

Lucas Medeiros Fernández



UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL:
A (IN)ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL

Lucas Medeiros Fernández

A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL:
A (IN)ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO ÂMBITO
DO PROCESSO CIVIL

Disertação de Mestrado em Direito, na Área de Especialização de Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Processual Civil, orientada pelo Professor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Fevereiro de 2019

UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA



LUCAS MEDEIROS FERNÁNDEZ

**A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL:
A (IN)ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO ÂMBITO DO PROCESSO
CIVIL**

THE ILLICIT PROOF IN CIVIL PROCEDURE:
THE (IN) ADMISSIBILITY OF ILLICIT PROOF IN THE CIVIL PROCEDURE SCOPE

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilistas/Menção em Direito Processual Civil.

Orientador: Senhor Professor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita.

COIMBRA, 2019

LUCAS MEDEIROS FERNÁNDEZ

**A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL:
A (IN)ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO ÂMBITO DO PROCESSO
CIVIL**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilistas/Menção em Direito Processual Civil.

APRESENTADA EM: ____ / ____ / ____.

BANCA EXAMINADORA

Senhor Professor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Examinador 2
Instituição

Examinador 3
Instituição

AGRADECIMENTOS¹

O presente trabalho de investigação, no essencial, corresponde à Dissertação do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas Civilísticas que será apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no ano de 2019, sob a orientação do *Senhor Professor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita*, e que será sujeita à discussão pública perante júri.

Agradeço aos meus Mestres e demais funcionários da Escola Jurídica de Coimbra, em especial ao meu estimado orientador, Professor Doutor Miguel Mesquita, por compartilhar, ao longo dos últimos anos (2016-2017 e 2017-2018), do seu precioso tempo e imensa sabedoria jurídica, pois, não me arrisco em reiterar, que este é, conforme já mencionado pelos nobres colegas juristas do Mestrado e por diversos professores doutores de Coimbra, como sendo um dos mais ilustres e prestigiados *processualistas portugueses* da contemporaneidade. Aqui, portanto, cumpre-me deixar os meus sinceros e elevados votos de agradecimento e consideração pelo meu estimado orientador, Dr. Miguel, o qual, com segurança, nomeei.

Ademais, não poderia, equitativamente, deixar de consignar a minha admiração e agradecimento aos preciosos ensinamentos compartilhados pela *Senhora Professora Doutora Maria José Oliveira Capelo Pinto de Resende*, durante as inúmeras sessões do Mestrado Científico (2.º Ciclo), bem como pela sua pronta disponibilidade em responder aos meus anseios e constantes problematizações/indagações, as quais, por diversas vezes, ultrapassaram para além da “barreira” do horário do término das sessões semanais.

Reconheço e agracio, também, aos demais professores e funcionários das Faculdades de Direito estrangeiras, os quais acolheram-me e acompanharam-me nas pesquisas que realizei nas mobilidades académicas internacionais (Erasmus+) na Espanha; Itália; e França, nomeadamente, ao *Senhor Professor Doutor Pablo Morenilla Allard* (UCLM, Espanha); à *Senhora Professora Doutora Elena Zucconi Galli da Fonseca* (Bolonha, Itália); e a supervisora do estágio de pesquisas, a Doutora *Jessica Evourt* (Paris, França).

Agradeço, com “coração e alma”, aos meus estimados familiares e amigos pelo apoio que, apesar da distância de muitos, deram-me forças para prosseguir na minha caminhada neste belo “país-irmão europeu” que é Portugal e, especialmente, declaro

¹“A gratidão é uma das maiores medidas do caráter de uma pessoa.” (Augusto Branco)

expressamente a importância que possuí, na minha vida, a figura do meu avô materno, *Newton Afonso Cabral Medeiros*, este como sendo, por assim dizer e fundamentar, o meu mais precioso “porto seguro”.

Aos colegas e amigos, Doutor Constantinos, Doutora Dora e Doutora Ionára, pelo apoio profissional no Escritório de Advocacia constituído no Brasil, sem os quais a presente realização de concluir o tão sonhado Curso de Mestrado em Coimbra não se tornaria possível. Para além de colegas de banca, somos grandes amigos.

E, finalmente, agradeço a todos que contribuíram indiretamente para a realização e conclusão do meu Mestrado Científico nesta grandiosa e renomada internacionalmente Escola Jurídica de Coimbra. Afinal, de fato, estou a levar comigo as boas lembranças propiciadas pela excelência no debate e convívio académicos, além dos vários ensinamentos *jurídicos* e de *vida* em Coimbra obtidos, os quais, com toda a certeza, tornaram-me um melhor *jurista* (com a imprescindível qualidade de problematizar e criticar as questões a serem levantadas perante o ordenamento jurídico pátrio e estrangeiro). Verdadeiramente, percebo que Coimbra ainda está, constantemente, a contribuir na minha *evolução pessoal*, diante da qualidade *humana* que possuo, como sendo *um eterno aprendiz em constante evolução* na complexa missão que vim/estou a cumprir durante a minha existência.

*“O correr da vida embrulha tudo.
A vida é assim: esquentando e esfria, aperta e
daí afrouxa, sossega e depois desinquieta.
O que ela quer da gente é coragem.”*
– Guimarães Rosa.

À minha amada mãe.

RESUMO

A presente problematização possui o objetivo de investigar a matéria relativa à admissibilidade das *provas ilícitas* no âmbito do processo civil, de maneira a guardar ênfase, nomeadamente, aos ensinamentos constantes na doutrina e legislação portuguesas. Não obstante as recentes reformas Processuais Cíveis, concretizadas pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, em Portugal, bem como pela Lei n.º 13.105/2015, no Brasil, percebe-se a existência de uma problemática, no tocante às provas processuais, que merece investigação. A mencionada problemática diz respeito à *admissibilidade probatória* pelos tribunais, diante de uma eventual ilicitude (*provas ilícitas*), pois mostra-se evidente a ausência de quaisquer expressões nas disposições legais, ora vigentes, que esclareçam e aproximem da mais adequada resolução aos litígios que imperam na discussão em causa. Nesse sentido, o presente estudo em formato monográfico movimenta-se na intenção de alcançar uma resposta equilibrada que consiga examinar e preencher a *lacuna processual*, conciliada com o desejado modelo *processual contemporâneo*, mormente para o descobrimento da verdade. Em referência ao mencionado e vigente *ordenamento jurídico português*, tem-se que a incontestada problemática apresentada, atualmente, encontra-se resolvida somente no *Direito Processual Penal*, defronte da consagração constitucional que dispõe o art. 32.º, n.º 8, da Constituição da República Portuguesa, além das normas contempladas no próprio Código de Processo Penal. Logo, questiona-se: *há uma evidente lacuna jurídica que deverá ser solucionada caso a caso ou, ao contrário disso, aproveitar-se-á no Processo Civil, analogicamente, o preceito constitucional já consagrado no Processo Penal?* Com tal indagação faz-se a reflexão na medida em que a apresentação e a admissibilidade judicial de uma prova, em casos mais sensíveis, são imprescindíveis para uma justa entrega da tutela jurisdicional eficaz. Conquanto numerosa parte da doutrina e jurisprudência fundamentam a não admissão da prova ilícita no Processo Civil, evidencia-se, nesta investigação, a construção de um pensamento divergente com os devidos critérios e fundamentos assentados na doutrina interna portuguesa e estrangeira.

Palavras-chave: Prova ilícita. Admissibilidade. Lacuna. Processo Civil.

ABSTRACT

The present problematization has the purpose of investigating the matter concerning the admissibility of illicit proof in the civil procedure, so as to emphasize, in particular, the teachings contained in Portuguese doctrine and legislation. Regardless of the recent Civil Procedure reforms, concretized by Law number 41/2013 of June 26, in Portugal, as well as by Law number 13.105/2015, in Brazil, when it comes about the lawsuit proof, there is a problem that deserves investigation. The mentioned problem concerns the proof admissibility by the courts, in front of a possible unlawfulness (illicit proof), since it's evident that there are no expressions in the legal provisions actually in force that clarify and approximate the most appropriate resolution to the litigation that prevail in the discussion in question. In this sense, the present study in a monographic format moves in the intention of reaching a balanced answer that can examine and fill the procedural gap, connected to the desired contemporary procedural model, especially for the truth discovery. In reference to the mentioned and current Portuguese legal system, the uncontested problematic presented today it's found solved only in Criminal Procedural Law, in front of the constitutional consecration established in article 32, paragraph 8, of the Portuguese Republic Constitution, in addition to the rules contemplated in the Code of Criminal Procedure itself. So, we question: is there an obvious legal gap that should be solved on a case-by-case basis or, on the other side, will it be used in the Civil Procedure the constitutional provision already enshrined in the Criminal Procedure analogically? With this indagation, consideration is given in so far as that the presentation and judicial admissibility of proof, in more sensitive cases, are indispensable for a fair delivery of effective judicial protection. Although a large part of the doctrine and jurisprudence base the non-admission of the illicit proof in the Civil Procedure, it's evident in this investigation the construction of a divergent thinking with appropriate criteria and foundations, based on Portuguese internal doctrine and foreign one.

Keywords: Illicit proof. Admissibility. Gap. Civil Procedure.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil Alemão)
CC	Código Civil (português)
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
Cf.	Confira
CP	Código Penal (português)
CPC	Código de Processo Civil (português)
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
Ibid.	Na mesma obra
LEC	<i>Ley de Enjuiciamiento Civil</i> (Código de Processo Civil espanhol)
loc. cit.	No lugar citado anteriormente
LOPJ	<i>Ley Orgánica del Poder Judicial</i>
op. cit.	Obra citada anteriormente
Proc.	Processo
ss.	Seguintes
TR	Tribunal da Relação
v.g.	<i>Verbi Gratia</i> (por exemplo)
Vol.	Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A PROVA	16
1.1 Conceito e função	16
1.2 Direito à prova	21
1.3 Limitações ao direito à prova	24
1.4 Diretrizes fundamentais da atividade probatória	31
<i>1.4.1 Princípio da aquisição das provas (ou comunhão das provas)</i>	31
<i>1.4.2 Princípio do livre convencimento motivado (persuasão racional)</i>	33
1.4.2.1 O sistema probatório adotado pelo Processo Civil brasileiro	36
1.4.2.2 A liberdade contida do julgador na avaliação das provas.....	38
<i>1.4.3 Poderes instrutórios do juiz</i>	44
2 A PROVA ILÍCITA	50
2.1 A ilicitude probatória à frente da existência ou não de processo judicial, da natureza do direito a ser violado, bem como da qualidade do suposto violador	54
2.2 A ilicitude observada no plano do direito material	55
2.3 A ilicitude a ser observada no plano do direito processual	56
2.4 A ilicitude probatória e a gravidade da violação	58
2.5 A prova obtida com violação de regra processual que não implica lesão a direito fundamental e as suas prováveis consequências jurídicas	61
2.6 A norma constitucional que proíbe as provas “obtidas por meios ilícitos”	64
2.7 A opção do Processo Penal e a ausência de opção no âmbito do Processo Civil	67
2.8 A proibição da ilicitude probatória no Processo Civil e o postulado da proporcionalidade	68
2.9 A contaminação das provas <i>enraizadas</i> fática e juridicamente à ilícita: a teoria dos frutos da árvore envenenada	74
2.10 Exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada: o “descobrimento inevitável” (<i>inevitable Discovery exception</i>) e o “descobrimento provavelmente independente” (<i>hypothetical independent source rule</i>)	77
2.11 A problematização da obtenção de informações de modo ilícito e da prova testemunhal que pode nelas se basear	78

2.12 A teoria da descontaminação do julgado	80
3 TESES DE ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA	81
3.1 Teses favoráveis	84
3.1.1 <i>Descoberta da verdade material</i>	84
3.2 Irrelevância processual da ilicitude material	86
3.2.1 <i>Celeridade processual</i>	87
3.3 Teses contrárias	89
3.3.1 <i>Interesse na descoberta da verdade</i>	89
3.3.2 <i>Unidade do sistema jurídico</i>	90
3.3.3 <i>O dolo não deve aproveitar o seu autor</i>	92
3.3.4 <i>Dissuasão de comportamentos ilícitos</i>	93
3.4 Teses intermédias ou mistas	94
3.4.1 <i>O princípio da boa-fé</i>	94
3.5 Distinção entre violação de direitos fundamentais e violação de outros direitos ...95	
3.6 Posição adotada na presente investigação	97
3.6.1 <i>Considerações finais</i>	97
3.6.2 <i>Inadmissibilidade mitigada</i>	100
3.6.3 <i>Único meio de se provar um fato</i>	102
3.6.4 <i>Princípio da proporcionalidade (este mesmo relevante princípio já tratado no item 2.8 da presente investigação)</i>	102
3.6.5 <i>Estado de necessidade processual</i>	105
NOTAS CONCLUSIVAS	108
REFERÊNCIAS	114
JURISPRUDÊNCIA	125

INTRODUÇÃO

De início, insta esclarecer que o presente trabalho trata da questão relativa ao estudo da admissibilidade das *provas ilícitas* no âmbito do Processo Civil². Essencialmente, tem-se que o Direito Processual Civil³ está correlato com a questão probatória. Assim, pode-se afirmar que os juristas e demais operadores do direito aliam o entendimento de que a análise do indício probatório é imprescindível ao Direito e, sobremaneira, no âmbito processual, no qual as partes têm o *ônus* (ou para alguns até mesmo o *dever*⁴) de provar as afirmações dos fatos alegados através da utilização de uma prova em juízo, seja esta de natureza documental, testemunhal, pericial, eletrônica ou outra.

Verdadeiramente, torna-se questionável: *qual a razão de afirmar fatos constitutivos de um suposto direito material se não existisse mínima expectativa de ser evidenciado (provado) tudo aquilo que consta na alegação a ser objeto de uma adequada instrução processual?* Realmente, caso não evidenciada a verossimilhança das alegações, tem-se que a análise e a convicção do magistrado tornar-se-iam por inteiro comprometidas ao longo do procedimento judicial, mormente quando da prolação da sua sentença (*íntimo sentir*).

Desse modo, em muito casos, o material probatório pode resultar de uma contestada idoneidade por violar supostos direitos fundamentais, quer por ter sido obtido ou formado através de um determinado ato/conduita ilícita. Logo, o *ônus* (ou *dever*) de obter o desfecho de alguma controvérsia acarreta situações em que, não raras vezes, estar-se-á diante de um

²A intenção da presente pesquisa é realizar a análise crítica da legislação e da doutrina utilizando-se de alguns exemplos jurisprudenciais a justificarem a investigação no sentido mais congruente diante da norma insertada no art. 5.º, inciso LVI, da Constituição Federal brasileira e do art. 32.º, n.º 8, da Constituição da República portuguesa, e também dos interesses e princípios sociais daí advindos, nomeadamente, dos cidadãos brasileiros (forma cultural de proceder: “*homem cordial*”, conforme extraído dos estudos realizados por Luiz Guilherme Marinoni).

³Diante da atual Reforma, a qual envolveu a nova organização judiciária resultante da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto e do Decreto-Lei n.º 49/2014, de 27 de março, cf. MESQUITA, Luís Miguel de Andrade. *A metamorfose do Futuro Tribunal de Comarca*. Coimbra: Almedina, 2014. Aliás, no tocante à nova legislação relativa à organização do sistema judiciário, sugere-se: COSTA, Salvador da. *Organização Judiciária*. In: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, Lisboa, 2013, pp. 449 e ss. Dessa forma, ressalta-se que, em vista da exposição de motivos do novo CPC lusitano: “O Programa do XIX Governo Constitucional prevê como medida essencial a reforma do Processo Civil, mediante a redução das formas de processo e a simplificação do regime, assegurando eficácia e celeridade, apostando, ao mesmo tempo, na desformalização de procedimentos, na oralidade processual e na limitação das questões processuais relevantes, tornando o processo mais eficaz e compreensível pelas partes. [...]” (MESQUITA, Luís Miguel de Andrade (Org.). *Código de Processo Civil*. 16.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 13).

⁴Marinoni & Arenhart chamam a atenção para o entendimento de a atividade probatória ser um *dever* e não um *ônus*, pois atrelado, inclusive, com o *dever* da atividade de cooperação processual (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção – de acordo com o CPC de 2015*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015).

material probatório ilícito. Posto isso, caímos na dialética, ora problematizada, da controvertida *admissibilidade da prova ilícita* no âmbito do Processo Civil. E é nesse ponto que se torna apropriado o questionamento: *será adequado admitir ou não a utilização de uma prova ilícita nos nossos tribunais?* E, na hipótese de uma resposta afirmativa, questiona-se, de forma complementar: *qual será a correspondente utilidade probatória que poderemos atribuir-lhe?*

Assim sendo, diante da abrangência de plausíveis respostas (adequadas a tais questões concernentes a matéria probatória processual *lato sensu*), informa-se que a **delimitação da investigação** está pautada na temática da *prova ilícita*, visto que o assunto probatório é incontestavelmente extenso e complexo. Desse modo, embora o *elemento probatório ilícito* seja uma questão recorrentemente suscitada pelas partes nos tribunais, excepcionalmente se encontra explorada no ordenamento jurídico português, sendo, por isso, pouco discutida no meio dos doutrinadores do Processo Civil⁵ já que inexistente uma solução legislativa específica.

Em contrapartida, observa-se que o legislador português, através do art. 32.º, n.º 8, da Constituição da República portuguesa, responde adequadamente à problemática da *admissibilidade da prova ilícita*, unicamente no tocante à matéria Criminal, com acertada dinâmica e transparência. Assim, tal abordagem é clara na realidade do Processo Penal, tendo em vista que a questão se afigura sedimentada com a expressa norma constitucionalizada que corresponde à *inadmissibilidade da prova ilícita*.

Para além disso, o Código de Processo Penal apresenta, cercado por outras normas, *v.g.*, o art. 126.^{o6}, que direcionam os operadores do direito no mesmo sentido de declarar

⁵ALEXANDRE, Isabel. *Provas Ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 1998. Com efeito, mostra-se importante mencionar o entendimento de que, segundo Abrantes: “o fim do processo é a composição justa do litígio, o que implica a pesquisa da verdade: não há composição justa de um litígio sem verdade” (ABRANTES, José João. Prova ilícita: Da sua relevância no processo civil. *In: Revista Jurídica*, Lisboa, (7), Julho-Setembro, 1986, p. 33).

⁶CPP, art. 126.º: “Métodos proibidos de prova. 1 – São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. 2 – São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meio de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível. 3 – Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular. 4 – Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo”

inadmissível a prova ilícita. Com isso, em análise sumária, pode-se sustentar que precisamente foi considerada, com maior relevância pelo legislador, a abordagem da *prova ilícita* no âmbito do Processo Penal. Por conseguinte, diante da referida perspectiva legislativa e dogmática, mostra-se compreensível tal ênfase legislativa ao Processo Penal (enquanto *omissiva* no Processo Civil⁷)⁸ sempre que comparados, *v.g.*, os bens que estão em causa no ramo do Direito Criminal⁹.

