

O REGIME DAS NULIDADES PROCESSUAIS E AS PROVAS ILEGAIS

Bernardo Monteiro Ferraz

Juiz Federal da Seção Judiciária de Pernambuco
Juiz instrutor perante o Superior Tribunal de Justiça
Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

INTRODUÇÃO

A consolidação do projeto do Estado de Direito é uma das grandes conquistas civilizatórias modernas. Por meio dele, busca-se o ideal de que a atuação das instituições que corporificam o poder estatal, pautada necessariamente pela legalidade – modernamente compreendida como juridicidade –, restará afastada do abuso, seja o decorrente da quebra dos paradigmas da impessoalidade e da isonomia, seja o oriundo da eleição arbitrária da regra jurídica incidente.

Neste novo projeto de maturidade institucional, mais do que a noção do *bom* – compreendida aqui como a eleição subjetiva, pessoal, da solução adequada ao caso posto em discussão, em relação ao qual as normas jurídicas serviriam como mero instrumento –, promove-se a noção de *correto* – no qual a solução jurídica não é produto da escolha discricionária dos agentes do Estado, mas sim fruto das “regras do jogo” procedimentais e materiais, na forma de regras e princípios justificados por meio de adequada motivação.

A discussão acerca das provas ilegais insere-se em tal contexto, com particular relevância.

Em que pesem as diversas acepções do vocábulo prova, inclusive na linguagem jurídica, põe-se aqui o foco em seu caráter objetivo, tanto como caracterizador da atividade probatória quanto dos meios de prova disponíveis aos atores processuais. Em ambos os casos, porém, incidem as proibições de prova, como forma de estabelecer uma moldura dentro da qual a atividade estatal legitimamente se desenvolverá.

Posta a premissa segundo a qual a atividade processual probatória, enquanto manifestação do poder estatal, deve obedecer a determinados limites, cujas fronteiras permanecem ponto de debate doutrinário e jurisprudencial, surge a pergunta sobre a qual se debruça o presente trabalho: às provas ilegais, gênero do qual as provas ilícitas e ilegítimas são espécie, aplica-se o regime de nulidades processuais previsto no Código de Processo Civil?

Desde logo, é essencial lançar luz ao seguinte ponto: a conclusão a favor ou contrária à aplicabilidade do regime legal de nulidades às provas ilegais não condiciona a posição sobre a possibilidade de sua utilização no processo civil. Em outras palavras, reconhecer ou rejeitar a incidência do regime de nulidades processuais representa apenas uma etapa prévia: a delimitação da categoria dogmática dentro da qual ocorrerá o debate.

A proposta do estudo é, por meio da classificação, reconduzir a discussão sobre as provas ilegais às respectivas categorias da Teoria Geral do Fato Jurídico.

1. SOBRE A COMPREENSÃO DO FATO JURÍDICO

A Teoria Geral do Fato Jurídico corresponde à análise do alicerce do mundo jurídico, à discriminação das espécies de fatos tidos por jurígenos, sendo, portanto, indiscutível sua importância central para qualquer ramo do Direito. Embora tal constatação seja evidente, fato é que o tema, nas últimas décadas, despertou pouco interesse nos estudiosos¹.

1 Ao tratar especificamente sobre a distinção entre negócio jurídico e ato jurídico em sentido estrito, em crítica passível de ser generalizada à Teoria Geral, aponta Menezes Cordeiro para a perda de precisão terminológica, ao afirmar que “esta ideia surge repetidamente nos diversos autores, até hoje, ainda que, por vezes, tenha perdido a clareza inicial. Parece, no entanto, evidente o desinteresse que a matéria vem merecendo, desde a primeira metade do século XX.”

A observação acima nos remete à ideia da existência de um espaço próprio do Direito, que se apropria de parcelas da realidade fática para lhes conferir regramento jurídico. Não se está aqui a defender a presença de uma Ciência asséptica, imune à realidade da vida. Muito ao contrário: está-se a defender que entre ambas há uma conexão, uma porta de passagem, manifestada pela incidência da norma. O mundo jurídico, entretanto, não faz parte do mundo da causalidade física, mas sim do mundo do dever-ser, orientado por uma lógica própria.

Nas palavras de Marcos Bernandes de Mello², “na sua finalidade de ordenar a conduta humana obrigatória, o direito valora os fatos e, através das normas jurídicas, erige à categoria de fato jurídico aqueles que têm relevância para o relacionamento inter-humano”. Assim é que, embora os fatos jurídicos advenham dos eventos sociais, nem todo evento receberá dita qualificação.

Com maestria, sintetiza Pontes de Miranda:³,

Em passagem cuja excelência justifica a citação: “o mundo jurídico confina com o mundo dos fatos (materiais, ou enérgicos, econômicos, políticos, de costumes, morais, artísticos, religiosos, científicos), donde as múltiplas interferências de um no outro. O mundo jurídico não é mais do que o mundo dos fatos jurídicos, isto é, daqueles suportes fáticos que logram entrar no mundo jurídico. A soma, tecido ou aglomerado de suportes fáticos que passaram à dimensão jurídico, ao jurídico, é o mundo jurídico. Nem todos os fatos jurídicos são idênticos. Donde o problema inicial de os distinguir e de os classificar.

A lição acima, devidamente compreendida, autoriza o jurista a perceber a singela – porém decisiva – diferença entre cada um dos elementos que compõem o fato jurídico.

(CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I – Parte Geral, tomo I. 2ª ed., Coimbra, Almedina 2000, p. 298).

2 MELLO, Marcos Bernandes. *Teoria do Fato Jurídico*. 3.ed. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 23.

3 MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Geral. Tomo II. Bens. Fatos Jurídicos*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, p. 183.

Afastando-se das lições tradicionais, que definem o fato jurídico como sendo “o evento a que a norma jurídica atribui efeitos de direito”⁴, a concepção de Pontes de Miranda serve de norte para um exame mais detalhado da figura, fornecendo um instrumental apto a promover uma mais adequada ordenação do tema.

Para tanto, antes de apresentar um conceito do fato jurídico, mostra-se essencial examinar os elementos que compõem a norma jurídica, sendo estes o suporte fático e o preceito.

O suporte fático se refere ao elemento da norma relacionado ao mundo fático, aos acontecimentos da vida real, podendo se referir (a) tanto à descrição abstrata da conduta, ao enunciado lógico, (b) quanto ao evento da vida já materializado, ocorrência efetiva no mundo do ser, portanto, ao suporte fático concretizado⁵.

