limitações impostas à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou dos frutos da árvore envenenada, pelo próprio Supremo norte-americano e pela doutrina internacional: excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre uma e outra é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito; ou, ainda, quando as provas derivadas das ilícitas poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira, significando que se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas, ou se estas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo.

Este é o entendimento da Suprema Corte norte-americana que tem acolhido exceções para alguns de seus ministros no emprego da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*). Também, existem alguns casos no sistema brasileiro, em que a prova ilicitamente adquirida, seja no processo coletivo ou individual, poderá ser aproveitada desde que a liberdade pública violada para a aquisição dessa prova seja menos relevante do que o direito que será protegido por meio desta prova.

Na conjunção do Estado Democrático de Direito, efetividade e acesso à justiça só se observam com a garantia de uma “completa “igualdade de armas. Na sistemática processual essa participação é identificada, principalmente, pela

aplicação do princípio do contraditório. Contudo, em matéria de processos coletivos, a extensão do princípio não se encerra aí. Neles deve se pressupor que, além da amplitude participativa do debate judicial, desenvolvida por meio do contraditório, o direito à participação resolve-se pelo próprio processo. Ora, isso quer dizer que a permissão de acesso à justiça pelos cidadãos utilizada as ações coletivas e populares é “autêntica via de participação popular”, é representação da democracia participativa e “incremento da participação direta no poder e na vida social” (MARINONI, 2006, p. 429).

Morello (1998, p. 04), ao descrever o processo justo ressalta a existência de um direito fundamental à prova, direito constitucional de provar, prerrogativa que “se traduz em defender-se provando”. A subtração desse direito do conteúdo da defesa afeta essa outra garantia ou direito fundamental. Esse mesmo autor vai mais além, quando diz que “toda limitação a provar há de ser, de um lado, justificada (como exige a Constituição alemã) e, ademais, que esta constrição ou o modo de exercê-la deve ser, também, razoável”. Lembra, ainda, de que no estudo da prova deve se ter atenção ao dever de colaboração das partes, sempre em função da necessidade pública de se atingir um resultado justo.

Encontrando um ponto de equilíbrio entre a admissibilidade ou não da prova ilícita no processo aparece à chamada teoria da proporcionalidade, que busca equilibrar o interesse da sociedade em descobrir a verdade e a necessidade de se defender os direitos fundamentais do cidadão. Embora reconheça a inconstitucionalidade da prova ilícita, busca sopesar os bens jurídicos envolvidos, determinando uma proporção entre a infringência da norma na coleta da prova e os valores que a sociedade busca preservar por meio dessa prova (ARANHA, 1999, p. 55).

O mais importante, atualmente, é o julgamento do magistrado, pois, este tem a ampla liberdade pela busca incessante para reconstruir o fato da forma mais próxima à realidade, sendo concedida ao julgador a liberdade para que este contemple e valorize as provas apresentadas. E este deve fundamentar os motivos do seu convencimento, em consonância aos pilares de um processo alinhado com a proteção dos direitos fundamentais do cidadão ou de toda uma sociedade.

5 CONCLUSÃO

O Direito Processual como instrumento de realização do Direito Pleno, deve ter o seu andamento pautado pelos princípios norteadores do estado de Direito, notadamente a legalidade, o contraditório e a ampla defesa.

A orientação do Direito Processual moderno procura conferir-lhe, cada vez mais, um aspecto garantista, no sentido de que o próprio processo civil se torne uma garantia constitucional, seja no processo individual ou coletivo.

Dentro dessas garantias, sobreleva a inadmissão das provas ilicitamente obtidas, como das mais categóricas em favor dos acusados em processo, dando o art. 5º LVI a impressão de que sua formulação não admite exceções.

Todavia, superando o texto isolado e colocando dentro do sistema de valores constitucionalmente protegidos, não há de afastar a mitigação, em casos excepcionais, da vedação, permitindo não somente a admissão com cautela, mas também a própria valoração da prova ilícita. Até porque é admissível argumentar em prol da aplicação da teoria da proporcionalidade, como método de ponderação de interesses colidentes.

Para tanto se deve fazer uma ponderação dos valores em conflito no processo: o interesse estatal entre o interesse individual e o interesse coletivo. Essa ponderação, por exigir uma análise contextual e sistemática do texto constitucional, somente pode ser feita em casos excepcionais, que a justifiquem, mantidos os parâmetros para a controlabilidade da decisão.