Igualmente, na norma constitucional, resta impedida qualquer admissibilidade e valoração da *prova ilícita* no âmbito do Processo Penal¹⁰ (*e, assim, questiona-se: como será no Processo Civil? Eis esta, entre outras, as questões a serem investigadas e respondidas no presente trabalho*)¹¹. Por esta razão, observa-se que existem doutrinadores que aduzem precisamente em disparidade de abordagem entre os dois ramos do direito (Processos *Civil* e *Penal*), tendo em vista que, no domínio do Processo Civil, observa-se a já mencionada lacuna legislativa (*omissão plena*). Logo, não há uma solução sugerida e expressamente consagrada na disposição constitucional e processual¹².

Sabe-se que a parte para salvaguardar a sua esfera jurídica em face da contraparte possui o ônus (ou *dever*) de apresentar no processo as provas que subscrevam a lógica das afirmações dos fatos alegados e articulados. Consequentemente, a imprescindibilidade do domínio desse tema na fase de instrução no Processo Civil é notória. Questiona-se, então, *como poderá*

(PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.)

⁷Importante ressaltar que: “[...] O Código de Processo Civil é, por natureza, um dos mais sensíveis corpos normativos de qualquer ordenamento jurídico” (MESQUITA, 2016, p. 13).

⁸Assim, almeja-se explorar a problematização da garantia constitucional da ilicitude probatória no âmbito da referida lacuna jurídica do Processo Civil português, bem como os reflexos acarretados na sua produção e valoração judicial (convencimento/convicção) do Magistrado para entrega da justa tutela jurisdicional para a sociedade (justiça das decisões proferidas).

⁹ALEXANDRE, 1998.

¹⁰Nas palavras de Alexandre (1998, p. 12), tem-se que no processo penal as partes não estão numa igualdade de armas, logo, constata-se a necessidade de uma maior tutela pelo legislador.

¹¹Realmente, observamos e percebemos que a reflexão das normas e do direito é uma tarefa difícil para todo jurista, haja vista que, indubitavelmente, deverá este perceber o “andar” (evolução) da sociedade e, assim, questionar racionalmente sobre a relevância e adequação das normas (ou lacunas) jurídicas. Assim, entendemos que o conhecimento para além do direito torna-se necessário. Na presente investigação, busca-se a compreensão e uma solução para os questionamentos apresentados, portanto, mostra-se importante referir que: “[...] *The law is always news. Murders, mergers, marriages, misfortunes, and mendacity are daily media fodder, especially when the misbehavior is played out in court. Sensationalist trials concerning celebrities are only the small tip of a large iceberg. Lawsuits are a negligible part of the law, as will become evidente [...]*” (WACKS, Raymond. *Law: A Very Short Introduction*. 2.ª ed. New York: United Kingdom Oxford University Press, 2015, p. 3).

¹²ALEXANDRE, *op. cit.*, p. 13.

resultar a sua admissibilidade e apreciação judicial, considerando que tais elementos probatórios estejam contaminados e entranhados de ilicitude?

Da forma ora apresentada, a análise da *admissibilidade da prova ilícita* no Processo Civil português, bem como nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, tem levantado dúvidas pontuais, estas problematizadas, investigadas e respondidas no sentido de se tentar alcançar a justa composição dos litígios¹³. Destarte, espera-se que as respostas aos questionamentos apresentados sejam, nomeadamente, com atenta visibilidade na obtenção de decisões judiciais adequadas, mormente acompanhadas pela tão almejada busca, no Processo Civil contemporâneo, da verdade material¹⁴.

Salienta-se que não se procura, nesta investigação, esgotar a matéria ou constatar/declarar resultados definitivos¹⁵, mas evidenciar e debater aspectos nos quais se acreditam nas relevâncias processuais e sociais. Aliás, conta-se que a presente investigação foi, por assim dizer, um “*laboratório científico/jurídico*” de um “trilhar” ensinado pelo Professor Doutor Mesquita no decorrer das sessões do Mestrado em Direito. Nesse sentido, pode-se referir que, com sua postura crítica¹⁶, restou alimentada a nossa visão sobre a matéria ao ponto de necessitarmos sanear as dúvidas daí advindas.

Com efeito, observa-se que a problematização¹⁷ que se coloca ao longo da presente investigação dividir-se-á, essencialmente, em quatro partes. Numa primeira, estamos a realizar esta introdução com a apresentação da problematização, bem como dos limites que cercam o objeto investigado no presente trabalho. De seguida, debruçar-nos-emos sobre a prova, o direito à prova, limitações ao direito à prova e alguns dos diversos princípios norteadores do Processo Civil, bem como dos poderes instrutórios do juiz. A terceira parte

¹³Para uma análise crítica da reforma realizada no Novo Código de Processo Civil Português (recente Lei n.º 41/2013), de 26 de Junho, recomenda-se a leitura de: MESQUITA, 2014.

¹⁴Ideia ensinada e reforçada pelo Professor Doutor Mesquita nas sessões do Mestrado em Direito.

¹⁵Até porque o Direito está em constante evolução, não se tratando de uma ciência exata (refere-se a uma complexa ciência humana em contante evolução/alteração social).

¹⁶Refere-se à “boa postura crítica”, a qual tira-nos da inércia, de forma a instigar uma boa reflexão sobre o assunto.

¹⁷A presente *metodologia de pesquisa jurídica* restou alicerçada com muitos dos ensinamentos de Rafael Mafei Rabelo Queiroz, o qual refere, por exemplo, que: “A pesquisa, estritamente falando, consiste na sequência de procedimentos que, articuladamente, tentam responder uma dúvida particular dentro de uma área de interesse de pesquisa [...] A metodologia de pesquisa em um projeto de ser, portanto, explicitada e justificada à luz do objeto de pesquisa e das circunstâncias em que ela será realizada. [...]” (QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Monografia Jurídica: Passo a Passo. Projeto, pesquisa, redação e formatação*. São Paulo: Editora Método, 2015, pp. 25 e 70. Além de anotações/indicações transmitidas em dois *workshops*, elaborados na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), pela Professora Doutora Ana Margarida Simões Gaudêncio, no decorrer dos anos de 2016 e 2017).

incidirá fundamentalmente na discussão da prova ilícita frente à existência ou não de processo, a ilicitude observada no plano do direito material e processual, a gravidade de possíveis violações e outros, adentrando-se no postulado da *proporcionalidade*, além de tratarmos da “*teoria dos frutos da árvore envenenada*” e suas exceções (exemplificações, etc.). A quarta parte será respeitante às diferentes teses jurídicas encontradas e analisadas, tais como: *contrárias* (interesse na descoberta da verdade; unidade do sistema jurídico; o dolo não deve aproveitar o seu autor; dissuasão de comportamentos ilícitos), *intermédias/mistas* (princípio da boa-fé; distinção entre violação de direitos fundamentais e violação de outros direitos) e, por fim, no desenvolvimento racional que leva a justificar a posição a ser adotada.

Em última análise, no tocante à problematização da matéria da *ilicitude probatória*, chegar-se-á na compreensível e elucidativa fundamentação da *inadmissibilidade mitigada*, esta adotada pelo investigador com fundamento jurídico, essencialmente, nos seguintes pontos: *único meio de se provar um fato*; *princípio da proporcionalidade*; e o *estado de necessidade processual*. Ato contínuo, proceder-se-á no fechamento das considerações finais¹⁸, estas conclusivas, do objeto problematizado e profundamente investigado no presente trabalho jurídico-científico, sob a sólida orientação do ilustre processualista português Doutor Miguel Mesquita¹⁹⁻²⁰.

¹⁸No desígnio de evidenciar os pontos imprescindíveis a respeito deste assunto investigado, frente às divergências doutrinárias e jurisprudenciais, buscando-se a construção de um posicionamento fundamentado (racionalmente motivado), no qual fosse destacado o interesse da sociedade em benefício da Justiça (equidade), sem se “distrair” dos direitos e também das garantias fundamentais dos indivíduos, estas asseguradas pelas normas constitucionais.

¹⁹De forma a acompanhar o entendimento ensinado pelo Professor Mesquita, no decorrer das aulas do Mestrado em Direito (nomeadamente, da necessidade de aplicação da “gestão processual” no “moderno Processo Civil”), tem-se que Wacks (2015, p. 3), por sua vez, cita que: “[...] *This is especially true in times of change. It is important to recognize the fragility of formalism; we skate on dangerously thin ice when we neglect the contingent nature of the law and its values. Reflection upon the nature of law may sometimes seem disconcertingly abstruse. More than occasionally, however, it reveals important insights into who we are and what we do. The nature and consequences of these different positions should become apparent before long.*”

²⁰Relativamente às Escolas do Direito e aos métodos de ensino, para mais aprofundamentos, conforme Heide K. Brown, observa-se que: “*Quiet Law Students and the Modern Socratic Method: of course there are exceptions – every law professor has a personal style, and many are nurturing and encouraging to all students – but the traditional law school method of classroom interaction, governed by the Socratic Method, pressures students to act like extroverts. [...]*” (BROWN, Heidi K. *The Introverted Lawyer: A Seven-Step Journey Toward Authentically Empowered Advocacy*. Chicago: American Bar Association (ABA), 2017, p. 27). Assim, de acordo com as considerações apresentadas pela Professora Brown (*Professora de Direito da Brooklyn Law School*), temos que as sessões do Curso de Mestrado ministradas pelo Professor Doutor Mesquita, em Coimbra, ocorreram de forma a sermos estimulados a refletir, participar no debate e, portanto, tornar a “sala de aula” um ambiente de plena problematização e investigação em conjunto pela turma de mestrandos. Com efeito, dentre essas sessões do Curso, acabei por me deparar com a presente problematização,

1 A PROVA

1.1 Conceito e função

Na presente pesquisa, relativamente ao elemento probatório, torna-se elementar sublinharmos, preliminarmente, o entendimento de que o *Direito* é um sistema de normas de conduta²¹ e, diante delas, temos aquelas que regulam, como veremos adiante, a *admissibilidade probatória*. Lawson assegura que: “*one of the central concepts in law – both in legal practice and in legal theory – is the concept of proof*”²². Nessa perspectiva, não é exagero considerar que o conceito de prova²³ é uma das partes mais sensíveis e centrais a ser compreendida para fins de realizarmos um estudo teórico, bem como para construirmos uma análise jurídica prática, esta última reservada a todos os operadores do Direito²⁴⁻²⁵. De

inicialmente apresentada pelo Professor Mesquita, a qual decidi por investigar e, assim, tentar alcançar respostas aos questionamento lançados.

²¹LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian Editora, 1983, p. 221. Conforme Wacks (2015, pp. 1 e ss.), observa-se que: “[...] *Rarely do the words “law” and “brevity” inhabit the same sentence. The notorious verbosity of the law may suggest that any attempt to condense even its rudiments in an undertaking of utopian, if not quixotic, proportions. (...) It is also important to emphasize that the law cannot properly be understood without an awareness of its social, political, moral, and economic dimensions. Legal theory or jurisprudence seeks to uncover many of these deeper philosophical elements that explain the complex phenomenon of law and the legal process. [...]*”.

²²LAWSON, Gary. *Evidence of the law: proving legal claims*. Chicago: The University of Chicago Press, 2017, p. 1. O discernimento jurídico da prova aceito por nós e que, também de forma adequada, define o seu desígnio, entende-se que é o defendido por Reis, o qual afirma que: “a prova é o conjunto de operações ou actos destinados a formar a convicção do juiz sobre a verdade das afirmações feitas pelas partes” (REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. III, 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 238).

²³Rangel compreende a prova como: “a atividade ou o conjunto de operações destinadas à formação da convicção do juiz, sobre a veracidade dos fatos controvertidos que foram carreados para o processo pelas partes e que se encontram selecionados na base instrutória” (RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ónus da Prova no Processo Civil*. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 22).

²⁴Importante ressaltar, segundo Mesquita (2016, p. 11), o entendimento de que: “Vivemos num país de leis inconstantes. E a incessante mutação legislativa, longe de significar que o ordenamento se encontra vigoroso e solidamente estruturado, constitui, pelo contrário, sinal revelador de alguma fragilidade e de criticável experimentalismo. A enorme fluidez das leis é um mal que corrói os pilares de uma sã doutrina e jurisprudência, para além de perturbador, de forma inestimável, o ensino e a aprendizagem do Direito [...]”.

²⁵Embora seja no âmbito do Direito Criminal, sugere-se, a título de exemplificação, como se dá a importância da força probatória no processo, tendo em vista o desfecho do midiático caso europeu *Amanda Knox*, no qual a principal Corte da Itália anulou a condenação da americana Amanda Knox e de seu ex-namorado italiano Raffaele Sollecito pela morte da britânica Meredith Kercher. Dessa forma, a arguida Amanda ficou quatro anos “erroneamente” presa na Itália, tendo sido absolvida, após, pela “falta de provas”, nomeadamente, pelas falhas procedimentais diante dos testes realizados em seu material genético (ADN) que fundamentou, injustamente, a condenação que restou anulada. Com efeito, este verídico julgamento italiano justifica e demonstra a importância da prova no processo judicial (seja este Civil ou Criminal), bem como as consequências advindas da valoração deste mesmo material probatório pelo julgador(es) (BBC. *Amanda Knox: Figure at the centre of a saga*. BBC News, 2015. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/world-us-canada-21937825>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018).

qualquer forma, cremos, então, que o componente probatório é um dos componentes mais delicados e centrais de um procedimento judicial.

Assim, mostra-se relevante trazermos o entendimento – *universal* – do que é propriamente o direito (“*law*”) para os norte-americanos, conforme Wacks²⁶ afirma:

[...] On the one hand is the belief that law consists of a set of universal moral principles in accordance with nature. This view (adopted by so-called natural lawyers) has a long history dating back to ancient Greece. For so-called legal positivists, on the other hand, law is little more than a collection of valid rules, commands, or norms that may lack any moral content. Others perceive the law as fundamentally a vehicle for the protection of individuals rights, the attainment of justice, or economic, political, and sexual equality. Few consider that the law can be divorced from its social context. The social, political, moral, and economic dimensions of the law are essential to a proper understanding of its workaday operation. [...].

A legislação, por sua vez, dispõe de uma *enunciação* clara e objetiva da função exercida pelo *elemento probatório* (no *interior* do encadeamento processual) na grandeza de, no sentido da apresentação dos fatos (a pressupor um caráter subjetivo²⁷), tornar-se fundamental a procura dos elementos objetivos destinado a *atingir/criar/modificar* a convicção do magistrado (*judici fit probatio*)²⁸. Com efeito, observa-se que as Escolas do Direito não instruem os alunos de forma a refletirem as questões (a serem estudadas) com o “pensar” de advogados (especialmente na análise da legislação e/ou casos práticos)²⁹. Assim, na presente investigação, busca-se trazer este “teor mais prático”, bem como de, por assim dizer, o “*pensar como um advogado/operado jurídico*”³⁰.

²⁶WACKS, 2015, p. 3.

²⁷RANGEL, 2006, p. 21.

²⁸Nesse sentido, Rangel (2006, p. 39), por sua vez, sustenta que: “a verdade e a Justiça são realidades e valores complementares.” Verdadeiramente, diariamente, em nossa vida em sociedade, deparamo-nos com as leis e valores específicos desta coletividade, razão pela qual mostra-se adequado referir as palavras de Wacks (2015, p. 1), o qual aduz que: “*Your job, your home, your relationships, your very life – and your death – all, and more, are managed, controlled, and directed by the law. It lies at the heart of every society, protecting rights, imposing duties, and establishing a framework for the conduct of almost all social, political and economic activity. Punishing offenders, compensating the injured and enforcing agreements are merely some of the tasks of a modern legal system. In addition, it strives to achieve justice, promote freedom, uphold the rule of law, and protect security.* [...]”

²⁹A fim de evitar o “engessamento do ensino” pelo “pensamento pronto” contido na doutrina (“respostas, por assim dizer, já construídas e encontradas nos livros”), salienta-se que, de forma ímpar e com maestria, o Professor Doutor Mesquita instigou-nos, no decorrer das sessões do 2.º Ciclo de Estudos (Mestrado), para um viés crítico dos casos práticos apresentados (verídicas decisões lançadas pelos Tribunais), além de ter oportunizado a construção e a reflexão conjunta do pensamento pela turma (alunos) no intuito de investigarem adequadamente os casos apresentados com fundamentação no âmbito da legislação nacional e estrangeira.

³⁰Importante ressaltar o entendimento de Schauer, o qual, diversamente do que ocorreu nas sessões do Professor Mesquita, observa que, de forma geral, as Escolas Jurídicas não tornam os alunos críticos, nem estimulam o pensamento reflexivo (*ou prático*) das questões a serem estudadas. Portanto, Schauer reflete que: “*Law schools the world over claim to instruct their students in how to ‘think like a lawyer’. Studying law is not primarily*

Dessa forma, pode-se afirmar que o direito processual rejeita trazer em si um conceito próprio de ilicitude, razão pela qual cabe à doutrina a atribuição de elucidar esta omissão. Ainda neste sentido, vale destacar que o pensamento moderno acredita que, por se examinar como sendo um princípio geral, a interpretação de ilicitude é somente para a universalidade do ordenamento jurídico, afastando, por conseguinte, qualquer inesperada diferenciação entre os ramos do direito (*material e processual*)³¹. Com efeito, tendo este objetivo, debate-se se os fenômenos processuais³² se aproveitam das convicções advindas do fundamento civilista, pelo que este designadamente aduz que as provas ilícitas possuem a qualidade de atuações contrárias à lei – de outro modo, se resolvem isoladamente.

Sobre a noção de prova, tem-se que o jurista Mirabete³³ conceitua o material probatório como uma “demonstração a respeito da veracidade ou falsidade da imputação, que deve gerar no juiz a valoração de que necessita para o seu pronunciamento [...]”. Logo, de forma complementar, Aranha³⁴ define que este material probatório é o “conjunto de meios idôneos e praticados no processo ou nele entranhados e tendentes à afirmação da existência positiva ou negativa de um fato destinhado a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade”. Por essa razão, mostra-se evidente a importância das provas no Processo Civil, pois, mediante sua utilização, as partes litigantes comprovam os fatos daquilo que afirmaram em juízo³⁵.

*about learning a bunch of legal rules, the law schools insist, for law has far more rules than can be taught in three years of legal education. Besides, many of the legal rules that might be learned in law school will have been changed by the time the students enter legal practice. Nor is legal education about being instructed in where to stand in the courtroom or how to write a will, for many of these skills are better learned once in practice than at a university. Now it is true that both knowing some legal rules and acquiring the skills of lawyering are important to success in the practice of law. And it is also true that some of this knowledge is usefully gained in law school. But what really distinguishes lawyers from other sorts of folk, so it is said, is mastery of an array of talents in argument and decision-making that are often collectively described as legal reasoning. So even though law schools do teach some legal rules and some practical professional skills, the law schools also maintain that their most important mission is to train students in the arts of legal argument, legal decision-making, and legal reasoning – in thinking like a lawyer” (SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer*. Cambridge (Mas.): Harvard University Press, 2009, p. 1).*

³¹MELERO, Valentín Silva. *La Prueba Procesal*. Tomo I. Teoría General. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, pp. 68-69.