Tais acontecimentos da vida são múltiplos. É possível ao Direito eleger determinado evento natural – acontecimentos cuja caracterização, descrição, independe da conduta do homem – ou conduta humana como suporte fático da norma. Quando se trata de conduta humana, é igualmente possível à norma lançar luz sobre elementos volitivos, ou não⁶, bem como sobre dados psíquicos ou valorativos, como sói ocorrer, por exemplo e respectivamente, com a ignorância do vício que inquinava a posse⁷ ou ao juízo de conformidade com o padrão normal da atuação na boa-fé objetiva.

Importa, porém, atentar que o suporte fático não se confunde com o acontecimento da vida real, o fato real, nem tampouco com o fato jurídico.

Os fatos reais são, em grande maioria, complexos. A depender da perspectiva sobre a qual apreciados, múltiplas são as particularidades fáticas – o relevo que cada aspecto recebe –, as motivações dos agentes atuantes, no caso das condutas, e a causalidade naturalística deles decorrentes. À norma, pois,

4 CARVALHO FERNANDES, Luís. *Teoria geral do direito civil. Volume III*. Facto. Lisboa, p. 5.

5 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico*. 3.ed. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 54.

6 Escolha esta decisiva na identificação do fato jurídico como ato jurídico em sentido lato.

7 Elemento central na avaliação sobre a boa ou má-fé do possuidor, nos termos do art. 1260.1, do Código Civil português, e art. 1.201, do Código Civil brasileiro.

cabe selecionar os pontos considerados relevantes, erigindo-os à categoria de suporte fático.

Conforme observa Karl Engisch:

Nas regras jurídicas, não é uma situação de fato em si dada que é conceitualmente fixada e tornada objeto de enunciados cognitivos, mas, antes, as situações da vida que são demarcadas e por assim dizer recriadas (...) como pressupostos de certas consequências jurídicas⁸.

Como elucidativo exemplo, Pontes de Miranda traz a questão da morte, enquanto dela não se tem notícia⁹.

Desenvolvendo o exemplo trazido pelo ilustre jurista, imaginemos a situação do indivíduo que, viajando sozinho para país distante, venha a óbito. A morte, enquanto fato real, possui identidade espacial e temporal: ocorre em determinado momento e lugar. Entretanto, enquanto não sabida, não se realiza o suporte fático que desencadeia os efeitos da morte. É possível, ao contrário, que estejam presentes os elementos do suporte fático do instituto da ausência.

No mundo do Direito, portanto, o evento morte nunca adentrou, pois é sobre o suporte fático, e não sobre o fato real, que incide a norma. Daí se tem o primeiro equívoco das conceituações tradicionais, pois o fato jurídico não advém do evento, mas sim da parcela do evento selecionada como relevante pelo suporte fático da norma.

Da mesma forma, compreender que o suporte fático não se confunde com o fato real permite melhor assimilar as diferentes categorias, espécies, de fatos jurídicos. Desde logo, porém, merece atenção a lição de que a norma elege determinados aspectos do fato da vida, sendo a classificação dos fatos jurídicos realizada à luz da descrição do suporte fático, e não das circunstâncias do fato real.

8 Apud NEVES, Marcelo da Costa Pinto. (1984). *A incidência da norma jurídica e o fato jurídico*. Revista de Informação Legislativa. Ano 21. n. 84: p. 274.

9 MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Geral. Tomo II. Bens. Fatos Jurídicos*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, p.191.

Superada a análise do suporte fático, avança-se para o segundo elemento da norma, qual seja o preceito.

Cabe ao preceito estabelecer as consequências jurídicas da incidência, o efeito possível do fato jurídico. Tais efeitos vão além do esquema simplista da atuação sobre direitos e deveres, da previsão de eficácias relacionadas à criação, modificação, transmissão ou extinção destes.

A eficácia jurídica, em verdade, alcança toda e qualquer consequência da norma, abrangendo desde a previsão de ações e exceções até a simples qualificação de uma situação jurídica.

A partir das colocações acima, leciona Marcos Bernardes de Mello¹⁰

Composto o seu suporte fático suficiente, a norma jurídica incide, decorrendo daí a juridicização. A incidência é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico.

Sendo produto da incidência sobre parcela da realidade, não deve espantar o jurista a circunstância de um mesmo evento da vida real, apreciado sob o influxo de diferentes suportes fáticos – parcial ou integralmente coincidentes, diga-se de passagem –, acarretar o surgimento de fatos jurídicos diversos.

A norma jurídica, portanto, incide sobre o suporte fático, dando origem ao fato jurídico. Trata-se da chamada *eficácia legal*.

O fato jurídico, por sua vez, possui a potencialidade de produzir os efeitos jurídicos previstos no preceito da norma, ou seja, a potencialidade de *eficácia jurídica*¹¹. Não deixa de ser fato jurídico, portanto, aquele cuja potencialidade dos efeitos nunca vem a se realizar, como pode acontecer do negócio jurídico sujeito a condição suspensiva que não sobrevém. O fato jurídico, portanto, não é o evento que produz efeitos jurídicos, pois estes podem nunca se verificar.

10 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico*. 3.ed. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 73.

11 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Volume 1*. 12. ed. Salvador: Jus-Podium, 2014, p. 529.

Firme nas colocações acima, temos que o fato jurídico é o produto da incidência da norma sobre o suporte fático, cuja consequência é o ingresso daquele no mundo jurídico, com aptidão para produzir efeitos jurídicos. Nas palavras da autorizada doutrina, “a norma jurídica, deste modo, adjetiva os fatos do mundo, conferindo-lhes uma característica que os torna espécie distinta dentre os demais fatos: o ser fato jurídico”¹².

Em atenção à teoria de Pontes de Miranda, à entrada no mundo jurídico corresponde ao primeiro dos três planos da experiência jurídica, o plano da existência, o qual é seguido – em relações não necessariamente cumulativas¹³ – dos planos da validade e da eficácia.

Os planos da validade e da eficácia, centrais no deslinde do tema ao qual o presente trabalho se dedica, serão oportunamente abordados. Antes, ainda no plano da existência, cabe identificar e classificar as espécies de fatos jurídicos.

Para promover qualquer classificação, é necessário estabelecer critérios distintivos, aptos, ao mesmo tempo, a identificar a categoria e a distinguir das semelhantes.

Nessa tarefa, a doutrina portuguesa, sob a influência da doutrina alemã, tende a classificar os fatos jurídicos *lato sensu* em apenas duas categorias, tendo como critério de discriminação “a dependência do evento do espírito humano”¹⁴: os fatos jurídicos em sentido estrito e os atos jurídicos.