Entende-se que não existe direito absoluto, seja ele no processo individual ou no processo coletivo, nem mesmo quando se trata de direitos fundamentais, impondo o princípio da convivência das liberdades limites ao seu exercício, permitindo assim, que se chegue à concordância prática e à harmonia dos direitos constitucionais na questão da utilização de uma prova ilícita.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, L. R. de. **Prova trabalhista**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

ALVIM, A. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 2.

ALVARO DE OLIVEIRA, C. A. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: _____. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVES, R. A. **Processo penal**. Brasília: Fortium, 2005.

ARANHA, A. J. Q. T. C. de. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

AVOLIO, L. F. T. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas e gravações clandestinas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARROS, M. A. de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BONIFÁCIO, A. C. **Direito de petição**: garantia constitucional. São Paulo: Método, 2004.

CARNELUTTI, F. **Como se faz um processo**. Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2001.

CARNELUTTI, F. **Sistema de derecho procesal civil**. Padova: Cedam, 1936. v. 1.

DIDIER JUNIOR, F.; ZANETI JUNIOR, H. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 4.

FOUCAULT, M. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

GOMES FILHO, A. M. **Justiça penal**: críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual. Coordenador Jaques de Camargo Penteado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, A. P.; SCARANCE FERNANDES, A.; GOMES FILHO, A. M. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MALATESTA, N. F. D. **A lógica das provas em matéria criminal**. 2. ed. São Paulo: Livraria Teixeira, 1973.

MARINONI, L. G. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

MAZZEI, R. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In: GOMES JUNIOR, L. M.; SANTOS FILHO, R. F. (Coord.). **Ação popular**: aspectos relevantes e controvertidos. São Paulo: RCS, 2006.

MESSIAS, I. P. **Da prova penal**. Campinas: Bookseller, 1999.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Tradução. Herbert Wuntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997.

MORAES, A. de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002

_____. **Constituição do Brasil interpretada e legislação Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, J. C. B. **Temas de direito processual penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MORELLO, A. M. **Constitución y proceso**: la nueva edad de las garantías jurisdiccionales. La Plata: Librería Editora Platense; Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

NASCIMENTO, A. M. **Curso de direito processual do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTOS, M. A. **Prova judicial no civil e no comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 3.

TOURINHO FILHO, F. da C. **Processo penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ZANETI JUNIOR, H. **Mandado de segurança coletivo**: aspectos processuais controvertidos, Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001.

BRIEF CONSIDERATIONS BETWEEN THE INDIVIDUAL CASE AND COLLECTIVE PROCESS AS ILLEGAL EVIDENCE

ABSTRACT: This article had as its starting point the need for understanding of the illegal evidence in the personal and collective process. It will show that the process as legal science had the concern and especially the profile of individual tutelage for a long time, but also the collective ones; however, it is at this time, when the state seeks social justice to accommodate the needs of the community,

that the Civil Procedure should shape the news in the construction of the new model, adjusting and changing paradigms and dogmas developing certain basic assumptions, and through the constitutionalization of the process, as a basic right and center Science Procedural Law on Civil Procedure. This paper intends to show that the evidence is probation itself, it is permissible to give adequate direction to the institute regarding the illegal evidence.

KEYWORDS: Procedural Law. Evidence Illicit. Collective Process. Individual Process.

BREVES CONSIDERACIONES ENTRE EL PROCESO COLECTIVO Y EL PROCESO INDIVIDUAL CON RESPECTO A LAS PRUEBAS ILÍCITAS

RESUMO: Este artículo tiene como punto de partida la necesidad de comprensión de las pruebas ilícitas en el proceso individual y colectivo. Demostrará que el proceso como ciencia jurídica ha tenido por largo tiempo la aprensión, y de manera especial, el perfil de tutelas individuales, como también de las colectivas, pero, es en este momento en que el Estado busca la justicia social, con la intención de acoger las necesidades de la colectividad, el Proceso Civil debe amoldarse a las novedades, en la construcción del nuevo modelo, ajustando los dogmas y alterando paradigmas y desarrollando determinadas premisas basilares, por medio de constitucionalización y del reconocimiento del proceso, como un derecho fundamental y como centro de la ciencia del Derecho Procesual en el Proceso Civil. Esta Investigación busca señalar que la prueba es un régimen probatorio propio, siendo admisible dar el adecuado direccionamiento a este instituto, en lo que se refiere a las pruebas ilícitas.

PALABRAS CLAVE: Derecho Procesual. Pruebas Ilícitas. Proceso Colectivo. Proceso Individual.