³²Assim, ressalta-se, no entendimento de Bauer, que: “o processo ocorre como uma sucessão de atos processuais, cada um dos quais surge imediatamente na necessidade de um outro. [...] De fato, cada ato processual modifica imediatamente a situação do ato anterior” (BAUER, Fritz. *Potere giudiziale e formalismo dei diritto processuale*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1965, p. 1702).

³³MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo: Editora Atlas, 1994, p. 217.

³⁴ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1983, p. 163.

³⁵Nesse sentido, observa-se que, tanto no Direito Processual Civil, quanto no Penal, o estudo da “prova” é de extrema relevância.

A compreensão conceitual da matéria relativa à prova³⁶ é originalmente concebida diante de três relevantes aspectos: *atividade*, *meio* e *resultado*. Portanto, de forma a elucidar esses significativos pontos conceituais, observa-se que a prova, enquanto *atividade*, relaciona-se com a *instrução probatória*, ou seja, pela totalidade de atos processuais praticados com o escopo de restabelecer as afirmações dos fatos que amparam a pretensão das partes e que, desse modo, tornam-se relevantes para a solução do litígio.

A prova, como *meio*, exprime o intento da utilização de mecanismos destinados a aceder as fontes de prova e aludir ao desenvolvimento processual das informações necessárias no sentido de que o julgador forme a sua convicção acerca da matéria fática e, assim, decida o caso concreto. Assim, quanto ao *resultado*, a prova pode ser visualizada como a valoração realizada pelo magistrado. Com efeito, diante de tal panorama, pode-se, por exemplo, verificar não a figura da testemunha, mas o testemunho do qual a valoração tenha sido demonstrada na motivação da sentença³⁷.

Para uma melhor compreensão, importante asseverar o entendimento de Grinover no sentido da existência de uma característica social nos instrumentos probatórios, tendo em vista que o material probatório não deve ser observado exclusivamente a revelar as alegações de fato no processo³⁸, mas, para além disso: “objetivam, de forma mais ampla, justificar perante a sociedade a decisão que vier a ser adotada”³⁹.

Igualmente, a prova, compreendida como *meio*, reúne a sua definição no art. 341.º do CC, que expõe que: “as provas têm por função a demonstração da realidade dos fatos”. Desse modo, pode-se observar que o material probatório⁴⁰ é composto por elementos

³⁶Relativamente ao conceito e à função da prova, nas palavras de Campos, tem-se que: “transcende o próprio Direito, é comum a todas as ciências e atividades que pretendem reconstruir os fatos ocorridos no passado, como sucede com um jornalista ou um historiador que, no âmbito das suas investigações, usam provas para demonstrar a si mesmos e aos seus leitores tudo o que ocorreu num passado próximo ou distante” (CAMPOS, Sara Rodrigues. *In)admissibilidade de Provas Ilícitas*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 25).

³⁷AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: Atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 28; RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 341.

³⁸De acordo com a presente investigação, observa-se o entendimento legislativo de que a prova prevista no direito substantivo, nomeadamente, no art. 341.º do CC, por sua vez, determina a função das provas, de forma que: “As provas têm por função a demonstração da realidade dos factos”. Sobre a história do processo civil italiano, cf. DENTI, Vittorino. Francesco Carnelutti e le riforme del processo Civile. *In: Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Anno 50, n.º 2, Milano: Giuffrè Editore, 1996, pp. 407-418.

³⁹GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, intercepções e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 454.

⁴⁰Para melhor compreensão sobre as funções da prova, sugere-se: TARUFFO, Michele. *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*. *In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno. 51, n.º 3, Milano: Giuffrè Editore, 1997, pp. 553-574.

objetivos substancialmente diversos que acabam por ser introduzidos ao processo de forma a colaborarem para uma melhor convicção do magistrado relativamente à existência (*ou não*) de determinada alegação fática, mostrando-se fundamental para a busca e descobrimento da verdade material⁴¹. Com isso, objetiva-se atingir uma decisão justa e correta⁴².

Necessita-se, então, ser criada no *espírito do julgador* uma convicção estabelecida num “*alto grau de probabilidade*”⁴³ de que determinado fato afirmado pela parte terá acontecido. Com efeito, no tocante à *produção de provas* no processo, nas palavras de Amaral, ela pode ser compreendida como um mecanismo orientado a alcançar a verdade material da maneira mais íntegra possível, de modo a possibilitar a formação da persuasão (*convencimento*) do magistrado⁴⁴ sobre a questão a ser por ele julgada no processo⁴⁵.

Por fim, referimo-nos unicamente a uma “*veracidade proporcional*” (com “*alto grau de probabilidade*”⁴⁶), tendo em vista que o convencimento absoluto, próprio das ciências exatas, é impraticável nas ciências jurídicas pelo fato de que as afirmações dos fatos acerca dos quais versa a prova são circunstâncias da vida real dificilmente desvendados na sua integralidade⁴⁷. Decerto, pode-se inferir que a prova⁴⁸ incide sobre a matéria fática e não sobre a matéria de direito, posto que o que forma a convicção do julgador são as ocorrências

⁴¹CAMPOS, 2018, p. 25.

⁴²Nesse sentido, observa-se que: “[...] é o que ora se visa com a presente reforma, quando se preconizam e consagram os concretos deveres processuais, os infungíveis poderes de gestão, a inevitável responsabilização de todos os intervenientes, tudo de molde a viabilizar e conferir conteúdo útil aos princípios da verdade material, à cooperação funcional e ao primado da substância sobre a forma. [...]” (MESQUITA, 2016, p. 13).

⁴³ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções Elementares de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1976, p. 191.

⁴⁴Reis (2012, p. 239) define a prova como sendo: “o conjunto de operações ou atos destinados a formar a convicção do juiz sobre a verdade das afirmações feitas pelas partes.”

⁴⁵AMARAL, 2017, p. 28.

⁴⁶ANDRADE, 1976, loc. cit.

⁴⁷Depreende-se, diante da jurisprudência do Tribunal Constitucional, que: “[...] Dada a importância da prova, ela constitui o ponto central do processo e, conseqüentemente, do direito processual. Por isso, em sede de prova, o direito ao processo equitativo implica a inadmissibilidade de meios de prova ilícitos, quer o sejam por violarem direitos fundamentais, quer porque se formaram ou obtiveram por processos ilícitos. [...]” (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 248/09*. Processo n.º 78/09. Relator: Conselheiro João Cura Mariano. Lisboa, 15 de junho de 2009.

Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/1191480/details/maximized>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018).

⁴⁸Conforme Carnelutti, observa-se que: “as provas são assim um equivalente sensível do facto para uma avaliação, no sentido de que proporcionam ao avaliador uma percepção mediante a qual lhe foi possível adquirir o conhecimento desse facto” (CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1942, p. 492).

concretas da vida real e não indagação, interpretação e aplicação das regras jurídicas, de acordo com o que dispõe claramente o art. 5.º, n.º 3, do CPC⁴⁹.

1.2 Direito à prova

Na análise da concepção constitucional brasileira, relativamente ao direito à prova, não há dúvida de que deste direito é deduzido das garantias atreladas a um justo processo, este a ser proporcionado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, transpondo-se na “liberdade de acesso às fontes e meios segundo o disposto em lei e sem restrições que maculem o justo processo”⁵⁰. Assim, de forma análoga à da existência de um direito subjetivo à ação, com abrigo constitucional, pode-se afirmar que, de forma equivalente, existe um direito subjetivo de provar no processo⁵¹ os fatos dos quais surgem as pretensões ou exceções afirmadas pelas partes⁵².

Importante ressaltar, inclusive, o entendimento de Rangel, no sentido de que: “o direito à prova significa que as partes conflituantes, por via da acção e da defesa, têm o direito a utilizarem a prova em seu benefício e como sustentação dos interesses e das

⁴⁹CPC, art. 5.º: “Ónus de alegação das partes e poderes de cognição do tribunal. [...] 3. O juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito” (PORTUGAL. Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho. *Código de Processo Civil (Novo)*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em: 23 de novembro de 2018).

⁵⁰AMARAL, 2017, p. 32; DINAMARCO, Cândido Rangel. *O princípio do contraditório e sua dupla destinação: Fundamentos do processo civil moderno*. Vol. 1. 6.ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2010, p. 47. Nesse mesmo sentido, cf. GRINOVER, 2013, p. 614. Relativamente ao argumento que sustenta a importância do Direito na sociedade *contemporânea*, mostram-se as suas origens pelos estudos exarados pelo jurista americano Wacks (2015, p. 3), os quais levam-nos a concluir que: “[...] *The genesis of law. Despite the importance of law in society, its manifestation in the form of general codes first appear only around 3000 B.C. Prior to the advent of writing, laws exist only in the form of custom. And the absence of written law retards the capacity of these rules to provide lasting or extensive application. Among the first written codes is that of Hammurabi, king and creator of the Babylonian empire. It appeared in about 1760 B.C. and is one of the earliest instances of a ruler proclaiming a systematic corpus of law to his people so that they are able to know their rights and duties.* [...]”

⁵¹Na temática do estudo no âmbito *processual civil*, recomenda-se: TARUFFO, Michele. L’insegnamento accademico del diritto processuale civile. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno. 50, n.º 2, Milano: Giuffrè Editore, 1996, pp. 551-558. Assim, na Itália, ressalta-se que, relativamente ao “*diritto alla prova e accertamento della verità*”, Passanante ensina: “*Nella prospettiva di verificar la compatibilità della scelta se ammettere o meno la prova illecita nel processo con i principi costituzionali, assume un rilievo primario il c.d. “diritto alla prova” oggi ampiamente riconosciuto tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza.* [...]” (PASSANANTE, Luca. *La Prova Illecita Nel Processo Civile*. Collana del Dipartimento di Giurisprudenza Università Degli Studi di Brescia. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017, p. 355).

⁵²AMARAL, 2017, loc. cit.

pretensões que apresentaram em tribunal”⁵³. Cumpre dizer, quanto ao direito à prova⁵⁴, apesar de ser um direito, este, por consequência, encontra limitações nas garantias constitucionais da proteção da intimidade, da dignidade humana, do sigilo das comunicações, bem como, a título de ilustração, dos elementos em geral, os quais são necessariamente capazes de comportar restrições mediante decisão judicial⁵⁵.

Levando-se em consideração a real existência de um direito à prova, observa-se que a doutrina se comporta de maneira convergente⁵⁶. Com tal característica, abrange-se a concessão de iguais possibilidades de as partes postularem a produção de provas, o direito de colaborar na sua realização, o direito à valoração da prova, como também o de se manifestarem sobre os seus resultados no processo⁵⁷.

Ao mesmo tempo, observa-se que, na esfera infraconstitucional, o direito à prova está indiretamente afirmado pelo art. 369.º do CPC/2015⁵⁸, que garante “tanto o direito ao emprego das técnicas (*meios de prova*), quanto o de se submeter a elas os elementos externos

⁵³Cf. RANGEL, 2006, p. 75. Passanante refere-se ao entendimento de Taruffo (1984, p. 88 apud PASSANANTE, 2017, p. 356) no sentido de que: “È necessario premettere che anche le voci più critiche nei confronti dei limiti di ammissibilità delle prove hanno riconosciuto la legittimità e la giustificabilità di quelli dettati da esigenze extra-processuali.”

⁵⁴Conforme Taruffo, tem-se que: o direito à prova significa “o direito da parte de utilizar todas as provas de que dispõe, de forma a demonstrar a verdade dos factos em que sua pretensão se funda” (TARUFFO, Michele. *Il Diritto alla prova nel processo civile*. In: *Riv. Dir. proc.*, 1984, pp. 77-78 apud ALEXANDRE, 1998, p. 70).

⁵⁵BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da Prova Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 26. No Direito italiano, ressalta-se que: “[...] è essenziale corollario del diritto di azione e di difesa ed è costituito da una serie di posizioni giuridiche soggettive strumentali, di cui la parte è titolare in quella particolare fase del processo rappresentata dall’istruzione probatoria [...]” (PICARDI, N. *Manuale del processo civile*. III ed. Milano: Giuffrè, 2013, p. 310 apud PASSANANTE, op. cit., p. 355).

⁵⁶De acordo com a presente investigação, observou-se que são diversos os conceitos jurídicos existentes na doutrina interna e estrangeira acerca do elemento probatório. No entanto, percebemos em todos a sua essencialidade estruturante no tocante a sua imagem jurídica à luz processual, assim sustentando Rangel (2006, p. 40): “a necessidade da prova é fundamental” tornando correto que “a sua falta ou insuficiência geradora de dúvidas sobre os factos alegados em juízo ainda que seja insuperável no plano psicológico, não recebe nem dá qualquer cobertura legal para que o juiz decida”, razão pela qual o Magistrado deverá obrigatoriamente preferir um *decisium*, seja este favorável ou desfavorável, ao autor.

⁵⁷MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A garantia do contraditório na atividade de instrução*: Temas de direito processual. 3.ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 67; CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 46; AMARAL, 2017, p. 32. Completa-se: “[...] In un ordinamento in cui vige il diritto alla prova, quale manifestazione essenziale della garanzia dell’azione e di difesa, le preoccupazioni di compatibilità costituzionale della prova illecita debbono essere a nostro avviso in qualche modo rovesciate rispetto alla prospettiva nella quale normalmente vengono poste, affinché si possa verificar la legittimità delle regole processuali, ancorché ricavate in via ermeneutica, che intendono escluderla [...]” (PASSANANTE, op. cit., p. 356).

⁵⁸CPC do Brasil, art. 369.º: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz” (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 23 de novembro de 2018).

úteis e obtidos por modos legítimos (*fontes*)”⁵⁹. Diante destas afirmações, pode-se depreender que o direito à prova é extraído tanto da Constituição⁶⁰, quanto da legislação infraconstitucional.

De uma perspectiva, o direito à prova dirige autoridade ao magistrado, o qual deverá considerar todas as provas idôneas a contribuir para seu convencimento (*mesmo que não previstas expressamente em lei*)⁶¹, valorar as provas que forem sendo produzidas, indicando quais fatos foram provados e quais reputa não provados, examinando criticamente as provas, como ainda destacando as razões de decidir que nortearam a formação de sua convicção⁶². Por outro ângulo, o direito à prova concede às partes o direito fundamental de produzirem todas as provas compatíveis com a lei que sejam idôneas e necessárias à comprovação de suas alegações⁶³⁻⁶⁴.

Verdadeiramente, assegura que as partes contradigam as provas produzidas no processo (*pela parte contrária ou determinadas pelo magistrado*) de forma a influir ativamente em todas as fases de desenvolvimento da prova⁶⁵. Logo, destas considerações decorrem as consequências existentes para as partes e para o julgador⁶⁶. Com tais características, entende-se que será prejudicial ao direito à prova o comportamento, por exemplo, do magistrado ou de alguma das partes que dificulte que a outra parte tenha o pleno acesso ao material probatório⁶⁷. Logo, mostra-se relevante a afirmação de Teixeira de que “a função da prova não está restrita à construção dos fatos jurídicos alegados pelas partes

⁵⁹DINAMARCO, 2010, pp. 46-47.

⁶⁰Assim, no que concerne ao direito à prova, não restam dúvidas de que se trata de um direito constitucionalizado e, substancialmente, vinculado com a busca da verdade material.

⁶¹ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de la prueba judicial*. Vol. I. 1.ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 24; RICCI, 2012, pp. 381-382. De acordo com Capelo, observa-se que determinado fato é considerado, por assim dizer, notório, no momento em que o Magistrado o conhece do jeito que tal restou apresentado, na posição do cidadão comum, frequentemente informado, sem ter a necessidade deste recorrer a operações lógicas, bem como cognitivas, nem sequer a juízos presuntivos (CAPELO, Maria José. Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais. *In: Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 143, n.º 3985, Coimbra: Coimbra Editora, março/abril de 2014, p. 291).

⁶²GRINOVER, 2013, p. 614; RANGEL, 2006, pp. 75-76.

⁶³MOREIRA, José Carlos Barbosa. Restricciones a la prueba en la constitución brasileña. *In: Revista de processo*, n. 82, São Paulo, abril/junho 1996, p. 152.

⁶⁴Vozes na doutrina como, por exemplo, José Frederico Marques que entende que: “A prova é assim elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam as suas alegações [...]. Com a prova o que se busca é a configuração real dos fatos sobre as questões a serem decididas no processo. Para a averiguação desses fatos, é da prova que se serve o juiz, formando, ao depois, sua convicção” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 2. São Paulo: Bookseller, 1997. p. 253).

⁶⁵AMARAL, 2017, p. 33.

⁶⁶MOREIRA, 1996, loc. cit.

⁶⁷GRINOVER, op. cit., p. 615.

para a formação do convencimento do juiz; possui também a finalidade de meio de argumentação utilizado no ‘diálogo judicial’ realizado pelos litigantes”⁶⁸. Ademais, outro ângulo pertinente é o de que, com relação ao direito à prova, corroboramos com a ideia de que este direito é constitucionalizado não e vinculado com a busca da verdade material.

Por fim, e como já mencionado, à rigor, é lícito prever que a admissibilidade da prova exigirá, por vezes, a mitigação de garantias resultantes do direito à prova, tal como o contraditório⁶⁹. Tais asserções admitem depreender que a constatação da existência de um direito à prova figurará como suporte constitucional para a abrangência probatória expressa na legislação processual de que, por exemplo, até mesmo uma prova atípica é manifestação concreta do estudo do direito à prova⁷⁰. É possível dizer, por conseguinte, que o direito à prova está associado a um justo processo, assegurando, com tal característica, nomeadamente, a preservação dos princípios constitucionais basilares da ampla defesa e do contraditório, com independência do polo ocupado (autor ou réu/arguido), ao longo da relação processual.

1.3 Limitações ao direito à prova

Ao examinar as limitações ao direito à prova, menciona-se o entendimento de Andrade⁷¹ ao sustentar, relativamente às proibições de prova, dois fins essenciais: “(a) assegurar a inviolabilidade do núcleo irredutível dos direitos fundamentais dos cidadãos; (b) preservar o alicerce do próprio modelo processual”; e, a este propósito, Alexandre diz que ambos os objetivos estão presentes também no Processo Civil⁷². Aury Lopes Jr.⁷³, por seu

⁶⁸TEIXEIRA, Ana Paula Furlan. *Estudo das provas ilícitas no processo penal*. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2016, p. 20.

⁶⁹AMARAL, 2017, p. 33. Nesse sentido, segundo Passanante (2017, p. 356), observa-se que: “[...] *precede, che argomentano la possibilità di ricavare in via interpretativa un divieto all’ammissibilità della prova illecita nel processo civile direttamente dai principi costituzionali.*”

⁷⁰Ibid.

⁷¹Cf. ANDRADE, Costa. *Parecer*, C 1981, Tomo I, p. 8 apud ALEXANDRE, 1998, p. 48.

⁷²De acordo com Alexandre (1998, p. 73), nota-se que, embora não seja facilitada a sua determinação na prática, por sua vez, o direito à prova acaba por apresentar “*limites intrínsecos*” e, como outros direitos, não pode ser concebido pelo ordenamento jurídico de maneira absoluta. Portanto, ressalta-se que esta é a interpretação dada ao art. 6.º, n.º 3, *al. d*), da CEDH, a qual, embora refira-se ao procedimento penal, se tem considerado aplicável ao procedimento civil, a consagrar, assim, implicitamente o *direito à prova*.