Dentro da primeira categoria se inserem tanto eventos próprios da natureza, quanto condutas humanas subtraídas do elemento volitivo¹⁵. É na segunda, entretanto, que se desenvolve o exame dos fatos jurídicos que mais atenção recebem do Direito Civil, quais sejam o ato jurídico em sentido estrito e, com destacada relevância, o negócio jurídico.

12 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico*. 3.ed. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 25.

13 Portanto, ingressando no mundo jurídico, o fato jurídico é, estando no plano da existência. A partir de tal pressuposto, as relações são diversas, e um fato jurídico pode: a) existir, ser válido e eficaz; b) existir, ser inválido e eficaz; c) existir, ser válido e ineficaz; d) existir, ser inválido e ineficaz; e) existir e ser eficaz.

14 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil Teoria Geral. Volume II*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 10.

15 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I – Parte Geral, tomo I, 2ª ed., Coimbra, Almedina 2000, p. 293.

Mencionada classificação, em que pese a excelência dos juristas que dela se valem, não passa ao largo das críticas.

A simples menção à colocação, sob a mesma categoria dos fatos jurídicos em sentido estrito, de eventos naturais e condutas humanas já aponta para a potencialidade de induzir a equívocos, reduzindo a capacidade da classificação de alcançar seu maior desiderato: constituir um instrumento de simplificação da realidade complexa, um norte para a aplicação dos institutos jurídicos adequados à espécie. Ademais, a classificação portuguesa nenhum espaço confere à expansão da análise dos chamados atos-fatos jurídicos.

Merece relevo e acolhida, portanto, a classificação proposta por Pontes de Miranda, cuja construção repousa na presença, ou não, de dois elementos centrais no suporte fático da norma jurídica: a) a conformidade do fato jurídico com o direito; b) a presença de ato humano volitivo¹⁶.

Um primeiro ponto a ser abordado, ainda na seara da análise geral, diz respeito à inclusão, dentre os fatos jurídicos, dos fatos ilícitos, tema outrora bastante controvertido.

Conforme afirma José de Oliveira Ascensão¹⁷, em texto do ano de 1999, “até este século não se pensou assim. O acto jurídico era somente o acto lícito. Porque o acto ilícito não poderia ser considerado acto de direito. Só quando se passou a fazer equivaler o acto jurídico ao acto produtor de efeitos jurídicos se ultrapassou o âmbito dos actos lícitos”.

Evidência de tal concepção restritiva pode ser encontrada na letra do art. 81 do antigo Código Civil brasileiro, que assim dispunha: “*Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico*”.

Entretanto, a superação de tal posicionamento passa pela compreensão de que os vocábulos jurídico e lícito não possuem o mesmo significado.

A juridicidade de um determinado fato advém não da conformidade com o direito, mas sim da incidência da norma jurídica sobre o suporte fático. Uma vez superado o plano da existência – ou seja, uma vez adentrando os

16 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico*. 3.ed. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 115.

17 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil Teoria Geral. Volume II*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 17.

portões do mundo jurídico –, o fato é qualificado como jurídico, seja lá qual for a eficácia jurídica atribuída pela norma, inclusive se esta atua com o fim de desconstituir seus efeitos ou sancionar o agente responsável ou imputável.

Por outro lado, as locuções ato e fato são, respectivamente, utilizadas no sentido de indicar a presença, ou não, de conduta humana como elemento central do suporte fático.

A partir de tais critérios, surgem as diferentes espécies de fatos jurídicos: a) fato conforme o direito: a.1) fatos jurídicos *stricto sensu*; a.2) ato-fato jurídico; a.3) ato jurídico *lato sensu*, cujas espécies são o ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico; b) fato desconforme o direito: b.1) fato *stricto sensu* ilícito; b.2) ato-fato ilícito; b.3) ato ilícito.

Diante da necessidade de circunscrever o objeto do presente trabalho, não é possível abordar cada uma das espécies acima, sendo necessário avançar para a análise do campo da validade, próprio do regime das nulidades.

2. O PLANO DA VALIDADE E OS FATOS ILÍCITOS

O exame das diferentes categorias dos fatos jurídicos, acima empreendida, constitui a análise do plano da existência. Como dito, existir para o Direito é ingressar no mundo jurídico, fenômeno decorrente da ocorrência, no mundo real, do evento ou da conduta cujos elementos tenham sido erigidos a suporte fático de uma norma jurídica, que sobre eles incide.

O mundo jurídico, porém, não se esgota na existência. Como etapas posteriores na análise do fenômeno jurídico, sendo a existência pressuposto, surgem também os planos da validade e da eficácia, estes com relação não necessariamente complementar.

Existir para o mundo do Direito, portanto, é reunir os elementos centrais, o cerne do suporte fático. Estando estes presentes, a validade dialoga com a perfeição de tais elementos, eis que tal juízo de valor influencia – embora não condicione de maneira irrefutável – sua aptidão para produzir efeitos jurídicos, sua eficácia.

Um fato que existe e é válido, em geral, produzirá efeitos. Um fato existente e inválido, sofrerá impactos em sua eficácia: se nulo, não produzirá

efeitos; se anulável, produzirá enquanto não sobrevenha decisão judicial desconstitutiva.

Merecem destaque, sobre o tema dos planos do mundo jurídico, as palavras de Pontes de Miranda¹⁸: “Para que o ato jurídico possa valer, é preciso que o mundo jurídico, em que se lhe deu entrada, o tenha por apto a nêle atuar e permanecer. É aqui que se lhe vai exigir a *eficiência*, quer dizer – o não ser deficiente; porque aqui é que os seus efeitos se terão de irradiar (*eficácia*). A sua eficiência é a afirmação de que seu suporte fático não foi deficiente”.

Mas se os planos da validade e da eficácia não possuem relação necessária, todo fato jurídico em sentido lato comporta tal exame? A resposta é negativa para o plano da validade.

Em se tratando a validade da análise da ausência de deficiência no suporte fático, como etapa da apreciação da aptidão do ato para a produção de efeitos jurídicos desejados – a eficácia –, *o plano da validade é específico dos fatos jurídicos em que a vontade humana dirigida a um determinado fim aceito pelo ordenamento surge como elemento central*.