⁷³De forma complementar, observa-se que, para Lopes Jr.: “[...] O processo penal, inserido na complexidade do ritual judiciário, busca fazer uma reconstrução (aproximativa) de um fato passado. Através – essencialmente – das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade recognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. É a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (story of the case) arrado na peça acusatória. O processo penal e a prova

turno, pondera que o material probatório acaba por propiciar uma atividade, por assim dizer, *cognitiva* do julgador diante dos fatos trazidos pelos litigantes no processo, ocasionando, com isso, a influência no convencimento (*convicção*) do magistrado.

No tangente aos demais meios de prova, percebe-se que as normas constantes do CPC⁷⁴ evitam o recurso a autodefesa para guarida dos direitos. É nesse sentido que o CPC determina, justamente no seu art. 1.º, o veto (*proibição*) da autotutela, na proporção em que esta, em primeira circunstância, implicaria o uso da força (por consequência, afetaria a paz) e, em segundo, não valoriza a justiça.

Concernente aos meios probatórios permitidos no processo, observa-se que existem claras limitações⁷⁵. Dessa maneira, segundo assevera Campos, a vedação da produção de prova estabelece somente a *inadmissibilidade* em determinados casos, ou seja, relativos a certos *temas, meios e métodos* de prova⁷⁶. Com isso, quanto à inadmissibilidade de *certos temas de prova*, a vedação é a de demonstrar determinado fato, ou seja, respeitante à independência ao meio de prova empregado, *v.g.* o que dispõe o artigo 454.º, n.º 2, do CPC⁷⁷. Por outro lado, respeitante aos *meios de prova*, observa-se que estes são relativos ao momento em que algum *meio de prova* colide com algum interesse digno de proteção, *v.g.*

nele admitida, integram o que se poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. V. 1. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Editora: Lumen Juris, 2008, p. 482).

⁷⁴Consoante a *exposição de motivos* do novo CPC lusitano, tem-se que: “o Código de Processo Civil é, por natureza, um dos mais sensíveis corpos normativos de qualquer ordenamento jurídico. Desde logo, face à sua índole e à sua função paradigmática e inspiradora dos demais direitos adjectivos, sofre e beneficia de especial relevo na praxis judiciária. Além disso, é nele que se busca o equilíbrio entre as funções do Estado e os direitos dos cidadãos, o que lhe confere uma adequada sensibilidade social, quer para os intervenientes processuais, quer para os cidadãos e ainda para as próprias empresas” (MESQUITA, 2016, p. 13).

⁷⁵Dessa forma, importante, ainda assim, destacar que, perante certos casos, mais à frente da essencialidade do elemento probatório que impende em relação as partes, o réu na altura de resposta à dedução realizada pelo autor na petição inicial, deve “apresentar na acção principal, a respectiva reconvenção, sob pena de perder de modo inelutável, a possibilidade do exercício, no futuro, do seu direito” (MESQUITA, Luís Miguel de Andrade. *Reconvenção e Excepção no processo Civil*: o dilema da escolha entre a reconvenção e a excepção e o problema da falta de exercício do direito de reconvir. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 12-13).

⁷⁶CAMPOS, 2018, p. 32.

⁷⁷CPC, art. 454.º (PORTUGAL, 2013): “Factos sobre que pode recair. 1. O depoimento só pode ter por objeto factos pessoais ou de que o depoente deva ter conhecimento. 2. Não é, porém, admissível o depoimento sobre factos criminosos ou torpes, de que a parte seja arguida.”

o que está disposto nos artigos 497.º do CPC⁷⁸ e 167.º do CPP⁷⁹. Finalmente, em referência aos *métodos de prova*, estes estão presentes nas situações em que a prova é obtida mediante ofensa à integridade física ou moral das pessoas, *v.g.* o que está disposto nos artigos 126.º do CPP⁸⁰ e 516.º, n.º 3, do CPC⁸¹⁻⁸².

Consoante tais ponderações apresentadas, Castro⁸³ recorda a relevância do material probatório de um fato no intuito de exercer um direito, uma vez que:

⁷⁸CPC, art. 497.º (PORTUGAL, 2013): “Recusa legítima a depor. 1. Podem recusar-se a depor como testemunhas, salvo nas ações que tenham como objeto verificar o nascimento ou o óbito dos filhos: a) Os ascendentes nas causas dos descendentes e os adotantes nas dos adotados, e vice-versa; b) O sogro ou a sogra nas causas do genro ou da nora, e vice-versa; c) Qualquer dos cônjuges, ou ex-cônjuges, nas causas em que seja parte o outro cônjuge ou ex-cônjuge; d) Quem conviver, ou tiver convivido, em união de facto em condições análogas às dos cônjuges com alguma das partes na causa. 2. Incumbe ao juiz advertir as pessoas referidas no número anterior da faculdade que lhes assiste de se recusarem a depor. 3. Devem escusar-se a depor os que estejam adstritos ao segredo profissional, ao segredo de funcionários públicos e ao segredo de Estado, relativamente aos factos abrangidos pelo sigilo, aplicando-se neste caso o disposto no n.º 4 do artigo 417.º.”

⁷⁹CPP, art. 167.º (PORTUGAL, 1987): “Valor probatório das reproduções mecânicas. 1 – As reproduções fotográficas, cinematográficas, fonográficas ou por meio de processo electrónico e, de um modo geral, quaisquer reproduções mecânicas só valem como prova dos factos ou coisas reproduzidas se não forem ilícitas, nos termos da lei penal. 2 – Não se consideram, nomeadamente, ilícitas para os efeitos previstos no número anterior as reproduções mecânicas que obedeceram ao disposto no título III deste livro.”

⁸⁰CPP, art. 126.º (PORTUGAL, 1987): “Métodos proibidos de prova. 1 – São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. 2 – São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível. 3 – Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular. 4 – Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas serem utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo.”

⁸¹CPC, art. 516.º (PORTUGAL, 2013): “Regime do depoimento. 1. A testemunha depõe com precisão sobre a matéria dos temas da prova, indicando a razão da ciência e quaisquer circunstâncias que possam justificar o conhecimento; a razão da ciência invocada é, quando possível, especificada e fundamentada. 2. O interrogatório é feito pelo advogado da parte que ofereceu a testemunha, podendo o advogado da outra parte fazer-lhe, quanto aos factos sobre que tiver disposto, as instâncias indispensáveis para se completar ou esclarecer o depoimento. 3. O juiz deve obstar a que os advogados tratem desprimorosamente a testemunha e lhe façam perguntas ou considerações impertinentes, sugestivas, capciosas ou vexatórias. 4. O interrogatório e as instâncias são feitos pelos mandatários das partes, sem prejuízo dos esclarecimentos pedidos pelo juiz ou de este poder fazer as perguntas que julgue convenientes para o apuramento da verdade. 5. O juiz avoca o interrogatório quando tal se mostrar necessário para assegurar a tranquilidade da testemunha ou pôr termo a instâncias inconvenientes. 6. A testemunha, antes de responder às perguntas que lhe sejam feitas, pode consultar o processo, exigir que lhe sejam mostrados determinados documentos que nele existam, ou apresentar documentos destinados a corroborar o seu depoimento; só são recebidos e juntos ao processo os documentos que a parte respetiva não pudesse ter oferecido. 7. É aplicável ao depoimento das testemunhas o disposto no n.º 2 do artigo 461.º.”

⁸²CAMPOS, 2018, p. 32.

⁸³CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. *Teoria das Provas e suas aplicações aos Atos Civis*. Imprensa: Campinas, Servanda, 2000, p. 30.

Os direitos são independentes das provas no que diz respeito à sua existência, porque, antes de serem provados, já existiam: contudo, um direito qualquer, antes de se provar a sua existência, é inútil porque não se lhe pode auferir resultado algum. *Probare oportet, nec sufficit dicere*, como diziam as leis romanas que se ocupavam desta importante matéria.

Bastante significativo é o entendimento defendido por Grinover⁸⁴, no âmbito das proibições de prova, ao sustentar a relevância de serem consideradas a natureza *substancial* ou *processual* existentes. Com tal característica, uma proibição de natureza *substancial* é observada fundamentalmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, porquanto é independentemente do processo; por outro lado, tem natureza *processual* no momento em que “for colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo”⁸⁵.

Além disso, mostra-se importante referir que a questão posta em causa, em se tratando do direito tutelado, não necessita este restar provado, haja vista que ao magistrado cabe a obrigatoriedade de reconhecê-lo, conforme o brocardo jurídico *iura novit curia*⁸⁶. Ou seja, o juiz, nem as partes poderão aduzir a ignorância/desconhecimento da lei *ignorantia legis neminem excusat*.

De acordo com os estudos de Freitas⁸⁷, a título de exemplificação, no Tribunal Constitucional Alemão está segura a jurisprudência no sentido de que somente as *provas* consideradas *irrelevantes* poderão ser recusadas. Igualmente, conforme demonstrado, tal fundamento jurisprudencial está alicerçado, pois se considera que as partes têm o direito, não só à proposição, mas, inclusive, à admissibilidade das provas significativas para a análise e julgamento da questão posta em causa. Por essa razão, percebe-se que não devem ser consideradas, no preliminar juízo de *admissibilidade probatória*, as questões que venham, de pronto, a apreciar/valorar a prova em si, pois esta não restou, *em tese*, produzida pelas partes⁸⁸.

Ao contrário do acima sustentado, pode-se encontrar alguma proibição de produção de prova⁸⁹ se, a título de exemplificação, não for ponderado pelas partes o limite máximo de

⁸⁴GRINOVER, 2013, p. 598.

⁸⁵Ibid.

⁸⁶TEIXEIRA, 2016, p. 26.

⁸⁷TROCKER, Nicolò. Processo cit. p. 528; FROHN, Hansgeorg. Rechtliches Gehor und richterliche Entscheidung. Berlin, Dunker und Humblot, 1989, p. 88 apud FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil*. 4.^a ed. Coimbra: Gestlegal Editora, 2017, nota de rodapé da página 131.

⁸⁸Ibid.

⁸⁹Conforme Canotilho, observa-se que: “Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o carácter instrumental de proteção dos direitos. As garantias traduziam-se

dez testemunhas plasmado no art. 511.º do CPC⁹⁰, isto é, todos os nomes que ultrapassem este limite imposto legalmente consideram-se não escritos, em consonância com o que está previsto no n.º 3 da referida prescrição legal⁹¹. Assim, entendemos que seria, por assim dizer, equivocado imaginar o direito à prova como um direito absoluto (*integral e ilimitado...*), razão pela qual, a tomar por embasamento a recusa de um meio de prova, demonstramos que é possível esta resultar sem que haja uma evidente violação do direito de ação⁹².

Consequentemente, pode-se estabelecer que o direito à prova poderá ser objeto de determinadas limitações intrínsecas, toda vez que o objeto daquele não seja apropriado⁹³. Dessa maneira, mostra-se relevante demonstrar, nas palavras de Taruffo, que: “a relevância da prova define e circunscreve exatamente o objeto do direito à prova, que se considera como um direito à prova relevante”⁹⁴. Afinal de contas, Wacks⁹⁵ ensina-nos, no que diz respeito às funções do Direito em sociedade, que: “*football, chess, bridge are unthinkable without rules*”.

E, então, completa de forma a dizer que:

[...] It is not surprising therefore that when they are formed into larger social groups, humans have always required laws. Without law, society is barely conceivable. We tend, unfortunately, towards selfishness. The restraint that law imposes on our liberty is the price we pay for living in a community. “We are slaves of the law” wrote the great Roman lawyer Cicero, “so that we may be free”. And the law has provided the security and self-determination that has, in large part, facilitated social and political advancement⁹⁶.

Como expoente no direito comparado, menciona-se o entendimento de Trocker⁹⁷, ao afirmar que, na Alemanha, a perspectiva de serem retiradas proibições de prova da Constituição foi estabelecida através do Supremo Tribunal Federal Alemão

quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a protecção dos seus direitos, que no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 520).

⁹⁰CPC, art. 511.º (PORTUGAL, 2013): “Limite do número de testemunhas. 1. Os autores não podem oferecer mais de 10 testemunhas, para prova dos fundamentos da ação; igual limitação se aplica aos réus que apresentem uma única contestação; nas ações de valor não superior à alçada do tribunal de 1ª instância, o limite do número de testemunhas é reduzido pela metade. [...] consideram-se não escritos os nomes das testemunhas que no rol ultrapassem o número legal.”

⁹¹CAMPOS, 2018, p. 33.

⁹²Alexandre (1998, p. 79) refere: “[...] qualquer restrição à admissibilidade de meios de prova há de seguir um interesse juridicamente relevante e ser proporcionada.”

⁹³CAMPOS, 2018, p. 33.

⁹⁴TARUFFO, 1984, p. 78.

⁹⁵WACKS, 2015, p. 19.

⁹⁶Ibid.

⁹⁷Cf. TROCKER, N. *Processo Civile e Costituzione (Problemi di diritto tedesco e italiano)*. Giuffrè, Milano, 1974, pp. 576-578 apud ALEXANDRE, 1998, pp. 109-110.

(*Bundesgerichtshof*), num acórdão de 1954⁹⁸, de forma que restou reconhecida a existência de um determinado direito geral de personalidade, além da suscetibilidade de violação dos direitos fundamentais por entidades públicas e por particulares, sustentando a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações cercadas por particulares, o que acarretou na admissão da existência de proibições probatórias constitucionais.

Isto, todavia, segundo Andrade⁹⁹, relativamente ao direito positivo alemão, “está longe de dar expressão congruente a um programa de salvaguarda dos bens jurídicos coenvolvidos no processo”, na proporção em que só ocorreu uma maior evolução estabilizada e congruente quando as agressões por particulares, sobretudo concernente aos bens jurídicos atinentes à reserva da vida privada e ao segredo, afloram na proibição, consensualmente reconhecida, por exemplo, da valoração das gravações ilícitas e diários íntimos¹⁰⁰⁻¹⁰¹.

De acordo com o *entendimento jurisprudencial português*, de forma a elucidar a questão ora analisada, tem-se que outras limitações poderão ser objeto de estudo relativamente ao direito de ação, o qual acaba por ceder perante os direitos fundamentais¹⁰². Todavia, observa-se que outros limites igualmente poderão ser lembrados quando a questão posta seja concernente ao direito de ação, tendo em vista que o art. 32.º, n.º 8, da CRP declara que: “são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física e moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência

⁹⁸Cf. BHG, ac. De 25-05-1954, JZ 1954, p. 698 e ss. apud ALEXANDRE, 1998, pp. 109-110.

⁹⁹Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 184-185.

¹⁰⁰Com efeito, percebe-se que, conforme Correia, a proibição do uso da força e a valorização da justiça são os dois pilares basilares em que assentam o princípio da autotutela, consagrado pelo legislador no art. 1.º, e importante critério para compreendermos a lógica processual civil (CORREIA, Têssia Mathias. *A Prova no Processo Civil: reflexões sobre o problema da (in)admissibilidade da prova ilícita*. 2015. 161 p. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/29914/3/A%20prova%20no%20processo%20civil.pdf>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018, p. 19).

¹⁰¹A título de exemplo, colhe-se os dados de uma decisão jurisprudencial portuguesa, qual seja: “O dano causado à privacidade de um elevado número indeterminado de pessoas, afectadas num direito fundamental, nos termos requeridos é demasiadamente grave e não pode ser ultrapassado, sacrificando o seu direito fundamental da privacidade e inviolabilidade nas telecomunicações em prol da investigação.” (PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra. *Processo n.º 388/17.4JACBR-A.CI*. Relator: Inácio Monteiro. Coimbra, 10 de janeiro de 2018. Disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/3ea641d4a2bd9aca8025821300422235?OpenDocument&Highlight=0,prova,il%C3%ADcita>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2018).

¹⁰²Neste sentido, cf. PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra. *Processo n.º 1162/11.7TTCBR.CI*. Relator: Ramalho Pinto. Coimbra, 03 de julho de 2014. Disponível em: <<http://bibliobase.sermais.pt:8008/BiblioNET/Upload/HTML/007002%20Ac%C3%B3rd%C3%A3o%20TR%20Coimbra.html>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.

ou nas telecomunicações”. Logo, conforme esclarece Taruffo, as limitações que, por primeiro, seriam consideradas relativas poderão tornar-se absolutas se a parte que estiver com impedimento de utilizar a prova que pretende não empregar (nem dispuser) de nenhuma outra¹⁰³.

Salienta-se que, das muitas controvérsias existentes em relação à regulamentação da matéria probatória, o presente investigativo está limitado à análise das tão-só *provas ilícitas*, a fim de examinar se, nomeadamente, o ordenamento jurídico português vedou de maneira perentória a sua *admissão* no processo ou se, ao contrário disso, será possível rechaçar uma suposta proibição generalizada prevista na Constituição para certos casos concretos.

Com efeito, no plano das provas ilícitas, percebe-se a confirmação, no Processo Civil, de uma limitação ao direito à prova para o resguardo dos direitos fundamentais, conforme seguiu disposto no art. 417.º, n.º 3¹⁰⁴, e no art. 490.º, n.º 1¹⁰⁵, com a proteção dos bens jurídicos constitucionais¹⁰⁶. Nesse sentido, observa-se que o ordenamento jurídico português instiga para estar cercado da essência relativa à tutela dos bens jurídicos ao dispor expressamente os métodos probatórios proibidos no art. 126.º do CPP¹⁰⁷.

¹⁰³TARUFFO, 1984, p. 80.

¹⁰⁴CPC, art. 417.º (PORTUGAL, 2013): “Dever de cooperação para a descoberta da verdade. [...] 3. A recusa é, porém, legítima se a obediência importar: a) Violação da integridade física ou mora das pessoas; b) Intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações; c) Violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado, sem prejuízo do disposto no n.º 4 [...]”

¹⁰⁵CPC, art. 490.º (PORTUGAL, 2013): “Fim da inspeção. 1. O tribunal, sempre que julgue conveniente, pode, por sua iniciativa ou a requerimento das partes, e com ressalva da intimidade da vida privada e familiar e da dignidade humana, inspecionar coisas ou pessoas, a fim de se esclarecer sobre qualquer facto que interesse à decisão da causa, podendo deslocar-se ao local da questão ou mandar proceder à reconstituição dos factos, quando a entender necessária [...]”

¹⁰⁶Com propósito, concordamos com o ponto de vista de que existem limitações ao direito à prova, tendo em vista, nomeadamente, a preocupação do legislador em preservar a inviolabilidade dos direitos fundamentais.

¹⁰⁷CPP, art. 126.º (PORTUGAL, 1987): “Métodos proibidos de prova. 1 – São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. 2 – São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível. 3 – Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular. 4 – Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo.”

1.4 Diretrizes fundamentais da atividade probatória

1.4.1 Princípio da aquisição das provas (ou comunhão das provas)

Ao falar sobre o *princípio da aquisição das provas (ou comunhão das provas)*, deve-se perceber que o extenso assunto dos princípios envolve o direito à prova perante múltiplas perspectivas. Assim, cremos que, sobretudo, o tribunal precisa ponderar todas as provas produzidas. A propósito, merece ênfase que os elementos probatórios a serem considerados pelo magistrado são capazes de, inclusive, não terem sido emanados da parte que devia produzi-los (CPC, art. 413.º).

Ademais, mostra-se razoável atestar que o brocardo jurídico “aquilo que não está nos autos não está no mundo” (*quod non est in actis no est in mundo*) possivelmente tenha sido a primeira diretriz generalizada das provas no processo, no intuito de que o magistrado somente pode fundamentar seu veredito no material probatório que efetivamente tenha sido produzido no encadeamento processual¹⁰⁸.

No que concerne a este princípio ora estudado, Reis aponta que: “emanem ou não da parte sujeita ao ônus subjectivo da prova”, o princípio em causa prende-se com o ônus probatório, especialmente ao *ônus objetivo*¹⁰⁹. Em Portugal, o *princípio da aquisição processual* está previsto no art. 413.º e declara que: “o tribunal deve tomar em consideração todas as provas produzidas, tenham ou não tenham emanado da parte que devia produzi-las [...]”¹¹⁰. Nesse sentido, o ônus subjectivo está conectado a quem precisa produzir a prova e, em compensação, o ônus objetivo aponta no sentido de quais os fatos que necessitam ser provados na direção de que a decisão apresente determinado conteúdo.

De acordo com Capez¹¹¹, no âmbito do direito probatório, é necessário que o elemento (*objeto*) probatório utilizado tenha a sua admissibilidade prevista na legislação ou nos costumes judiciais. Soma-se a esta fundamentação o fato de que a ideia de “*aquisição*

¹⁰⁸BONIZZI, 2017, p. 29.

¹⁰⁹Todavia, diante do questionamento apresentado pelo referido autor, tem-se que a finalidade prática na diferenciação dos dois aspectos do ônus soma-se ao fato de que o ônus objetivo se formou por influência do regime processual austríaco, o qual, em seguida, restou absorvido na doutrina alemã por aprimoramento de Rosenberg, bem como espalhou-se na doutrina italiana (cf. REIS, 2012, p. 272).

¹¹⁰CPC, art. 413.º (PORTUGAL, 2013): “Provas atendíveis. O tribunal deve tomar em consideração todas as provas produzidas, tenham ou não emanado da parte que devia produzi-las, sem prejuízo das disposições que declarem irrelevantes a alegação de um facto, quando não seja feita por certo interessado.”

¹¹¹CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 12.ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 262.

da prova”¹¹² igualmente é considerada um princípio pelo pensamento doutrinário em maior parte, ainda que não tenha dimensão considerável para tal proporção. Portanto, após produzido, o indício do material probatório pertence ao encadeamento processual e não mais a quem produziu (“apresentou nos autos”), isto é, se a revelação probatória eventualmente produzida pelo autor favorecer a parte adversa (réu), com tal característica dar-se-á a sua valoração pelo juiz. Se o réu, por sua vez, esforçou-se a determinada prova, tendo, por exemplo, inquirido uma certa testemunha, não obstante seu testemunho favoreça ao autor, o aproveitamento desenrolar-se-á de forma análoga, dado que a evidência originada pelo material probatório apresentado pertence ao procedimento processual (aos autos processuais). Em recapitulação, nos termos do prescrito no art. 371.º do CPC brasileiro, o juiz apreciará a prova livremente, “independentemente do sujeito que a tiver produzido”, daí decorrendo o desígnio de aquisição¹¹³⁻¹¹⁴.

No estudo teórico, observa-se que existem três correntes que levam em conta a resolução da questão acerca da inviolabilidade do e-mail. Assim, existe quem defenda o impedimento de violação do e-mail, em razão de este ser uma maneira de se suprir a

¹¹²Nesse sentido, relativamente à “aquisição da prova”, tem-se que, na Itália, para Taruffo (1984, p. 92 apud RANGEL, 2006, p. 75), o *direito à prova* não teria de fato sentido algum se não tivesse relação direta com o direito à aquisição das mesmas pelas partes, tendo em vista serem consideradas “provas admissíveis e relevantes.”

¹¹³BONIZZI, 2017, pp. 29-30.

¹¹⁴Importante ressaltar que, na atualidade, cada vez mais, os advogados fundamentam as suas pretensões nas *provas digitais*, razão pela qual, recentemente, está vigente na Europa a regras de proteção de dados estabelecidas no *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da EU* (RGPD), pois, de fato, estamos a viver uma nova “era”, ou seja, denominada de “era digital”. Sobre este regramento, recomenda-se o estudo das especificidades do RGPD constantes no site: <https://europa.eu/youreurope/citizens/consumers/internet-telecoms/data-protection-online-privacy/index_pt.htm>. Acesso em 23 de novembro de 2018. Com efeito, relativamente a este ponto, observa-se na doutrina espanhola o seguinte apontamento: “[...] *Todas estas novedades en las tecnologías de la información y comunicación constituyen una realidad insoslayable que no puede ser minusvalorada por el ordenamiento jurídico. En efecto, cada vez con mayor frecuencia los Abogados fundamentan sus pretensiones en conversaciones de WhatsApp, e-mails, fotografías digitalizadas, audiciones, archivos existentes en una – nube – o em un pen drive o documentos firmados electrónicamente. Surge, por tanto, la necesidad de regular la llamada – nueva frontera de la prueba –, lo que plantea, desde luego, numerosos interrogantes. [...]*” (PALACIOS, Fernando Pinto; CAPILLA, Purificación Pujol. *La Prueba en la Era Digital*. Madrid: Wolters Kluwer España, S/A, 2017, p. 25). No tocante às novas tecnologias que acabam por gerar documentos (provas documentais), observa-se que: “[...] *El origen de las redes sociales. Con anterioridad al año 1995 fueron muchos los intentos infructuosos que pretendían establecer redes de comunicación de forma telemática. [...]*” (CAPILLA, Purificación Pujol. *La nueva prueba documental en la era digital: su valoración en juicio*. Madrid: Editorial Jurídica Sepín, S. L., 2014, p. 11). Para além disso, de forma complementar, mostra-se o entendimento norte-americano sobre a legislação europeia de proteção de dados, demonstrado por Wacks (2015, p. 135), de que: “[...] *European data protection legislation attempts to regulate the collection and use of personal information. But the law is locked in an unceasing struggle to stay ahead of advancing technology. At the heart of the law is the modest proposition that data relating to an identifiable individual should not be collected in the absence of a genuine purpose and the consent of the individual concerned. The new information technology disintegrates national borders; international traffic in personal data is routine feature of commercial life. [...]*”

comunicação escrita (*correspondência*). Em vista disso, o correio eletrônico estaria preservado pelo preceito constitucional do art. 5.º, inciso XII, da Constituição Federal brasileira, quer ele esteja em fluxo ou na caixa postal do seu destinatário. À vista disso, Coelho, em menção realizada por Braga¹¹⁵, alude que os e-mails se tornaram um meio ou forma de comunicação entre os indivíduos, sendo, por esta razão, invioláveis, em congruência com os termos de proteção expectados pelo legislador constitucional¹¹⁶.

De fato, verifica-se que, na atualidade, no decorrer do encadeamento processual, nota-se que o julgador poderá ser deparado com diversos meios de provas, os quais, anteriormente, não eram, por assim dizer, “imaginados” nos âmbitos sociais e jurídicos. Sendo assim, sustenta-se a presente afirmação diante das palavras de Capilla¹¹⁷, tendo em vista que:

Sin duda, el progreso de la humanidad ha sido impulsado por sucesivos hallazgos tecnológicos, pero estos han estado, normalmente, ligados a formas de pensamiento que iban avanzando en las conciencias o en la organización social de una manera lenta y paulatina.

É possível afirmar, assim, que a “*revolução tecnológica*” ou, conforme mencionado anteriormente, a “*era digital*”, contribuiu em muito para as alterações dos meios de provas existentes nos diversos ordenamentos jurídicos contemporâneos, os quais tornar-se-ão objeto de apreciação pelo julgador¹¹⁸.

1.4.2 Princípio do livre convencimento motivado (persuasão racional)

No ponto relativo ao *princípio do livre convencimento motivado (persuasão racional)*, observa-se que o sistema processual brasileiro não possui sua base nem no sistema

¹¹⁵BRAGA, Áureo Rogério Gil; VELASQUES, Renato Vinhas. *Crimes Contra a Ordem Tributária: Medidas Acautelatórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 126.

¹¹⁶Em complementação, Bulos entende que a interceptação e o uso do e-mail como meio de prova seria equivalente a uma comunicação telefônica, uma vez que interage com a informática, merecendo, assim, a garantia de sua inviolabilidade, conforme consta no texto constitucional. Ou seja, no entendimento do autor, por assim dizer, “alargado”, a Consituição prevê claramente essa proteção/inviolabilidade (BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 125).

¹¹⁷CAPILLA, 2014, p. 6.

¹¹⁸De forma complementar, acrescemos as relevantes observações de Wacks (2015, p. 139): “[...] *The advent of email, Facebook, Twitter, bulletin boards, newsgroups, and blogs provide fertile ground for defamatory statements online. Since the law normally requires publication to only one person other than the victim, an email message or posting on a newsgroup will suffice to found liability. But it is not merely the author of the libel who may be liable. [...]*”

da prova legal, nem no sistema do livre convencimento¹¹⁹. Assim, diante da concepção apresentada, podemos referir que a “*apreciação da prova*” se verifica, aliás, na diretriz do “*livre convencimento motivado*”, o qual confere ao magistrado uma boa margem de apreciação das provas eventualmente produzidas, de forma que poderá atribuir-lhes a valoração probante que julgar adequada, desde que a realize de forma motivada (art. 371.º, CPC brasileiro)¹²⁰. Não por acaso, Aranha¹²¹ menciona que:

O juiz é soberano quanto à indagação da verdade e à apreciação das provas. Age apenas pela sua consciência, não só no tocante à admissibilidade das provas quanto à sua avaliação, seus conhecimentos e impressões pessoais, até contra provas colhidas e, por fim, pode deixar de decidir se não formada a convicção.

Diante disso, sobre a valoração probatória a ser realizada pelo juiz, mostra-se relevante demonstrar o entendimento de Fenoll de que: “*La referida actividad esencial es, en realidad, el juicio jurisdiccional en su conjunto, y en el mismo la valoración de la prueba no es más que un episodio importante, pero que no siempre aparece [...]*”¹²².

E o mesmo doutrinador completa que:

[...] Con respecto a la valoración de la prueba existe, poco más o menos, un acuerdo doctrinal en cuanto a lo que es. Con independencia de lo que se dirá después, puede manifestarse ahora provisionalmente que la valoración de la prueba es la consideración por parte del juez de los materiales que intentan demostrar los hechos deducidos en el proceso. Se trata de describir y examinar esa actividad judicial que interioriza esa demostración para expresarla posteriormente, con mayor, menor o ningún acierto, en la motivación del juicio jurisdiccional. En cualquier caso, esa actividad intelectual permite al juez dictar sentencia cuando existen hechos dudosos¹²³.

Consoante Marques¹²⁴, verifica-se que o livre convencimento – sozinho – significava liberdade “absoluta” de apreciação das provas em termos tais que atingisse as fronteiras do mais espontâneo e íntimo arbítrio. Ao contrário disso, no Processo Civil moderno, tem-se que este princípio do *livre* convencimento obriga ao magistrado de, ao realizar a manifestação sobre o exame dos elementos probatórios, cumprir com os critérios específicos contidos na legislação, a decidir segundo os ditames do bom senso, da lógica e

¹¹⁹AMARAL, 2017, p. 35.

¹²⁰BONIZZI, 2017, p. 30.

¹²¹ARANHA, 2008. p. 43.

¹²²FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Colección Proceso y Derecho. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010, p. 19.

¹²³Ibid.

¹²⁴MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. V. 1. São Paulo: Editora Bookseller, 1997, p. 278.

da experiência (livre convencimento, por assim dizer, desde que *racional e motivado*). É possível dizer, portanto, que essa “visão” de liberdade, atualmente, é limitada.

A ausência de percepção institucional de alguns juízes possui na retaguarda de si a exaltação da autonomia e do individualismo, apesar de que mascaradas de “liberdade para julgar” e, também, de “submissão exclusiva à lei”. Similarmente, não é improvável constatar, a partir daqui, que o magistrado que não possui qualquer comprometimento com objetivos gerais não pode assimilar que a jurisdição dependa de diversas funções, uma das quais a de conferir, no ordenamento jurídico brasileiro, sentido ao direito mediante os precedentes obrigatórios¹²⁵. Com efeito, para Mitidiero, temos que é possível esperar do Novo Código aquilo que é lícito dele esperar: um instrumento comprometido com a segurança, com a liberdade e com a igualdade, permeado pela racionalidade e capaz de implementar um projeto para a Justiça Civil”¹²⁶.

Nesse mesmo sentido, foram ensinamentos transmitidos pelo Professor Doutor Mesquita¹²⁷ no decorrer das sessões do Mestrado Científico, pois notamos que, através do modelo processual civil contemporâneo, fomentado pelas reformas de 1995/1996, passou-se a prevalecer um sistema de *livre apreciação da prova motivada* (ou *racional*), em que o magistrado deve demonstrar as justificativas que ensejaram determinado *decisium*. Assim, percebe-se que alguns elementos probatórios não têm que ser seguidos rigorosamente/obrigatoriamente pelo juiz, sendo oportuna a sua “liberta” apreciação, tal como no caso das provas resultantes do depoimento da parte, dos documentos sem requisitos formais, das provas periciais, das provas por inspeção judicial, bem como das provas testemunhais.

Outra questão relevante, a qual muitas vezes pode passar despercebida no “dia a dia” dos tribunais, é a que diz respeito à percepção do julgador: este, por ter presenciado o fato controvertido na lide, poder ser essencial em relação à resolução da controvérsia, razão pela qual o magistrado pode até ser arrolado como testemunha, não obstante necessite ser removido do caso na qualidade de juiz, não sendo permitido, nem ético/moral, que o mesmo

¹²⁵MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 17.

¹²⁶MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da Persuasão à Vinculação*. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 124.

¹²⁷Anotações do caderno da disciplina de Direito Processual Civil I, da aula do dia 06 de junho de 2017, ministrada pelo Senhor Doutor Professor Luís Miguel de Andrade Mesquita no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas da Universidade de Coimbra, Portugal.

magistrado, por assim dizer – “juiz natural” –, assuma concomitante o papel de depoente e julgador¹²⁸.

Certamente, a temática ora apresentada, por natureza, desde o antigo CPC brasileiro, este de 1973, utilizava-se a expressão “*apreciará livremente*” (art. 131.º), enquanto que no vigente CPC de 2015 consta expressamente que o magistrado “*apreciará*” a prova¹²⁹. Em que pese a existência desta alteração no novo Diploma Processual, entende-se que esta modificação não tem o condão de sustentar que o “*livre convencimento motivado*” não restou adotado no novo CPC, pois, se assim não fosse, provavelmente haveria um retorno para a sistemática de hierarquia as provas. De fato, é com isto possível dizer que, em contraposição ao “livre convencimento motivado”, estaria a diretriz do “convencimento íntimo”, que permitiria que o magistrado valorasse as provas sem ter necessidade de fundamentar o seu julgamento. Por essa razão, torna-se justificável complementar, ainda, o sistema da “prova legal”, no qual a relevância do material probatório estaria de antemão prevista na legislação, hipótese no enalço de que ao julgador restaria unicamente o dever de amoldar o texto legal à questão posta em causa¹³⁰.

1.4.2.1 O sistema probatório adotado pelo Processo Civil brasileiro

De início, no tocante ao sistema probatório adotado pelo Processo Civil brasileiro, denota-se que, na *sistemática da prova legal*, o julgador não possui autonomia para valorar as provas de acordo com a sua convicção, tão-pouco pode considerar meios de prova não previstos taxativamente na lei. Com tal característica, o aludido sistema consiste na definição prévia do legislador dos meios de prova que poderão ser admitidos, bem como a importância assumida por cada um deles nas questões postas em causa a serem objeto de valoração judicial. De maneira geral e abstrata, permanece convencionalizada a valoração de cada meio

¹²⁸MESQUITA, Luís Miguel de Andrade. A “morte” do princípio do dispositivo?. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, a. 417, n. 4007. Coimbra: Coimbra Editora, 2017, p. 87.

¹²⁹Determinado aspecto que conheceu e novamente conhece, polêmica intensa é o concernente ao livre convencimento do juiz, o qual, em uma primeira visão, transpareceu que a decisão pudesse resultar espontânea e de livre arbítrio judicial. Contudo, em ajustamento com a análise do novo Processo Civil, tal como com a essência na mais aconselhável doutrina nacional e estrangeira, percebemos que, indispensavelmente, a decisão merecerá ser racional (persuasão racional) e motivada, isto é, fundamentada em conformidade com a legislação e o material probatório constante dos autos. Como consequência deste entendimento, inferimos que o “livre convencimento” nunca merecerá ser empregado como justificativa hipotética para assegurar eventual admissibilidade probatória eivada de ilicitudes.

¹³⁰BONIZZI, 2017, p. 30.

de prova e a eventual obrigatoriedade na utilização de um meio de prova para evidenciar um fato específico. Na atualidade, tal sistemática é reputada inadequada, uma vez que restringe profundamente a atuação judiciária e a ação probatória das partes¹³¹.

Se fizermos uma reflexão processual sobre a *racionalidade* e a *previsibilidade* no direito brasileiro contemporâneo, teremos a percepção de Marinoni¹³² como a mais adequada, ou seja, de que:

[...] com facilidade que o jurisdicionado tem grande dificuldade para prever como uma questão de direito será resolvida. Isso se deve ao fato de os juízes e os tribunais não observarem modelos mínimos de racionalidade ao decidirem. É claro que a utilização de cláusulas gerais e a adoção de princípios constitucionais para a leitura das regras legais, por si só, ampliou a latitude de poder do juiz, ou melhor, o seu espaço de subjetividade para a definição dos litígios. Afinal, em um caso o juiz é chamado a definir o que não foi decidido pelo legislador e, no outro, tem poder para negar validade às regras legais em face da Constituição ou mesmo para conformá-las às normas constitucionais. Porém, mesmo quando tem simplesmente de aplicar uma regra, o juiz se encontra diante da necessidade de valorar e decidir ou optar, o que significa que tem que traçar, em qualquer dos casos, um raciocínio argumentativo dotado de racionalidade. Só a argumentação racional constitui justificativa aceitável. [...]

E o mesmo autor¹³³ completa que: “[...] se o juiz tem poder para extrair o direito do texto legal mediante a interpretação, é preciso ainda caminhar para que o direito se torne prática argumentativa e, nessa dimensão, tenha racionalidade e legitimidade”.

Pela mesma perspectiva, sobre o livre convencimento do magistrado, observa-se que Noronha¹³⁴ ensina que:

[...] não obstante gozar de livre convencimento, está ele jungido aos autos; não se pode socorrer de elementos estranhos – “*quod non est in actis non est in mundo*”. Seus domínios são exclusivamente os das provas do processo, porém, na eleição ou avaliação delas, ele é livre, guiando-se pela crítica sã e racional: a lógica, o raciocínio, a experiência, etc., o conduzirão nesse exame e apreciação.