Ora, apenas em tais hipóteses faz sentido examinar a perfeição do ato, pois nos demais os efeitos se produzem em decorrência direta da incidência da norma, independentemente de inexistir vontade (fatos jurídicos em sentido estrito, lícitos ou ilícitos), ser esta indiferente para a norma (atos-fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos) ou ser a finalidade rechaçada pelo ordenamento (atos ilícitos).

A lição de Marcos Bernardes de Mello não destoia do acima colocado, ao consignar:

Os fatos jurídicos lícitos em que a vontade não aparece como dado do suporte fático (fatos jurídicos *stricto sensu* e ato-fato jurídico), como os fatos ilícitos *lato sensu* (inclusive o ato ilícito), não estão sujeitos a transitar pelo plano da validade, uma vez que não podem ser nulos ou anuláveis. A nulidade e a anulabilidade – que são graus da invalidade – se prendem à deficiência de elementos complementares do suporte fático relacionados ao sujeito, ao objeto ou à forma do ato jurídico”¹⁹.

18 MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Geral. Tomo IV. Validade. Nulidade. Anulabilidade*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, p.191.

19 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico*. 3.ed. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 95.

Embora não trate do plano de validade como objeto de estudo específico, a constatação acima foi percebida e abordada por Oliveira Ascensão. Ao tratar da invalidade do negócio jurídico, apontou que “só a propósito do negócio jurídico poderemos falar de invalidade. Não tem sentido perguntar se um crime é válido ou inválido”²⁰.

A observação acima merece ratificação: à exceção dos atos jurídicos em sentido lato, lícitos, nenhum outro fato jurídico pode ser válido ou inválido, portanto, sujeito ao regime da nulidade e da anulabilidade²¹. O apossamento de coisa sem dono – ato-fato jurídico – apenas é e *produz efeitos*. O mesmo se diga em relação ao ato ilícito gerador de responsabilidade civil, consistente, por exemplo, em atropelar um pedestre. Tal conduta não é inválida; é ilícita.

De fato, pacificada a inserção dos fatos ilícitos dentre os fatos jurídicos, não há como negar que tal espécie de fatos, uma vez realizado sua hipótese de incidência, adentra no mundo jurídico. Sua particularidade, todavia, não deve ser buscada em seus efeitos, mas sim em seu âmago – no cerne do suporte fático –, pois, como já advertida José de Oliveira Ascensão, “não se pode caracterizar a ação desconforme pela imposição de uma sanção. A correspondência da sanção à conduta desconforme não é unívoca”²².

Ilícito, na realidade, é o fato desconforme o direito, ou seja, aquele cujo *cerne* do suporte fático contraria o ordenamento jurídico.

O destaque conferido à expressão *cerne*, âmago, é proposital: desconformidade ao direito pode ocorrer no âmbito dos atos jurídicos *lato sensu* lícitos, como sói ocorrer com uma compra e venda praticada por um absolutamente incapaz. Tal negócio jurídico, porém, será qualificado como nulo – plano da validade, como será melhor explicado posteriormente –, e nunca como ilícito, eis que o direito aborda este fato da vida sob a perspectiva da vontade dirigida a um fim lícito. Sob tal viés, o fato lícito existe, porém, com vício no elemento vontade.

20 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil Teoria Geral. Volume II*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 24.

21 No mesmo sentido é a lição de Pontes de Miranda: “Tenhamos sempre presente que a validade e a invalidade (nulidade, anulabilidade) só diz respeito aos negócios jurídicos e aos atos jurídicos *stricto sensu*. Não há atos-fatos jurídicos válidos, ou não válidos. Nem atos ilícitos, ou fatos jurídicos *stricto sensu*” (MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Geral. Tomo IV. Validade. Nulidade. Anulabilidade*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, p. 4).

22 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil Teoria Geral. Volume II*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 16.

Nos fatos ilícitos *lato sensu*, portanto, o foco é conferido à contrariedade ao ordenamento jurídico. Segundo Menezes Cordeiro, o fenômeno deve ser simultaneamente compreendido sob uma perspectiva positiva e negativa: “pela positiva, a ilicitude advém da violação de direitos subjetivos e de norma de proteção; pela negativa, ela postula que não existam causas de justificação”²³.

Além da contrariedade ao direito, compõe o suporte fático do fato ilícito em sentido lato a imputabilidade. Conforme Marcos Bernardes de Mello, “a ilicitude exige, também como pressuposto essencial, que a contrariedade a direito seja imputável a alguém; isto é: quem a praticou (ato ilícito) ou a ela esteja vinculado (no fato *stricto sensu* e no ato-fato ilícito), tenha capacidade delitual”²⁴.

Imputabilidade, a capacidade delitual, deve ser compreendida no sentido proposto por Antunes Varela, o qual – ao tratar do tema no contexto da explicação da responsabilidade civil subjetiva – a identifica com a análise sobre se “a pessoa [é] susceptível do juízo de censura ou reprovação traduzido na imputação do fato ilícito”²⁵, juízo atestado pelos ordenamentos jurídico português e brasileiro em atenção a critérios etários e psíquicos.

Um menor de idade de quatro anos que, utilizando uma faca, arranha o veículo do seu vizinho pratica uma conduta desconforme o direito, mas não ilícita, por lhe faltar a capacidade delitual. Os pais ou responsáveis, entretanto, podem ser chamados a responder pelos prejuízos, sendo a classificação de sua responsabilidade na teoria geral dos fatos jurídicos produto dos caracteres que cada ordenamento optar por incluir no suporte fático.

Fato jurídico ilícito *lato sensu*, pois, pode ser conceituado como o ato desconforme o direito e imputável a alguém com capacidade delitual, que o praticou ou é a ele relacionado.

O reconhecimento de que o plano da validade é exclusivo dos atos jurídicos lícitos em sentido lato deve ser acompanhado da afirmação do papel dos atos ilícitos invalidantes ou nulificantes, uma das eficácias típicas desta categoria jurídica.

23 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil. Volume VIII*. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 444.

24 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico*. 3.ed. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 200.

25 VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral. Volume I*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 555.

Não há aqui qualquer contradição, mas apenas a consequência direta da circunstância de que normas diferentes podem projetar incidência sobre um mesmo fato, inclusive em etapas diferentes. Os ilícitos invalidantes possuem a particularidade de atuar sobre fatos que já superaram o plano da existência, atingindo-os no plano da validade.