A sistemática apresentada relativamente ao *livre convencimento* (isto é, da *convicção íntima, da prova livre...* etc.) concede ampla independência ao julgador para construir a sua convicção a respeito das questões postas em causa. Nela, admite-se a legalidade de uma decisão que contrarie o material probatório propagado no processo. Disso decorre que o magistrado não possui a obrigação de fundamentar a sua convicção nas provas

¹³¹AMARAL, 2017, p. 35.

¹³²MARINONI, 2016, p 70.

¹³³Ibid.

¹³⁴NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 7.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1974, p. 87.

ou em seja qual for a informação (*fática*, por exemplo) trazida pelas partes. Assim, decide em harmonia com a sua consciência, ou seja, da maneira que reputar ser correta. Portanto, de acordo com esse sistema não se exige que a decisão seja motivada, razão pela qual as partes não possuem mecanismos para supervisionar a (in)adequação da decisão lavrada pelo julgador. Por essa razão, o desajuste desse sistema é perceptível, pois evidentemente concede abertura ampla e irrestrita para arbítrios judiciais impassíveis de controle pelas partes¹³⁵⁻¹³⁶.

Decerto, podemos inferir que, no que concerne à sistemática do *livre convencimento motivado*, o magistrado deverá apreciar de forma livre o material probatório derramado no processo, valorando-o de acordo com a sua persuasão racional, de forma a construir motivadamente a sua convicção sobre a questão posta em causa. Assim, mostra-se importante recordar que, no Brasil, foi eleita a sistemática do livre convencimento motivado, similarmente designado de sistema da *persuasão racional*¹³⁷. Portanto, conforme estudamos, nessa sistemática da persuasão racional, verifica-se que o magistrado não está unicamente vinculado a uma certa espécie de peso ou tarifa relativamente a um meio de prova, do mesmo modo que também não está vinculado aos meios probatórios prescritos na legislação¹³⁸.

1.4.2.2 A liberdade contida do julgador na avaliação das provas

De início, no que concerne a liberdade do julgador na avaliação das provas, de forma geral, observa-se que é vedado ao magistrado valer-se do seu entendimento privado no processo. Constata-se que a autonomia do julgador na avaliação probatória não é irrestrita, o que caracterizaria arbítrio judicial na reconstrução dos fatos¹³⁹. Assim, eventuais impressões pessoais subjetivas quanto à causa são inadmissíveis. De igual forma, não se considera juridicamente admissível o afastamento de um meio probatório, tendo em vista que o magistrado detém compreensão técnica em específica área do conhecimento¹⁴⁰. Com

¹³⁵AMARAL, 2017, pp. 35-36.

¹³⁶Fenoll (2010, p. 208) sublinha que: “[...] *Un juez no puede juzgar según lo que cree intuitivamente que ha sucedido, sino sobre lo que existen elementos de prueba que demuestran que ha sucedido, valorando debidamente dichos elementos. Y en caso de no existir dichos elemento, al no ser posible la valoración, no queda otro remedio que acudir a la carga de la prueba en el proceso civil, o a la presunción de inocencia, en su caso, en el proceso penal.* [...]”

¹³⁷AMARAL, 2017, loc. cit.

¹³⁸Ibid.

¹³⁹Ibid., pp. 35-36.

¹⁴⁰Ibid., pp. 36-37.

efeito, Schneider¹⁴¹, por sua vez, sustenta a necessidade de entendimento da “[...] *descripción teórica de la libre valoración, y tras ello se centra en la averiguación de los daños, las presunciones y la motivación* [...]”; por fim, acabar esta tarefa com a importante valoração de cada meio de prova apresentado ao julgador¹⁴².

Nessa perspectiva, percebe-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, diversos magistrados até agora imaginam que são capazes de atribuir significação aos textos que consagram direitos fundamentais a seu “bel-prazer”, tal como se a Constituição fosse alguma válvula de escape com finalidade de liberação dos seus valores e desejos pessoais – bem como, com tal característica, deliberar sem nenhum compromisso com os precedentes constitucionais numa manifestação clara de escassez de compreensão institucional¹⁴³. De fato, ocorre que tal pensamento de alguns juízes não merece prosperar, pois o juízo deve proferir decisões constitucionais e que, conforme o ordenamento contemporâneo, sigam os precedentes das Cortes, gerando na sociedade, assim, um “sentimento” de confiança (previsibilidade), o que os operadores e a doutrina denominam como sendo a nossa “segurança jurídica”.

Sobre este ponto, cabe a observação existente no Código de Processo Civil brasileiro, ou seja, de que a proibição do entendimento privado no encadeamento processual comporta observações das quais é exemplificação o próprio emprego pelo magistrado das máximas da experiência (“o que ordinariamente acontece” – art. 375.º, CPC do Brasil¹⁴⁴), nas quais o suposto perigo de arbítrio resta ponderado e assumido através do legislador. Dessa maneira, trata-se de algo certamente natural decorrente do direito à prova: direito da parte apresentar uma prova deferida pelo magistrado, tendo em vista a sua adequação para desvendar uma questão técnica controvertida. A título de exemplificação, à frente de qualquer controvérsia contábil, não poderá o julgador rejeitar a perícia de contabilidade ao abrigo do fundamento de que também tem formação em Ciências Contábeis¹⁴⁵. Nomeadamente, tal como expressam Wambier & Talamini, resta importante considerar que: “as máximas da experiência são aquelas noções gerais da vida prática, dominadas por

¹⁴¹SCHNEIDER, E. *Beweis und Beweiswürdigung: unter besonderer Berücksichtigung des Zivilprozesses*, München, 1994 apud FENOLL, 2010, p. 20.

¹⁴²FENOLL, 2010, p. 20.

¹⁴³MARINONI, 2016, p. 74.

¹⁴⁴CPC, art. 375.º (BRASIL, 2015): “O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quando a estas, o exame pericial.”

¹⁴⁵AMARAL, 2017, pp. 36-37.

qualquer pessoa de cultura média, e inserida no ambiente social em que vive”¹⁴⁶. Isto é, considerarmos que o juiz também é um “ser humano” com suas próprias “noções gerais da vida prática”, convicções, sentimentos, etc. É uma tarefa que merece atenção, pois as suas “máximas de experiência” são daí advindas.

De igual sorte, é relevante ressaltar que a valoração de algum elemento probatório somente terá lugar em momento posterior ao da verificação da sua admissibilidade¹⁴⁷. Por outro lado, demonstra-se significativo o entendimento de que, no caso de antes de alguma inadmissibilidade probatória, o magistrado tiver lançado “valor” sobre o conteúdo desta, acabando por ser “influenciado”/“contagiado” pelo próprio material probatório (mesmo que este seja afastado posteriormente), ensejando no seu, por assim dizer, “contágio probatório” diante do elemento de prova. Portanto, diante desta hipótese, questiona-se: como poderíamos resolver/afastar o “contágio” do juiz?

Forçoso não admitir que, com tal característica acima demonstrada (“contágio”), o magistrado não poderá prosseguir na análise das demais questões processuais, devendo o processo ser, por exemplo, redistribuído a outro julgador que não tenha lançado quaisquer juízos de valor sobre o suposto elemento probatório inadmitido. Portanto, acredita-se que essa possibilidade de redistribuição processual seja a solução mais adequada. Logo, tendo em conta a *valoração da prova*, percebe-se que, conforme Fenoll¹⁴⁸ nos explica:

[...] Me pregunto cómo podemos negar que en un proceso seamos capaces de declarar hechos indiscutiblemente ciertos, se tenemos la evidencia delante de nosotros mismos, como ocurre cuando el juez ve un cadáver con evidentes signos de violencia incompatibles con la vida y, coherentemente, declara la existencia de la muerte. No se trata en el proceso de construir una verdad ficticia, un verdad procesal que, se quiera o no, nos volvería a hacer recaer en el esquema verdad-formal/verdad-material que tanto costó superar y que, de hecho, surgió de la simple y obvia constatación de que com las pruebas legales no siempre se obtenía la verdad en el proceso [...]. De lo que se trata es de que el juez pueda acercarse a los hechos tal y como efectivamente sucedieron de la manera más estrecha posible, reconociendo expresamente sus limitaciones, evidentemente. [...] Y ése es justamente el objetivo de la valoración de la prueba, y no puede ser otro.

¹⁴⁶WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum e conhecimento e tutela provisória)*. Vol. 2. 16.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 2016, p. 253.

¹⁴⁷Ocorre que: “[...] *Uma coisa é saber que elementos admite a lei possam ser utilizados como instrumentos de persuasão do juiz acerca da existência de um facto e outra coisa é apurar o valor que revestem, para a formação da convicção do julgador, os meios probatórios admitidos.* [...]” (VARELA, João de Matos Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, pp. 467-468).

¹⁴⁸FENOLL, 2010, p. 23

Do mesmo modo, decorre a indispensabilidade de que sejam declinados os argumentos que conduziram o julgador a reputar um material probatório mais contundente que outro ou inclusive no que diz respeito à desconsideração de uma prova trazida pela parte¹⁴⁹. Assim, o magistrado ainda está adstrito aos fatos principais alegados pelas partes, submetidas ao adequado contraditório, bem como ao conjunto probatório construído no encadeamento processual. Logo, aqui está a razão desta sistemática probatória ter sido adotada pelo sistema jurídico brasileiro, além das razões de ser denominada como sendo um livre convencimento motivado¹⁵⁰.

Segundo Ricci, observa-se que a doutrina italiana, por sua vez, considera aplicável ao Processo Civil a regra do art. 546.º, alínea “e”, do Código de Processo Penal italiano, de acordo com a qual a motivação da sentença deverá esclarecer rigorosamente as provas que amparam o julgamento e as razões que conduziram o julgador a sopesar pela insuficiência das provas contrárias¹⁵¹. Assim, mostra-se como o magistrado italiano deve amparar a sua decisão e, portanto, especificar as provas que supostamente o conduziram a entender pela insuficiência do elemento probatório nos autos.

Em termos semelhantes, confia-se na existência de alguma motivação que, de maneira adequada e transparente, demonstre aos litigantes o raciocínio empreendido, bem como as provas usadas pelo magistrado para justificar (*fundamentar*) determinado entendimento judicial. Portanto, entende-se que não será juridicamente admissível que alguma decisão pretenda fundamentar a convicção conseguida pelo juiz apontando genericamente à “prova dos autos” (CPC do Brasil, art. 489.º, § 1.º, III¹⁵²). Esta é a razão pela qual se faz necessária a alusão de que qualquer sentença que empregue semelhante método deverá ser considerada nula por inexatidão na fundamentação¹⁵³. Com efeito, a demonstração do caminho percorrido para se chegar a determinado resultado (convicção do

¹⁴⁹Nesse sentido, consoante Fenoll (2010, pp. 22-23), tem-se que: “[...] *Falta, por tanto, un estudio global, que sin resumir necesariamente lo que han dicho otros, aproveche los frutos de las diferentes perspectivas de acercamiento al problema para comprobar, finalmente, si se puede ofrecer una explicación del mecanismo de valoración de la prueba que sea útil en la práctica.*”

¹⁵⁰AMARAL, 2017, p. 37.

¹⁵¹RICCI, 2012, pp. 373-374.

¹⁵²CPC, art. 489.º, § 1.º, III (BRASIL, 2015): “Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença. [...] São elementos essenciais da sentença: [...] § 1.º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; [...]”

¹⁵³BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4.ª ed. São Paulo: RT, 2009, pp. 153-154.

juiz) é essencial para conceder o eficiente controle da atividade judiciária¹⁵⁴. Além do mais, vale ressaltar que, consoante Marinoni, no Brasil, inclusive, faz-se necessário afastar o caráter pessoal das decisões, de forma a estimular o respeito ao precedente das Cortes Supremas¹⁵⁵.

Dando-se um caráter mais específico, neste ponto, ao ordenamento jurídico brasileiro, mostra-se adequada a *observação/crítica social/cultural* realizada por Marinoni, de forma a elucidar que o cidadão brasileiro está habituado na maneira de viver do círculo familiar – na tipologia weberiana do patriarcalismo primário, convertido em patrimonialismo o estabelecimento de um cenário administrativo –, em que vigoram as relações de afeto e de mera predileção, o brasileiro, ao se defrontar com o mundo exterior, não logra vê-lo de forma impessoal e racionalizada, buscando adequar todas as relações e locais, sobretudo a administração pública, com sustentáculo em parâmetros afetivos e de pessoalidade¹⁵⁶. À vista disso, com essas considerações do autor, podemos compreender facilmente os motivos que originaram a necessidade do juiz demonstrar o “caminho percorrido até chegar em determinado resultado cognitivo/convencimento”, pois, dessa forma, irá o magistrado, necessariamente, demonstrar com a “pura/cristalina” transparência as razões de decidir, que poderão tornarem-se objetos de “olhares” sociais, bem como dos advogados (“na hora de recorrerem”). É possível dizer que, por isso, no cenário cultural brasileiro, nenhuma outra forma de julgamento/convicção seria possível, pois poderia, se assim não fosse, colocar em causa a estabilidade das decisões e a almejada justa composição dos litígios.

Diante deste contexto social brasileiro, temos que a corajosa reflexão crítica de Marinoni, fundamentada na obra de *Sérgio Buarque de Holanda*, leva-nos a observar a existência da figura de alguns indivíduos denominados “homens cordiais”, isto é, tais como alguns indivíduos que não suportam a impessoalidade e que também tentam reduzi-la à expensa de um proceder de mera aparência afetiva, não sincera, que constantemente demanda simpatia, benefícios pessoais e facilidades¹⁵⁷. E, completa o mesmo autor

¹⁵⁴Além disso, mostra-se relevante demonstrar o entendimento de Schauer (2009, p. 204) de que: “[...] *Much of the debate centres on the implications of the way in which, conventionally, the jury (or a judge explicitly serving as the trier of fact) is charged with determining the facts, while the judge has the job of interpreting and (perhaps) applying the law.* [...]”

¹⁵⁵MARINONI, 2016, p. 82.

¹⁵⁶Ibid., p. 85.

¹⁵⁷Diz Sérgio Buarque de Holanda que o temperamento do brasileiro admite fórmulas de reverência, mas até onde não suprimam a possibilidade de convívio do tipo familiar: “A manifestação normal do respeito em outros

afigurando que, no ambiente da família, “transportado para a esfera pública, leva o funcionário e aqueles que com ele devem estabelecer relações a se comportarem em detrimento da impessoalidade e sem que possa prevalecer a racionalidade legal”¹⁵⁸. Em causa, torna-se o Direito/ordenamento jurídico, vez que este pode ser, por assim dizer, alcançado/interpretado por vias não jurídicas. Assim, é possível dizer que a posição mencionada por Marinoni considera que:

[...] a esfera pública é invadida pelos ares do círculo familiar, do privado, passando o funcionário a se portar como se tivesse um cargo de que deve usufruir, inclusive a favor daqueles que lhe são íntimos, e esses a reivindicarem benefícios, e curiosamente também os seus reais direitos, sempre com base em artifícios de cordialidade, animados por gestos de simpatia e busca de intimidade¹⁵⁹.

De fato, pode-se concluir, por conseguinte, que a maneira que o legislador tratou a questão foi a mais próxima dos anseios/necessidades sociais, especialmente no sentido de proteção da estabilidade das decisões, como também da busca pela sua igualdade para com as partes litigantes.

Nessa perspectiva, embora as questões críticas/sociais supramencionadas, percebe-se que, por mais que se possa destacar alguns elementos, mostra-se evidente a necessidade de tratar ainda do “princípio da máxima eficiência dos meios probatórios”, no seguimento da “maximização da utilidade” destes meios¹⁶⁰, no sentido de se retirar deles o melhor efeito/resultado possível, incluindo-se, portanto, o pleno esclarecimento das questões fáticas por meio de uma mitigação da “rigidez exagerada dos atos processuais relativos à prova no processo civil”¹⁶¹.

Em termos semelhantes, no tocante à construção da *convicção do magistrado*, mostra-se fundamental referir que o seu convencimento se forma inevitavelmente com

povos tem aqui sua réplica, em regra geral, no desejo de estabelecer intimidade” (Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil* cit., p. 148 apud MARINONI, 2016, p. 85).

¹⁵⁸Ibid., pp. 85-86.

¹⁵⁹Ibid., p. 86.

¹⁶⁰FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 183-222. Nesse mesmo sentido, segundo Fenoll (2010, pp. 24-25), observa-se que: “[...] *Sólo de ese modo podrán escuchar a una parte o a un testigo, siendo plenamente conscientes de que las personas pueden mentir, ciertamente, pero también pueden equivocarse y que son incluso capaces hasta de decir la verdad ... Sólo de esa manera podrán valorar críticamente lo que dice un perito, y no valorarlo según quién le haya contratado, o bien creyendo de manera global lo que dice su dictamen. Sólo con tal perspectiva dejarán de rechazar sistemáticamente la práctica del reconocimiento judicial, cuando provoca desplazamiento. Quiero decir con todo ello que sólo siendo conscientes de todo lo que puede influir en cada caso concreto, será posible que los jueces eviten los juicios de valor apriorísticos que impiden una debida valoración de la prueba, precisamente porque son realizados mucho antes de la misma [...]*”

¹⁶¹BONIZZI, 2017, p. 30.

relação à universalidade dos fatos que compõem a hipótese (ou sub-hipótese) factual submetida a ser comprovada no caso em concreto. Com tal característica, pode-se perceber que a convicção não se forma, em regra, de maneira estagnada/única respeitante a cada fato individualmente considerado, postura que não raro conduziria à afirmação de fatos contraditórios entre si no contexto da mesma realidade fática a ser valorada¹⁶².

Por último, deve-se anotar uma ponderação basilar nesta temática, segundo a qual, para além dos princípios aqui estudados, convém lembrar que a aplicação dos princípios e garantias constitucionais em geral¹⁶³, como o contraditório e a ampla defesa, sem deixarmos de lado a ressalva de que o direito de se valer da prova é inerente ao direito de ação¹⁶⁴, isto porque tem-se o direito à prova, inclusive, como um componente essencial do acesso à justiça¹⁶⁵.

1.4.3 Poderes instrutórios do juiz

No estudo deste ponto, sobre os poderes instrutórios do juiz, tem-se que, de acordo com o entendimento de Amaral, mostra-se conveniente destacar que o julgador possui amplos poderes de instrução, os quais a ele permitem não somente controlar a pertinência e a admissibilidade das provas pretendidas pelas partes, senão também determinar de ofício a produção das provas que repute necessárias à formação de sua convicção¹⁶⁶. Por este

¹⁶²RUÇO, Alberto Augusto Vicente. *Prova e Formação da Convicção do Juiz*. 2.^a ed. Coletânea de Jurisprudência. Coimbra: Editora Almedina, 2017, p. 339.