Marcos Bernardes de Mello pontua: “É uma espécie de ato ilícito, o ato ilícito invalidante, que, na verdade, tem natureza especial, diferente dos outros atos ilícitos porque recebe esse caráter de ilicitude por força da incidência de normas jurídicas invalidantes, que atuam já dentro do mundo jurídico, no plano da validade. Ao entrar no plano da existência, o ato jurídico é, como qualquer outro, apenas ato jurídico. Ao alcançar o plano da validade, se há déficit em elemento nuclear do suporte fático, decorrente de específicas contrariedades a direito, sofre a incidência da norma invalidante, cuja consequência é torná-lo inválido (= nulo ou anulável) em razão de sua natureza ilícita”²⁶.

Exemplificando a lição acima, tem-se o seguinte: o contrato de compra e venda celebrado sob coação é um negócio jurídico inválido.

É negócio jurídico por constituir a transferência de bens espécie de manifestação de vontade admitida pelo ordenamento jurídico: lícita, portanto. Entretanto, a invalidade aqui verificada decorre da existência de um ato ilícito com eficácia nulificante, qual seja a coação. A coação em si, enquanto ato desconforme o direito praticado por sujeito imputável, nunca é válida ou inválida, mas apenas ilícita. Inválido é o negócio jurídico.

A invalidade, pois, “tem o caráter de sanção que o ordenamento jurídico adota para punir certa espécie de ato contrário ao direito (= ilícito). É verdade que aparenta diferenças relativamente às sanções que, de modo positivo, punem diretamente as pessoas, impondo-lhes ônus (como a perda da liberdade) e obrigações reparativas (como as de indenizar), porque a invalidade, em qualquer de seus graus (= nulidade ou anulabilidade), tem efeitos negativos, frustrantes dos fins a que se prestam, regularmente, os atos jurídicos”²⁷.

26 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico : plano da validade*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 45.

27 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico : plano da validade*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 46.

Fixados os contornos do plano da validade, cabe reiterar que seu exame dialoga com *a perfeição dos elementos referentes ao sujeito, ao objeto ou à forma* do ato qualificado pela vontade.

3. DO FATO JURÍDICO PROCESSUAL *LATO SENSU* AO ATO PROCESSUAL

A exposição das diferentes categorias de fatos jurídicos e a compreensão da existência de planos é a premissa, o alicerce, do raciocínio a seguir empreendido. Cabe, agora, identificar o que vem a ser o fato jurídico processual, gênero e espécies, para que se possa classificá-los e examinar a aplicabilidade do plano da validade a eles.

Desde logo, a utilização do instrumental acima não deve causar estranheza ao estudioso do processo civil. Embora tradicionalmente abordado nas cadeiras de Direito Civil, a teoria geral do fato jurídico – como o próprio nome indica – tem a pretensão de não se limitar a qualquer fronteira demarcada pela dogmática. O fenômeno jurídico, em verdade, é um só.

Como bem destacado por Araken de Assis:

É hora de visualizar os atos em si mesmos. A noção de ato processual, primeira etapa dessa empreitada, arranca das profundezas da teoria geral do direito para acomodar-se no posto hierárquico mais elevado da ciência processual. Afinal, o processo compõe-se de atos processuais idealizados e ordenados segundo o notável e elevado escopo da atividade jurisdicional^{28 29}.

Ao abordar-se o processo, é imediata a noção de que se trata de uma sequência de fatos e comportamentos concatenados, voltados à produção de um

28 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo I*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1280.

29 Em igual sentido, adverte Rosemiro Leal: “É preciso conhecer a teoria dos fatos jurídicos para se ter suficiente compreensão do ato processual que, como óbvio, é ato jurídico-processual” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 175)

ato final, conclusivo, qual seja a decisão jurisdicional sobre o objeto litigioso. Pontua a doutrina a íntima relação entre os atos que compõem o procedimento e a relação processual por eles dinamizada, sendo os primeiros fundamentados no desenvolvimento do último³⁰.

Fredie Didier Jr. bem ilustrou a questão, ao assim expor:

O estudo do *ato processual* não pode ignorar essa constatação: há o ato-complexo *procedimento*, verdadeiro substantivo coletivo (como o cardume, a penca e o enxame), pois exprime a ideia de coletividade, de conjunto de atos que pode ser estudado como unidade, assim como há cada *um* dos *atos do procedimento* (petição inicial, citação, contestação, etc.), que têm a sua própria individualidade e também podem ser estudados isoladamente. É possível estudar o comportamento de um *cardume* ou de um *peixe*. É possível estudar o *processo* como *unidade* ou cada uma das *unidades* que compõem o *processo*³¹.

Ao presente estudo, importam particularmente os fatos e atos em sua unidade, cabendo em primeiro lugar consignar merecer o adjetivo processual todo fato jurídico cujos efeitos diretamente irradiem para a relação jurídica processual. Ou seja, compondo determinado fato da vida o suporte fático de uma norma voltada a disciplinar os efeitos de tal acontecimento na dinâmica do processo, restará caracterizado o fato processual *lato sensu*.

Conforme abordado alhures, os fatos jurídicos em sentido estrito são marcados pela ausência de ato humano em seu suporte fático. Exemplo claro se apresenta na morte da parte, fonte de efeitos jurídicos relacionados à suspensão do processo (art. 270º do Código de Processo Civil português e art. 313 do Código de Processo Civil brasileiro) e à sucessão processual (art. 351º do Código de Processo Civil português e art. 110 do Código de Processo Civil brasileiro). O parentesco, outro fato jurídico *stricto sensu*, atua no processo em diversos institutos, a exemplo das questões relacionadas à imparcialidade

30 SOARES, Fernando Luso. *Processo Civil de Declaração. História. Teoria. Prática*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 281.

31 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Volume I. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 238.

do julgador (art. 117º do Código de Processo Civil português e art. 147 do Código de Processo Civil brasileiro).

Os atos-fatos jurídicos – condutas humanas nas quais a vontade está presente, mas é juridicamente indiferente –, por sua vez, estão igualmente presentes: a) atos-fatos reais: o pagamento das custas; b) atos-fatos caducificantes: as perdas de prazo em geral, bem como a revelia; c) atos-fatos que geram obrigação de indenizar independentemente de culpa, a exemplo, no Código brasileiro, da reforma da decisão que fundamentou a hipoteca judiciária (art. 495, § 5º, do Código de Processo Civil brasileiro).

Os fatos ilícitos, com contrariedade ao direito e imputabilidade, se apresentam na dinâmica processual na forma de atos-fatos ilícitos – com eficácia autorizativa da tutela de evidência do art. 311, I, do Código de Processo Civil brasileiro, por exemplo – e, mais comumente, como atos ilícitos, cujo maior exemplo está na responsabilidade pela atuação de má-fé (art. 542º do Código de Processo Civil português). Os atos ilícitos com eficácia invalidante, por sua importância com o tema das nulidades, serão abordados posteriormente.

No campo dos atos jurídicos em sentido lato, a disciplina processual prevê diversas hipóteses de negócios jurídicos, garantindo às partes não apenas a opção pela categoria jurídica, mas poder de estipulação. A desistência do recurso interposto, por exemplo, é típico exemplo de negócio jurídico unilateral. Por outro lado, o acordo das partes voltados à alteração da causa de pedir ou do pedido possui as características de uma convenção, negócio jurídico bilateral (art. 264º do Código de Processo Civil português).

Expostas as espécies acima, passa-se à análise da mais relevante categoria de fato jurídico processual: o ato processual.

O conceito de ato processual, entretanto, é dos mais conflituosos da dogmática processualista, não sendo a pretensão do presente trabalho examinar pontualmente as diversas posições, fundamentos e consequências.

Há posições centradas na qualidade do sujeito, que deve ser parte processual³²; centradas no fato de ter sido produzido no bojo do procedimento;

32 “Son actos procesales los que realizan las partes y el órgano jurisdiccional para preparar, iniciar, impulsar y terminar el procedimiento, logrando el fin que el proceso se propone” (PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo. *Tratado de derecho procesal civil: proceso declarativo. Proceso de ejecución*. Pamplona: Aranzadi, 1982, p. 552).

combinando ambas as características³³; ou centrado na produção de efeitos na relação processual³⁴.

De qualquer modo, não se pode perder de vista que o princípio do devido processo legal – elemento central no Estado de Direito – exige a construção de um procedimento com certo grau de rigidez, de previsibilidade. O estabelecimento legal de um itinerário para a relação jurídica processual atua como medida voltada a evitar o arbítrio do Estado-juiz, permitindo ao cidadão antever o caminho que percorrerá o debate sobre o bem da vida litigioso.

Justifica-se, portanto, a relevância dos atos processuais na dinâmica concreta do ato-complexo procedimento. Nestes, compõem o suporte fático uma conduta humana lícita, caracterizada pela manifestação ou declaração de vontade voltada à adesão a uma categoria jurídica de efeitos preestabelecidos. De atos jurídicos em sentido estrito, portanto, se trata³⁵.

A marca diferencial de tal espécie de atos, responsável por justificar sua adjetivação como processual, repousa na “circunstância de o ato processual irradiar efeitos no processo, praticar-se no instrumento da jurisdição”³⁶. Adota-se, portanto, um conceito combinado, que inclui no suporte fático a qualidade especial dos sujeitos enquanto sujeitos processuais³⁷, o *locus* na dinâmica processual e a eficácia voltada à criação, modificação ou extinção da relação processual³⁸.

33 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile. Volume I*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1968, p. 183.

34 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. *Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Volume I*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 243.

35 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo I*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1289.

36 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo I*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1284.

37 CHIOVENDA, Jose. *Derecho Procesal Civil. Tomo II*. Traduzido por Jose Casais y Santaló. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1977, p. 244.

38 “Se llaman actos de las partes los que dan vida a la situación jurídica procesal, es decir, los que crean, modifican o extinguen las perspectivas, posinilidade y cargas procesales, o la liberación de éstas. Los actos de las partes son actos jurídicos, esto es, de transcendencia jurídica” (GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Tradução de Leonardo Prieto Castro. Madrid: Editora Labor, 1936, p. 227)

Central, portanto, que o ato processual se insira no procedimento como ato típico, como partícipe do roteiro legalmente previsto para a solução da demanda. O ato processual típico, pois, atua “influindo directamente na relação processual”³⁹.

São atos processuais, portanto, desde a petição inicial até a contestação, passando pela apresentação de réplica ou a interposição de recurso. Em qualquer dos casos, está-se diante de um ato de vontade manifestado na conduta processual, declaração escrita ou oral, cujos efeitos são preestabelecidos pela norma.

Em decorrência de tais peculiaridade, atos processuais têm seus pressupostos de existência e requisitos de validade fixados na lei processual.

4. DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO REGIME DA NULIDADE PROCESSUAL

O regime das nulidades diz respeito ao exame da perfeição do suporte fático da norma em que a vontade humana seja relevante, ou seja, à ausência de defeito relativo ao sujeito, ao objeto e à forma do ato lícito no qual a vontade é elemento essencial.

A premissa acima, exposta no estudo da teoria geral do direito, é igualmente aplicável aos fatos processuais em sentido lato. Portanto, *apenas os negócios jurídicos processuais e os atos processuais podem ser válidos ou inválidos*, sujeitos, pois, a sofrer a sanção de invalidade em decorrência da presença de um ilícito invalidante.

No regime *processual* das nulidades, entretanto, dá-se um passo a mais, altera-se o foco.

O processo é concebido para se desenrolar na cadeia de atos processuais, da fase postulatória à decisória. A relevância dos atos processuais condiciona e justifica a existência de disciplina específica na lei adjetiva quanto a estes.

Sendo atos jurídicos em sentido amplo, os atos processuais podem ter sua perfeição analisada sob o viés do sujeito, do objeto ou da forma. Quanto

39 SOARES, Fernando Luso. *Processo Civil de Declaração. História. Teoria. Prática*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 301.

ao primeiro requisito, não apenas o agente deverá ser capaz, mas também a própria manifestação de vontade deverá ser livre e desembaraçada. O objeto do ato processual, por sua vez, deverá ser lícito e possível.

Tais perspectivas de exame, porém, são alheios ao sistema de nulidade processual, cujo foco repousa exclusivamente na apreciação da adequação formal. Nas palavras de Araken de Assis, “a disciplina das invalidades dos atos processuais, no processo civil, não se ocupa dos defeitos atinentes aos sujeitos e ao objeto (...). Os vícios atinentes às partes, apurados no processo, receberam tratamento específico (...). Os vícios de vontade revelam-se pouco relevantes, porque a voluntariedade do comportamento, inserida no modelo do ato, em geral sobreleva-se aos fins da declaração de vontade”⁴⁰.

O regime de nulidade previsto nos artigos 276 e seguintes do Código de Processo Civil brasileiro, portanto, é concebido em atenção às necessidades de *perfeição formal dos atos processuais*, compreendidos como atos integrantes da série que é o procedimento. Basta, para tanto, ler o artigo inaugural do título, o qual afirma: “Quando a lei prescrever *determinada forma sob pena de nulidade*, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa”.