¹⁶³Observa-se que, das garantias constitucionais, no essencial, deveremos resguardar, nomeadamente, a *dignidade da pessoa humana*, a qual, segundo a Professora de Direito Constitucional da Universidade de Coimbra, Suzana Tavares da Silva, sustenta que: “No essencial, acreditamos que a dignidade da pessoa humana é um valor fundamental, predominantemente absoluto, apesar de surgir muitas vezes também como ponderável em contexto extremos, como o aborto ou o sacrifício de uma vida para proteger outras (legítima defesa, interrogatórios com recurso a tratamento degradante), mas que não deve ser banalizado para fundamentar, por exemplo, a proibição de interceptação de escutas telefónicas em processos criminais, a recolha de dados biométricos para a emissão de passaportes (v. caso Schwartz do TJUE, proc. C-291/12) ou para obstar a buscas domiciliárias nocturnas no âmbito de investigações criminais de terrorismo e crime organizado” (SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. 2.^a ed. Imprensa da Universidade de Coimbra - Coimbra University Press. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 29).

¹⁶⁴CAMBI, 2001, pp. 109-111.

¹⁶⁵BONIZZI, 2017, loc. cit.

¹⁶⁶AMARAL, 2017, p. 38. Na Itália, Passanante (2017, pp. 357-358), por sua vez, salienta sobre a importância da instrução processual, bem como do papel do juiz em ter as condições necessárias para que haja o devido pronunciamento relativo a decisão de mérito, no intuito de que esta responda ao critério de justiça na questão posta em causa: “[...] *Ognuno sa, infatti, che un istruttoria del tutto insufficiente è comunque in grado di mettere il giudice in condizioni di pronunciare una decisione di merito, pur che sia; ma ognuno sa anche che, quanto più l'accertamento giudiziale dei fatti è accurato, tanto più aumentano le possibilità che le decisioni di merito rispondano a criteri di giustizia.* [...]”. Cf. TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, marzo de 1997, pp. 315 e ss. Sobre o tema,

propósito, a imprescindibilidade do controle da atividade judicial se torna justamente mais evidente ao se reconhecer que o julgador detém poderes probatórios. Assim, lembra-se do entendimento de Reis de que o *princípio da livre apreciação das provas* ou “*prova livre*” não significa uma “*prova arbitrária ou irracional*”, mas, anteriormente, considera-se uma “*prova apreciada em inteira liberdade pelo julgador, sem obediência de uma tabela ditada externamente, mas em perfeita conformidade [...], com as regras de experiência e as leis que regulam a atividade mental*”¹⁶⁷.

Diante de uma análise jurídica do “pensar” de um magistrado da Corte inglesa (“*English judge Lord*”), pode-se observar que Wacks¹⁶⁸ tomou nota de que:

The law as I see it has two great objects: to preserve order and to do justice; and the two do not always coincide. Those whose training lies towards order, put certainty before justice; whereas those whose training lies toward the redress of grievances, put justice before certainty. The right solution lies in keeping the proper balance between the two¹⁶⁹.

Realmente, cremos que o “o Direito, por assim dizer, protege a Justiça” e, portanto, cremos que o “senso de Justiça” no íntimo de cada magistrado deverá estar atrelado na oportunidade em que este valorar as necessidades de novas produções probatórias, diligências, entre outras, ou ainda das próprias conclusões valorativas diante da questão posta em causa no decorrer do encadeamento processual¹⁷⁰.

cremos na percepção contemporânea do Processo Civil, esta ensinada pelo Professor Doutor Mesquita durante as sessões do 2.º Ciclo de Estudos, de forma a acreditar na gestão do processo pelo juiz.

¹⁶⁷REIS, 2012, p. 245. Por seu turno, na doutrina italiana, Comoglio ressalta que o princípio do livre convencimento do juiz, como é denominado pela doutrina, relaciona-se com a obrigação de motivação das decisões judiciais (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Prove e accertamento dei fatti del nuovo C.P.P.* In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Anno 33, Fasc. 1., Genn./Mar., 1999, pp. 138-139). Igualmente, de forma complementar, Fenoll (2010, p. 178) traz que: “[...] *Con todo y con eso, hay que reconocer que una vez relacionado el concepto de valoración de la prueba con el de imparcialidade, lo cierto es que el control de su mantenimiento es muy difícil de obtener hasta las últimas consecuencias, lo que resulta ciertamente frustrante. Pero es el resultado de la falibilidad humana, y ante ello sólo cabe proceder como se ha indicado: en principio a través de actuaciones preventivas procediendo a la enseñanza del juez en materia del trasfondo psicológico de la parcialidad; pero también con la debida formulación de conclusiones a cargo de las partes, una vez practicada la prueba. Si fallan estos dos mecanismos, sólo quedará intentar la crítica de la valoración probatoria a través de los recursos. [...] Desde luego, hay que reconocer que cualquiera de las tres salidas no es cien por cien segura. Pero también hay que reafirmar que esas salidas son las únicas que pueden aportar, en algún momento, resultados absolutamente eficaces, especialmente si se practican conjuntamente las dos primeramente citadas.*”

¹⁶⁸WACKS, 2015, p. 20.

¹⁶⁹*In the words of the 20th-century English judge Lord Denning* apud WACKS, 2015, p. 20.

¹⁷⁰Nesse sentido, cremos que a autonomia do juiz na análise do elemento probatório não é irrestrita. Logo, não concordamos com o designado “arbitrio judicial” para a reconstrução fática da questão posta em causa “a qualquer custo”. Todavia, o nosso entendimento resulta que o magistrado possui, de fato, incontestavelmente, amplos poderes instrutórios do magistrado. Efetivamente, nessa mesma reflexão, cremos que o julgador não deve apenas regular a pertinência e a admissibilidade probatória, pois deve propor, até mesmo *oficiosamente*,

Importante lembrar que, na sociedade, conforme elucida Wacks, tem-se que: “*If we are to survive the calamities that await us, if civilized values and justice are to prevail and endure, the law is surely indispensable*”¹⁷¹. Isto é, embora as constantes adversidades sociais que o “mundo” está passando (guerras, fome, falta de atendimentos médicos, etc.), se queremos Justiça, o juiz deve possuir o poder necessário para elaborar a interpretação da norma de forma adequada à regulação do caso. Assim, entendemos que cabe ao julgador ponderar todas as questões existentes e, a partir daí, interpretar a norma, de forma a participar ativamente da instrução processual na busca da verdade e da justa composição do litígio.

Pela mesma perspectiva, de forma complementar, observa-se que, diante da cláusula geral (texto legislativo), deverá o magistrado conscientemente interpretar a norma jurídica. Conforme denota-se, segundo Marinoni: “a técnica das cláusulas gerais tem como premissa a ideia de que a lei é insuficiente e, nesse sentido, constitui elemento que requerer complementação pelo juiz”¹⁷². Por essa razão, é possível concluir que também caberá ao juiz complementar alguma ideia insuficiente constante do texto legislativo.

Destarte, pelo estudo do ordenamento jurídico português, de igual sorte, encontramos que Varela, Bezerra e Nora¹⁷³ garantem que os poderes atribuídos aos magistrados (*de instrução, de disciplina e de direção da causa*) estão à luz de uma concepção publicista do processo. Logo, observa-se que são múltiplos os deveres e sujeições nos quais se desdobram, da maneira que assinalam aqueles autores: *dever de resposta e de prestação de esclarecimentos; sujeição às inspeções necessárias; dever de entrega de documentos e de objetos requisitados; dever de praticar certos atos; etc.* Como era de se esperar, com essas exemplificações podemos crer que são diversos os poderes instrutórios atribuídos aos julgadores.

Nesse sentido, está em causa a liberdade e, por outro ângulo, a vinculação do julgador no último momento do procedimento probatório, ou seja, quando da valoração da prova¹⁷⁴. A princípio, em face da livre apreciação das provas, exemplo geral no Processo Civil, devemos salvaguardar hipóteses nas quais o respectivo legislador impõe uma determinada conclusão. Dessa forma, são aqueles casos em que estaremos diante da chamada

a instrução probatória que repute indispensável com finalidade de construir a sua convicção no sentido do descobrimento da verdade.

¹⁷¹WACKS, 2015, p. 144.

¹⁷²MARINONI, 2016, p. 59.

¹⁷³VARELA, BEZERRA e NORA, 1985, pp. 477-479.

¹⁷⁴ALEXANDRE, 1998, p. 101.

“*prova legal*” ou “*tarifada*”¹⁷⁵. Portanto, está em causa a liberdade e, em contrapartida, a vinculação do julgador no último momento do procedimento probatório: a valoração da prova¹⁷⁶.

Ocorre que, diante dos ensinamentos colhidos nas sessões do 2.º Ciclo de Estudos, notou-se que, dentro das matérias probatórias, de equilíbrio com a maneira mais moderna de se refletir o Processo Civil, necessitamos expressar que o magistrado não é reconhecido apenas pelos *poderes instrutórios* da sua atividade, cabendo-lhe desempenhar um poder de direção e *gestão do processo*, de forma a *dialogar com as partes*, mencionando claramente quais pontos precisam ser provados e também determinando o que espera ver provado de cada uma delas, em certa similitude com o *case management* do direito inglês e o *materielle Prozessleitung* do direito alemão¹⁷⁷⁻¹⁷⁸. Dentre outros motivos, salienta-se que esse entendimento do magistrado exercer um papel de “gestor” no Processo Civil restou apresentado/ensinado/exemplificado no ano letivo de 2016-2017, no decorrer das sessões ministradas pelo Professor Doutor Mesquita. Como era de se pensar, seguramente, na qualidade de aluno do 2.º Ciclo de Estudos, após muito estudada e refletida essa questão ao longo dos anos, posso dizer que este entendimento apresentado pelo supracitado professor é, com toda a minha convicção, a visão mais adequada e moderna forma de se “pensar”/perceber o Processo Civil contemporâneo¹⁷⁹, de modo a servir aos anseios/necessidades sociais da atualidade.

Numa análise mais ampla, tem-se que, assumindo certo posicionamento mais ativo no segmento processual, segundo o qual o magistrado, de equilíbrio com a diretriz e o poder

¹⁷⁵Cf. CORDERO, Franco. *Il procedimento probatorio in “Ter Studi sulie Prove Penali”*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 32 apud ALEXANDRE, 1998, p. 102.

¹⁷⁶Ibid., p. 101. Verifica-se, desse modo, que, neste ponto da investigação, as considerações do espanhol Fenoll (2010, p. 195) mostram-se adequadas, quais sejam: “[...] *no parece quedar otra opción que propugnar el cumplimiento de las leyes y, por tanto, promover la activa participación del juez durante la práctica de las declaraciones. [...] Si un abogado no puede realizar preguntas capciosas, sugestivas, poco claras, que incluyan valoraciones o que supongan reprimendas, desde luego que tampoco lo puede hacer un juez. Y ciertamente, lo más procedente es que formule esas preguntas una vez acabadas las preguntas de las partes, porque ello le ahorrará trabajo y esfuerzo de formulación de preguntas, aunque tampoco es descartable que participe para centrar la cuestión a debatir cuando el abogado o el testigo estén siendo demasiado imprecisos. [...]*”

¹⁷⁷MESQUITA, Luís Miguel de Andrade. Princípio da gestão processual: O “Santo Graal” do Novo Processo Civil?. In: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, a. 145, n. 3995. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 85-91.

¹⁷⁸Cf. GERALDES, António Abrantes. Temas da nova reforma do Processo Civil. In: *Revista Julgar*, n. 16. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

¹⁷⁹Refere-se: em qualquer ordenamento jurídico, quer no brasileiro, quer no português, a gestão processual é o melhor caminho a ser perseguido pelos operadores do direito.

instrutório¹⁸⁰ que lhe é confiado, mantém-se com a responsabilidade de deliberar consoante a necessidade e conveniência da apresentação de uma determinada prova, embora esta apresente seja qual for o elemento suscetível de restrição, tal e qual a ilicitude¹⁸¹. Nessa hipótese, uma vez que a fronteira ao direito à prova jamais poderá ser considerada como impedimento aos poderes instrutórios do magistrado; pelo inverso, conforme as circunstâncias apresentadas, esse *poder instrutório* necessita encontrar-se ainda mais intenso, porquanto a atitude probatória recai de encontro ao julgador e não em relação à parte interessada¹⁸².

Assim, torna-se elementar destacar que é ao magistrado que as partes precisam persuadir mediante a apresentação de provas no processo¹⁸³. A título de exemplificação, na França¹⁸⁴, o juiz tem poderes probatórios que são extraíveis da legislação, além de serem congruentes com o argumento de que o julgador é o destinatário do material probatório¹⁸⁵. Por este motivo, cabe também ao magistrado a avaliação a respeito das provas existentes no processo e a eventual conveniência de deliberar sobre a necessidade de produção de outras provas que entenda convenientes.

Por último, não podemos olvidar que, apoiando-se ao pressuposto de que a atitude/iniciativa probatória não é atividade exclusiva das partes, o que corresponde dizer

¹⁸⁰No mesmo sentido, sustenta Almeida, o objeto da prova confunde-se com o próprio objeto da instrução, comunicando-se, por assim dizer, aos *factos controvertidos primários e os factos indiciários*, conforme elucida Mesquita (ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. Direito Processual Civil. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2015, p. 224; Professor Doutor Miguel Mesquita nas aulas do 2.º ciclo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal).

¹⁸¹Nesse sentido, Cordero (apud ALEXANDRE, 1998, p. 102) enfatiza que, diante desses casos, nada impede que estejamos em frente a uma “*verdadeira prova*”, tendo em vista que a existência de um regramento legislativo que limita a decisão com base num fato, a impor uma força probante, terá, assim, o mesmo resultado que se a conclusão fosse realizada com base nas regras de experiência. Sobre as proibições de prova, cf. BELING, Ernst Von. *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1903). Com efeito, elucida Alexandre (1998, pp. 46-47) que: “[...] as proibições de prova não incidem [...] sobre o momento da apreciação das provas, mas sobre um momento anterior, dado representarem limites à busca da verdade.”

¹⁸²BEDAQUE, 2009, p. 147. Nesse sentido, recomenda-se a leitura da legislação, posto o que dispõe o art. 607.º, n.º 5, ao determinar que “o juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto” (PORTUGAL, 2013).

¹⁸³Na construção doutrinária italiana, observa-se que Comoglio ressalta que, perante o *princípio do livre convencimento do juiz*, como é denominado pela doutrina, relaciona-se com a obrigação de motivação das decisões judiciais (COMOGLIO, 1999, pp. 138-139).

¹⁸⁴Conforme o entendimento de Amaral (2017, p. 39), observa-se que: “Os arts. 10, 144 e 770 do CPC francês, em síntese, determinam que o juiz tem o poder de ordenar de ofício todas as medidas probatórias legalmente admissíveis. A doutrina francesa confirma tal viabilidade. [...]”. A doutrina francesa confirma tal viabilidade: cf. FERRAND, Frédérique. *Procédure civile: droit interne et droit de l’Union européenne*. 31.ª ed. Paris: Dalloz, 2012, p. 445.

¹⁸⁵AMARAL, 2017, pp. 38-39.

que pode também ao julgador ser atribuído tal poder, os *poderes instrutórios* do magistrado não constituem limitações ao direito à prova¹⁸⁶. De fato, isto importa dizer que poderá, contudo, observar-se que somente ter-se-á violado esse *direito à prova* quando se negar às partes os princípios e os direitos eventualmente envolvidos na questão posta em causa, como, por exemplo, a ausência do *contraditório* em relação às provas deduzidas pelo julgador¹⁸⁷.

¹⁸⁶ROCHA, Maria Luiza do Valle. *A Prova Ilícita no Processo Civil Português*. 2014. 100 p. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 28, Disponível

em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34891/1/A%20Prova%20Illicita%20no%20Processo%20Civil%20Portugues.pdf>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.

¹⁸⁷TARUFFO apud ALEXANDRE, 1998, p. 75.

2 A PROVA ILÍCITA

Neste capítulo, em se tratando da prova ilícita, nosso intuito é apresentar que o encadeamento processual possui, como pressuposto, a busca de uma decisão justa e que, inclusive, esta “verdade” encontra-se atrelada a esse propósito, tornando-se inevitável desmembrar o material probatório “manchado” por possíveis inverdades resultantes de eventual ato ilícito que tenha sido executado com a destinação de obtê-la daquela que, não obstante tenha sido colhida com a violação a um direito material, não teve a sua substância (*veracidade*) desvirtuada¹⁸⁸.

Verifica-se, assim, que a terminologia da prova ilícita remonta à Beling¹⁸⁹, de forma que:

[...] es interesante reproducir las circunstancias en que dicho autor refirió el concepto. En primer lugar definió dichas prohibiciones como << normas que o bien instan a dejar sin investigar en absoluto un determinado hecho – prohibiciones probatorias absolutas – o bien declaran la inadmisibilidad de determinados medios de prueba – prohibiciones probatorias relativas - >>. Y manifestó que esas prohibiciones se derivaban, en primer lugar, de intereses públicos del Estado, el bienestar general o la conservación de las relaciones internacionales. En segundo lugar, por el respeto a la histórica posición privilegiada de las dinastías gobernantes, Y en tercer lugar, en consideración a los intereses privados derivados de las relaciones familiares, de la propiedad privada (refiriéndose al domicilio, cfr. p. 23) y de la intimidad. [...]

Questiona-se: de que forma deve ser resolvido o cenário de análise da prova ilícita quando da colisão de interesses da ordem jurídica? Sobre esta questão, entende-se que se faz necessária a solução por intermédio da *proporcionalidade*, no momento em que apenas o magistrado será capaz de sopesar os direitos conflitantes no caso concreto. Por conseguinte, cabe ao julgador averiguar o direito material perseguido pelo autor por meio da ação e o direito material do ofendido diante da utilização do elemento probatório ilícito¹⁹⁰. Indo mais

¹⁸⁸BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da Amplitude de Produção Probatória. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*: homenagem aos 10 Anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 186. Na Itália, tem-se o entendimento de que: “[...] *La questione terminologica non procee, appunto, isolata e risente di una certa scarsa chiarezza di idee intorno alla posizione stessa del problema, e, a cascata, finisce col riverberarsi sulle soluzioni proposte, che risultano non sempre del tutto convincenti e talvolta caratterizzate da una certa ‘opacità’ com riguardo allo stesso percorso argomentativo che logicamente li precede*” (PASSANANTE, 2017, p. 64.)

¹⁸⁹BELING, 1903, pp. 3, 5-6 apud FENOLL, 2010, p. 189. Ademais, Fenoll (2010, p. 189) sustenta que: “[...] *Un último escollo que dispone el ordenamiento a la libre valoración de la prueba es la prohibición de considerar ciertos materiales en cuya obtención se han vulnerado derechos fundamentales, o se han cometido otras irregularidades, o bien se han conculcado prohibiciones probatorias.* [...]”

¹⁹⁰É fundamental realizar certa distinção no âmbito das provas absolutamente inadmissíveis das provas relativamente inadmissíveis, haja vista que aquela refere-se à obtenção do meio probatório por intermédio de

além, observa-se que a forma jurídica brasileira, diante da Constituição Federal de 1988, estabelece que os Poderes precisam ser distribuídos e executados por distintos agentes no intuito de que estes sejam capazes de ocasionar um controle recíproco e eficaz. Em vista disso, integralmente, o desempenho da atividade de busca da justa solução do conflito merece ser orientado, bem como desenvolvido de acordo com as garantias asseguradas constitucionalmente¹⁹¹.