A constatação acima serve de fundamento para a disciplina própria do regime de nulidades processuais, diversa daquela ordinariamente verificada em sede de Direito Privado.

Bem pontua Fredie Didier Jr.: “O sistema de invalidades do direito civil é diferente do sistema das invalidades processuais. Ao sistema de invalidades processuais, todavia, aplicam-se todas as noções da teoria geral do direito sobre o plano de validade dos atos jurídicos. O sistema das invalidades processuais é construído para que não haja invalidades. A nulidade de um ato processual ou do procedimento é encarada pelo direito processual como algo pernicioso. A invalidação do ato deve ser vista como solução de *ultima ratio*, tomada apenas quando não for possível aproveitar o ato praticado com defeito”⁴¹.

40 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo I*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1642

41 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Volume I*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 250.

Realmente: se o procedimento é compreendido como dinâmico, um devir permanente, composto em seu interior por diversos atos, que devem se conformar ao modelo legal, a análise de sua perfeição formal deve buscar, ao máximo, seu aproveitamento. Invalidez é sinônimo de desperdício.

5. PROVAS ILEGÍTIMAS E ILÍCITAS E O REGIME DE NULIDADES PROCESSUAIS

Adentra-se, agora, no ponto final da proposta do trabalho.

Dada a premissa de que, seja à luz da teoria geral do fato jurídico, seja no âmbito mais restrito dos fatos processuais, apenas em relação aos atos jurídicos lícitos *lato sensu* mostra-se cabível falar em plano de validade – e, conseqüentemente, no regime de invalidades ou nulidades –, resta responder à dúvida sobre o enquadramento adequado das provas ilícitas, espécie do gênero prova ilegal.

O conceito de prova, sabe-se, é polissêmico. Mesmo na linguagem jurídica, cuja marca deveria ser a precisão terminológica – instrumento essencial para garantir previsibilidade a um sistema de prescritivo, e não descritivo –, prova possui vários significados.

De um lado, prova pode significar o meio pelo qual se pretende demonstrar a veracidade de uma alegação de fato⁴². Alberto dos Reis aborda o ponto ao afirmar que “meios de prova são as fontes de que o juiz extrai os motivos da prova”⁴³. Nesse sentido é possível se falar em prova documental, prova testemunhal, prova pericial, etc.

Noutro aspecto, é possível compreender a prova como a atividade ou conjunto de atividades dos sujeitos processuais voltada à formação do convencimento do julgador. Em tal acepção, a prova dialoga com o sujeito sobre o

42 Embora não seja o ponto central ao estudo, cabe mencionar a filiação à concepção de objeto de prova como sendo as alegações de fato trazidas pelas partes, e não os fatos da vida real em si, eis que os últimos são irrepetíveis. No mesmo sentido, MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Prova emprestada, prova ilícita e princípio da proporcionalidade*. In: A prova no Direito Processual Civil. Elias Marques de Medeiros Neto, Ricardo Augusto de Castro Lopes, Olavo de Oliveira Neto (coordenadores). 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013, p. 162.

43 REIS, Alberto do. *Código de Processo Civil Anotado. Volume III*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1981, p. 239.

qual recai o ônus da prova, bem como a forma e o momento de exercer os atos dirigidos à persuasão do juiz. Para os fins do presente trabalho, é essa a abordagem mais relevante.

Por fim, prova pode igualmente significar o resultado da atividade probatória, ou seja, a situação subjetiva de convencimento sobre as alegações de fato, em decorrência dos meios de prova apresentados.

Em paralelo a tal discussão, a noção de provas ilegais enquanto gênero, do qual as provas ilícitas e as provas ilegítimas seriam espécies, é bastante difundida na doutrina. Nas palavras de Elias de Medeiros Neto, “A teoria de Pietro Nuvolone poderia assim ser resumida: a prova ilícita é aquela que ofende um direito material. Prova ilegítima é aquela que ofende um direito processual”⁴⁴.

A ideia subjacente à distinção acima é abordada sobre outras terminologias, a exemplo da ilicitude em sentido material e ilicitude em sentido formal, trazida por Nelson Nery Jr.⁴⁵, cujo âmago não se afasta da abordagem italiana.

Essencial, portanto, é identificar o termo prova ilegítima com o descumprimento de uma prescrição relacionada ao modo, à forma, que a lei disciplina os atos da fase instrutória.

Cabe analisar, portanto, as duas figuras: provas ilegítimas e provas ilícitas, bem como a respectiva relação com o regime das nulidades processuais.

As provas ilegítimas, como foi dito, seriam marcadas pela violação da norma processual. De forma mais técnica, cabe assentar a existência de “normas que disciplinam o modo como as provas hão de ser requeridas, admitidas, produzidas e assumidas em juízo, ou seja, normas que regulam o procedimento probatório”⁴⁶.

O procedimento probatório se desenvolve por meio de uma série de etapas, quais sejam: a) proposição: ato da parte que requer ao julgador a admissão da prova pré-constituída ou a produção da prova constituenda; b) admissão da prova: acatamento da proposição pelo magistrado; c) produção da prova: a elaboração

44 MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Prova emprestada, prova ilícita e princípio da proporcionalidade*. In: A prova no Direito Processual Civil. Elias Marques de Medeiros Neto, Ricardo Augusto de Castro Lopes, Olavo de Oliveira Neto (coordenadores). 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013, p. 164.

45 NERY Jr., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 199.

46 ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 119.

do instrumento de convencimento, no caso das provas constituídas, “momento em que se extrai da fonte oferecida o material probatório por ela fornecido”⁴⁷; d) a assunção da prova: a incorporação do meio de prova no processo.

A sucessão de etapas acima indicada revela a prática de atos processuais, ou seja, atos típicos de série, relacionados que são à fase instrutória do procedimento. Tais atos processuais podem ser praticados pelas partes ou pelo juiz⁴⁸. Sendo atos, devem observar a perfeição em seus elementos, o plano da validade.

Importante, porém, atentar que a manifestação de vontade existente em cada uma das etapas acima é voltada à produção de um resultado lícito – qual seja influenciar no convencimento do julgador –, cujas consequências estão previamente fixadas pela norma, a exemplo da necessidade de oportunizar manifestação à parte oposta.

Aplica-se, portanto, o regime das nulidades processuais, inclusive com a máxima segundo a qual “o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade” (Código de Processo Civil, art. 277).

Caberá ao magistrado, portanto, aferir a relação entre a relevância do vício e o comprometimento dos fins do procedimento probatório, marcadamente se o defeito prejudica a utilização dos elementos produzidos ou adquiridos enquanto instrumento de motivação adequada da decisão, necessariamente precedida do respeito ao contraditório. Assim, por exemplo, diversas serão as consequências de um defeito relativo à quantidade máxima de testemunhas (art. 294º do Código de Processo Civil português e art. 357, § 6º, do Código de Processo Civil brasileiro) e do desrespeito ao momento oportuno de junta-da de um meio de prova documental.

Para os fins do presente estudo, entretanto, o mais importante é consignar que a aplicação do regime de nulidade processual à hipótese de provas ilegítimas decorre não de uma escolha arbitrária, mas sim da circunstância de os defeitos se manifestarem no bojo de atos processuais, atos típicos de série. Por se tratarem de atos processuais, estão sujeitos ao plano da validade.

47 ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 123.

48 No caso dos atos do juiz, o regime aplicável será o dos recursos (ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 147)

Superado o ponto, passa-se à análise das provas ilícitas, cujo conceito é igualmente polêmico, mas cujo cerne repousa na ausência de acolhida pelo ordenamento jurídico.

José Abrantes havia afirmado ser a ilícita a prova “que se encontra afectada por ilicitude no que respeita ao modo de sua obtenção”⁴⁹, conceito posteriormente ampliado e aperfeiçoado por Isabel Alexandre, ao consignar que a ilicitude pode se verificar dentro ou fora da órbita processual⁵⁰.

Nesse campo, a invasão do domicílio para a obtenção de uma prova documental; a interceptação telefônica sem apoio em decisão do juiz ou a confissão extrajudicial obtida por meio de tortura são todas hipóteses de provas ilícitas, embora produzidas fora do processo. Mas igualmente ilícita será a prova ofensiva ao direito material produzida no contexto da demanda, a exemplo da coação praticada sobre a testemunha.

Fixada a distinção, cabe responder à pergunta estrutural do presente trabalho: se aplica à hipótese das provas ilícitas o regime de nulidades processuais?

Como é possível extrair das premissas antes abordadas, a resposta à pergunta é negativa: *não é possível aplicar às provas ilícitas o regime de nulidade processual*.

De início, as provas ilícitas são classificadas como atos ilícitos, ou seja, comportamentos humanos contrários ao ordenamento jurídico praticados por sujeitos imputáveis. Tais ilícitos podem tanto ser absolutos, como ocorre com a violação dos direitos de integridade física (v.g., tortura), quanto relativos, a exemplo da quebra do sigilo profissional.

Tem-se, portanto, que a conduta relacionada à prova ilícita nunca será válida ou inválida, pois de ato jurídico em sentido lato não se trata, mas sim atuação humana ilícita⁵¹.

Prosseguindo, a ilicitude, em si mesma, tampouco tornará inválido o ato processual que eventualmente introduza a prova ilícita, eis que o exame da

49 Apud MORGADO, Pedro Trigo. *Admissibilidade da prova ilícita em processo civil*. Lisboa: Petrony, 2016, p. 79.

50 ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 21.

51 Importa destacar que, mesmo no campo dos atos jurídicos em sentido lato, a nulidade atinge sempre o ato, e nunca a conduta, que lhe é logicamente anterior. Por exemplo, no caso do contrato celebrado por absolutamente incapaz, nulo é o negócio, e não a atividade do menor.

perfeição do ato – para fins do regime de nulidade processual – ocorre exclusivamente sob a perspectiva formal.

Como exemplo, a violação da intimidade domiciliar da qual resulte a obtenção de um documento essencial à alegação de fato deduzida pelo autor é ato ilícito, e não inválido. A introdução de tal prova ilícita no processo, por exemplo, com a apresentação do documento juntamente à petição inicial, tampouco torna inválido o ato processual, desde que respeitados os requisitos formais específicos deste.

Tenha-se em mente, porém, que *a posição acima firmada não se confunde com a discussão relativa à admissibilidade da prova ilícita*. Não se está a afirmar que o ato ilícito restará impune ou que a higidez formal do ato processual que veicula a prova ilícita é suficiente para garantir a admissibilidade da prova como instrumento de convencimento do julgador.

Busca-se apenas colocar a discussão em seu devido âmbito, respeitando a coerência dogmática, tão essencial para garantir a previsibilidade jurídica e para pautar a discussão de fundo. Ou seja, a pretensão é apenas estabelecer o campo no qual os argumentos contrários ou favoráveis à admissibilidade da prova ilícita deverão ser travados.

Não servirá à defesa da admissibilidade da prova ilícita, por exemplo, a afirmação de que não gerou prejuízo, dado que os artigos 277 e 283, parágrafo único, do Código de Processo Civil alcança apenas a prova ilegítima.

Defensores e opositores da possibilidade de aproveitamento da prova ilícita no campo processual civil, portanto, deverão buscar seus argumentos em campos alheios ao regime de nulidades processuais. Para o atual momento, basta ao autor haver instigado o leitor a tal reflexão.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. v. 2: Parte geral: institutos fundamentais. Tomo I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CARVALHO FERNANDES, Luís. **Teoria geral do direito civil**. v. 3. Lisboa: Universidade Católica Editora, [s.d.].

CHIOVENDA, Giuseppe. **Derecho procesal civil**. Tradução de José Casais y Santaló. Tomo II. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1977.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. v. 1: Parte geral. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Tratado de direito civil**. v. 8. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. v. 1. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Tradução de Leonardo Prieto Castro. Madrid: Labor, 1936.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1968.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Prova emprestada, prova ilícita e princípio da proporcionalidade. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (coord.). **A prova no direito processual civil**. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. São Paulo: Saraiva, 1995.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte geral. Tomo II: Bens. Fatos jurídicos. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

_____. **Tratado de direito privado**. Parte geral. Tomo IV: Validade. Nulidade. Anulabilidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

_____. **Tratado das ações**. Tomo I: Ação, classificação e eficácia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

MORGADO, Pedro Trigo. **Admissibilidade da prova ilícita em processo civil**. Lisboa: Petrony, 2016.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 21, n. 84, 1984.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo. **Tratado de derecho procesal civil**: proceso declarativo, proceso de ejecución. Pamplona: Aranzadi, 1982.

REIS, Alberto dos. **Código de Processo Civil anotado**. v. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1940.

_____. **Código de Processo Civil anotado**. v. 3. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.

SOARES, Fernando Luso. **Processo civil de declaração**: história, teoria, prática. Coimbra: Almedina, 1985.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. v. 1. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991.