Dessa forma, torna-se importante ressaltarmos a relevância que possui a admissibilidade do meio de prova pelo magistrado no encadeamento processual. Segundo Morgado, tem-se que: “a prova é um dos elementos basilares do sistema judicial”¹⁹². Em face disso, conforme o mencionado autor, a prova estará sujeita a critérios de admissibilidade específicos, bem como aos critérios de admissibilidade gerais do Direito¹⁹³. Desse modo, quando a prova violar estes critérios, haja vista a sua substância, a forma como foi obtida ou, ainda, unicamente por ter sido apresentada em juízo, estar-nos-emos diante de uma prova

formas totalmente repugnantes, como tortura, coação, violência física ou moral deste gênero (CASANOVA, J. F. Salazar. Provas Ilícitas em Processo Civil: Sobre a Admissibilidade e Valoração de Meios de Prova Obtidos pelos Particulares. In: *Direito e Justiça*, Vol. XVIII, Tomo I. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2004, p. 125).

¹⁹¹TEIXEIRA, 2016, p. 73.

¹⁹²MORGADO, Pedro Trigo. *Admissibilidade da Prova Ilícita em Processo Civil*. Lisboa: Editora Petrony, 2016, p. 77. Ao estudar a doutrina italiana, importante ressaltar o entendimento de Passanante (2017, p. 33): “[...] *Secondo quanto si è sostenuto, dunque, non mancherebbe affatto nel nostro ordinamento una (qualsiasi) norma che consenta al giudice di decidere se ammettere e/o utilizzare o meno una prova illecita ai fini del giudizio, ma, piuttosto, mancherebbe una norma giusta. Questa, almeno, dovrebbe essere la conclusione, ove si accetti che l’ordinamento positivo non ponga divieti alla prova illecita e, al contempo, si ritenga che tali divieti, invece, dovrebbero esserci. Se così stanno veramente le cose, allora l’interprete, che abbia a che fare con un caso di prova illecita nel processo civile, si troverebbe, appunto, non già di fronte ad una lacuna normativa, ma piuttosto di fronte ad una lacuna assiologica. [...] Vale la pena di aggiungere che appurare se, efetivamente, ci si trovi in presenza di una lacuna normativa o assiologica, per un verso, non è compito sempre agevole e, per altro verso, non è solo un ozioso esercizio teorico.*”

¹⁹³MORGADO, 2016, loc. cit.

considerada ilícita, pois, essencialmente, o material probatório estará em desconformidade com a ordem jurídica¹⁹⁴⁻¹⁹⁵.

Através da diferenciação de Casanova¹⁹⁶, a prova ilícita distingue-se da prova ilegal¹⁹⁷, tendo em vista que esta desrespeita ordens de sua natureza e aquela é originada através da violação de direitos fundamentais¹⁹⁸. À procura de um exemplo de prova ilícita, pode-se projetar um *exame hematológico* ordenado pelo tribunal de forma *coercitiva*, valendo-se de força para a sua consumação. Por outro lado, a prova ilegal, seria o caso de, por exemplo, um *exame de sangue* concretizado sem que a parte pudesse pleitear uma contraprova. No mesmo sentido, resta-nos consignar que o magistrado deve observar que o Estado Democrático do Direito se funda na efetivação do direitos e garantias fundamentais. Por essa razão, no âmbito Criminal, exemplificadamente, o Poder Público, quando da persecução penal, não deve estar acima dos direitos e das garantias dos cidadãos, nem dos postulados do Estado Democrático de Direito¹⁹⁹.

¹⁹⁴Embora seja no âmbito do Processo Penal, vale ressaltar a recente notícia jornalística de que a juíza de instrução criminal validou um vídeo de espancamento, gravado no telemóvel de terceiros, diante de supostas agressões ocorridas pelos seguranças de uma discoteca portuguesa, denominada *Urban Beach*. “Seguranças arriscam 16 anos por homicídio tentado. [...] Os três seguranças do *Urban Beach* que espancaram dois jovens à porta da discoteca em novembro do ano passado vão ser julgados por tentativa de homicídio qualificado. A decisão foi tomada ontem pela juíza de instrução criminal – os três arguidos tinham pedido abertura de instrução apelando a que o crime fosse reduzido para ofensas à integridade física -, que manteve a acusação do Ministério Público. [...] A decisão foi entregue em mãos aos advogados. À saída do Campus de Justiça, a advogada dos ofendidos mostrou-se satisfeita com o despacho de pronúncia do TIC de Lisboa. [...] Quanto ao vídeo gravado com um telemóvel e colocado a circular nas redes sociais, e que a defesa dos arguidos sustentava ser ‘prova nula’, a juíza de instrução criminal defende no despacho que as imagens ‘são válidas, podem ser valoradas pelo julgador e não constituem método proibido de prova’, uma vez que permitiram “identificar o autor de um crime que veio a ser denunciado às autoridades competentes [...].” (RODRIGUES, João Carlos. Notícia veiculada na quinta-feira, 22 de novembro de 2018, no Jornal Correio, em Portugal, p. 14, grifo nosso).

¹⁹⁵Segundo Rawls: “[...] A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, tal como a verdade o é para os sistemas de pensamento. Uma teoria, por mais elegante ou parcimoniosa que seja, deve ser rejeitada ou alterada se não for verdadeira; da mesma forma, as leis e as instituições, não obstante o serem eficazes e bem concebidas, devem ser reformadas ou abolidas se forem injustas” (RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Lisboa: Editora Presença, 1993, p. 27).

¹⁹⁶CASANOVA, 2004, p. 99.

¹⁹⁷Para a doutrina italiana, observa-se que a *prova ilegal* é a resultante da inobservância de normas processuais (ALEXANDRE, 1998, p. 19).

¹⁹⁸De forma a realizarmos uma análise atualística dos *direitos fundamentais*, mostram-se relevantes as considerações de Correia, no sentido de que: “No mundo globalizado da atualidade e na moderna sociedade de informação, de comunicação e de conhecimento, com troca quase instantânea de informações entre todas as extremidades do globo, o diálogo jurisprudencial entre os diversos órgãos judiciais do mundo revela-se de particular importância. [...] Com efeito, o acesso livre ao manancial de informações, oficiais e extraoficiais, disponíveis na rede mundial da internet, tem proporcionado aos juízes nacionais consultarem decisões tomadas pelos seus homólogos de tribunais de outros Estados, de tribunais supranacionais ou de tribunais internacionais, a fim de encontrarem a melhor solução possível para os casos que estão a decidir. [...]” (CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Editora Almedina., 2016, p. 17).

¹⁹⁹“[...] a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, estabelece uma limitação ao princípio da liberdade da prova, ou seja, o juiz é livre na investigação dos fatos imputados na peça exordial pelo titular da

Desse modo, é fundamental destacar *a priori*, haja vista que aqui se busca fazer uma análise ampla (utilizando-se, inclusive, do Direito comparado). Tendo em conta o fato de tornar-se da mesma forma moralmente reprovável, percebe-se que a prova ilícita ocupa posição acentuada na *teoria geral das provas*, nomeadamente em razão da Constituição da República brasileira prever, em seu art. 5.º, inciso LVI²⁰⁰, a não admissão da utilização desse tipo de prova no processo²⁰¹. Assim, importante frisar o entendimento de Freitas²⁰², o qual leciona que a Constituição estabelece os princípios fundamentais de forma clara, quais sejam: a dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade dos direitos à liberdade, à igualdade e à vida, de forma a limitar que as demais normas jurídicas sejam sacrificadas ou restringidas o menos possível, em razão da primazia dos direitos fundamentais²⁰³.

Consoante Morgado²⁰⁴, tem-se que o elemento probatório ilícito é, no sentir da doutrina majoritária, um material probatório que, em algum grau, viola o ordenamento jurídico. Não obstante, após definir desta forma, observa que parte da doutrina restringe o conceito da prova ilícita à prova que viola disposições de direito material e também, por ocasiões, somente à prova violadora de disposições constitucionais²⁰⁵. Decerto, observamos que esta limitação relativa ao domínio da prova ilícita, a discutir conceitos ou categorizações, não favorece a construção de uma solução da problemática.

ação penal pública – princípio da verdade processual -, porém, esta investigação encontra limites dentro e um processo ético movido por princípios políticos e sociais que visam a manutenção de um Estado Democrático de Direito” (RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A Prova Ilícita e a Interceptação Telefônica no Direito Processual Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 390).

²⁰⁰CRFB, art. 5.º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; [...]” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988). No direito italiano, Passanante (2017, p. 37), por sua vez, refere que: “[...] *Per superare queste obiezioni, senza misconoscere la natura assiologica della lacuna – um presupposto che a nostro avviso non può essere messo realisticamente in discussione – che ruotano intorno al problema della prova illecita, è necessario porsi in un’ottica diferente, ispirata a teorie del diritto che aprano spazi per “colmare” le lacune assiologiche com gli strumenti dell’interpretazione.*”

²⁰¹De acordo com o sustentado por Bonizzi (2017, p. 26), tem-se que: “[...] a mensagem que está por trás dessa proibição é a de que não queremos “justiça a qualquer preço”.

²⁰²FREITAS, Juarez. *A interpretação Sistemática do Direito*. 4.ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 273.

²⁰³“Termos em que se revoga a decisão recorrida considerando-se válidas as interceptações telefônicas realizadas e inexistente qualquer patologia processual ou substancial que afecte a sua legalidade” (PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 15/10.0JAGR.D.E2.S1*. Relator: Santos Cabral. Lisboa, 26 de março de 2014. Disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c48079cb0b1e7b0180257cf2005184ca?OpenDocument>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2018).

²⁰⁴MORGADO, 2016, p. 172.

²⁰⁵Ibid.

Destarte, de acordo a presente investigação, observa-se que a problemática da admissibilidade da prova tem desencadeado uma discussão intensa sobre o seu conceito e subdivisões, diante das diferentes categorias existentes de provas consideradas ilícitas. De tal modo, nesta parte da pesquisa, esforça-se para elucidar as diferenças existentes relativas à matéria do elemento probatório eivado de ilicitude²⁰⁶. É possível dizer, portanto, que o pensamento moderno passou a ponderar que as provas ilícitas são aquelas provas obtidas unicamente a partir da violação do direito material, independentemente da apuração da ilicitude demonstrar que esta tenha ocorrido dentro ou externamente (“fora”) da órbita processual²⁰⁷⁻²⁰⁸.

2.1 A ilicitude probatória à frente da existência ou não de processo judicial, da natureza do direito a ser violado, bem como da qualidade do suposto violador

No tocante à ilicitude probatória à frente da existência ou não de processo judicial, da natureza do direito a ser violado, bem como da qualidade do suposto violador, tem-se que é indubitável que a *ilicitude probatória* possa sobrevir antes de ser dado início ao processo judicial²⁰⁹. Assim, Marinoni & Arenhart demonstram, a título de exemplificação, a gravação clandestina de uma conversação telefônica (antes do processo ou em seguida da sua instauração²¹⁰) que acarrete, no suposto caso, numa plena violação dos direitos processuais ou materiais.

²⁰⁶Recomenda-se a leitura de Passanante (2017, p. 361), ao dizer que: “[...] *Ciò detto, e nella vigenza di un diritto alla prova garantito dalla Costituzione, la domanda da porsi è duplice: da un lato ci si deve chiedere se nell’interpretare le menzionate disposizioni del codice di rito sia possibile ritenere inammissibili le prove illecite, in quanto lesive di diritti costituzionalmente protetti; dall’altro lato, ci si deve interrogare sulla legittimità di un simile limite eventualmente introdotto in via legislativa. [...]*”

²⁰⁷COSTA, Susana Henriques da. *Os Poderes do Juiz na Admissibilidade das Provas Ilícitas*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, março de 2006; ALEXANDRE, 1998. De forma complementar, mostra-se relevante referir que: “*Justice requires more than just laws; the process whereby justice is attained must be a fair one. [...]*” (WACKS, 2015, p. 23).

²⁰⁸Nesse sentido, entendemos que o conceito de prova ilícita é distinto ao da prova ilegal (atrelada na “natureza”). cremos também, conforme supramencionado, que uma prova tornar-se-á considerada ilícita na ocasião em que o seu modo de obtenção for reprovado pelo direito material (violadora de direitos fundamentais), quer a ilicitude tenha sido verificada dentro ou fora do contorno processual.

²⁰⁹MARINONI & ARENHART, 2015, p. 296.

²¹⁰Cf. Grinover para mais aprofundamentos, observando-se que: “[...] quando uma prova ilícita é produzida no processo, está sendo infringido, em última análise, o princípio constitucional da igualdade; e se a própria Constituição estabelece que os direitos fundamentais somente podem ser limitados pela lei, e esta lei não existe, ou é infringida ao colher-se a prova, a própria prova acaba sendo inconstitucional e sujeita à sanção, que por isso a fulmina. A prova inconstitucional é atípica frente à Constituição, e para o processo penal é configurada como viciada de atipicidade derivada” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas Ilícitas*. São Paulo: Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo, Vol. 16, 1980, pp. 104-105).

Outro exemplo bastante claro: quando, no processo, uma *testemunha* acaba por ser constrangida a testemunhar em determinado sentido, de forma a evidentemente ocorrer, nesta situação, uma violação ao direito fundamental material dentro do processo²¹¹. Para Marinoni & Arenhart²¹², não importa quem violou a norma que gerou a suposta ilicitude, isto é, pouco importa se a violação partiu de um funcionário público ou particular. Não obstante o agente violador importe para o Processo Penal, no qual a prova ilícita é geralmente obtida por um agente público (antes do início do processo e em violação a um direito fundamental material), torna-se notório que o material probatório ilicitamente obtido por um particular deve merecer a mesma reprovação. De fato, denota-se que não deverá importar qual agente (*público* ou *particular*) tenha gerado a ilicitude – a reprovação a ser objeto de apreciação do julgador deverá ser na mesma proporcionalidade.

2.2 A ilicitude observada no plano do direito material

Em relação à ilicitude observada no plano do direito material, observa-se que, se uma prova foi lícitamente constituída, não obstante foi em seguida obtida de modo ilícito – por exemplo, através de uma suposta *invasão de domicílio*, entende-se que o meio de prova a ser utilizado, em si mesmo, é lícito, apesar de que a sua obtenção evidentemente tenha sido verificada mediante uma suposta violação do direito material²¹³⁻²¹⁴.

Assim, Passanante sustenta que:

[...] In questo caso, infatti, sarebbe necessario fare diretta applicazione dei principi a tutela della riservatezza, della proprietà privata, del domicilio, della segretezza della corrispondenza ecc. ad una regola – qual è quella sulla ammissibilità delle prove – alla quale è sottesa una *ratio* oposta e confliggente con i ridetti principi [...] ²¹⁵.

De forma semelhante, apresenta-se, como exemplo, uma prova que não tenha sido obtida de forma ilícita, mas as informações por ela reveladas, isto é, o *conteúdo* da própria prova tenha sido obtido de forma ilícita. Por exemplo, se a testemunha obteve as informações

²¹¹MARINONI & ARENHART, 2015, p. 296.

²¹²Ibid.

²¹³Ibid., p. 297. Assim, ensinou-nos o Professor Doutor Miguel Mesquita, no decorrer das aulas do 2.º Ciclo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no sentido de que essa *verdade material* apenas é conseguida pelo julgador mediante o diálogo, palavra de ordem dentro do encadeamento processual.

²¹⁴Nessa linha, Teixeira (2016, p. 11) realça que: “Mediante as provas trazidas ao processo, procura-se assegurar a correta aplicação do direito material ao caso concreto.”

²¹⁵PASSANANTE, 2017, p. 362.

mediante a *espionagem* das atividades da parte. De igual forma, apresenta-se o caso de quando o *depoimento testemunhal* é prestado a partir de informações obtidas de modo ilícito²¹⁶.

Cumprido, antes de mais, e tendo em conta as diversas *formas de ilicitude*, esclarecer a existência delas, quais sejam: na *formação*, na *produção* e na *utilização*. Assim, de forma a elucidar essa questão com exemplos, apresenta-se, de um lado, o caso de uma suposta ilicitude na *formação* da prova, isto é, de “[...] quando alguém é coagido a fazer uma declaração por escrito, a posar para uma fotografia ou a prestar um depoimento gravado”²¹⁷. De outro lado, o caso exemplificativo da *produção*, isto é, quando uma “[...] testemunha é coagida a depor (no processo), a ilicitude está na produção da prova”²¹⁸. E, por fim, exemplifica-se o caso de uma suposta ilicitude ser observada na *utilização* da prova, isto é, quando “[...] há situações em que a ilicitude decorre do uso de um documento como prova, assim como acontece com a utilização de um diário íntimo no processo”²¹⁹. Assim, é possível dizer que ao magistrado caberá a difícil tarefa de ponderar os interesses em jogo, pois utilizar, por exemplo, um diário íntimo de uma das partes vai de encontro com a violação da sua vida privada/intimidade, o que deve ser constitucionalmente resguardado.

2.3 A ilicitude a ser observada no plano do direito processual

Já sobre a ilicitude a ser observada no plano do direito processual, mostra-se importante esclarecer, de início, que o momento da *admissibilidade probatória* deverá considerar o momento do seu requerimento no processo²²⁰. Por esta razão, o julgador deverá estar atento se a prova requerida ainda era *admissível* no momento em que a parte, por exemplo, manifestou e fundamentou o seu interesse na referida produção ou, ainda, do momento em que se deu a juntada do suposto material probatório a ser valorado nos autos.

Por certo, cumpre mencionar o entendimento de Grinover, Fernandes e Gomes Filho²²¹:

²¹⁶MARINONI & ARENHART, 2015, p. 297.

²¹⁷Ibid.

²¹⁸Ibid.

²¹⁹Ibid.

²²⁰Ibid.

²²¹GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 8.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 156.

[...] na investigação a respeito da relação entre o ilícito e o inadmissível no procedimento probatório e, sob o ponto de vista da política legislativa, na encruzilhada entre a busca da verdade em defesa da sociedade e o respeito dos direitos fundamentais que podem ver-se afetados por esta investigação²²².

Nesse sentido, Marinoni & Arenhart nos ensinam, relativamente às provas documentais, que: “[...] não podem ser admitidas as provas documentais obtidas ou formadas com violação do direito material, e os documentos que se tornam ilícitos quando utilizados no processo”²²³. Do mesmo modo, os autores sustentam que: “no que diz respeito à testemunha coagida e à testemunha que se vale de conhecimentos obtidos de modo ilícito, a violação ocorre no momento da produção da prova”²²⁴. Por outro lado, afirmam:

Se a coação é contemporânea à produção da prova, no segundo caso, embora a violação da intimidade para a obtenção das informações ocorra em instante anterior, a ilicitude da prova se dá no exato momento em que a testemunha presta o seu depoimento, isto é, em que a prova testemunhal é produzida²²⁵.

Assim, diante destas exemplificações, observa-se que a constatação pelo julgador do momento em que tudo sucede (tempo exato em que tudo ocorreu no *plano dos fatos*²²⁶) é de imensa relevância, nomeadamente, quando o assunto é relativo à *admissibilidade* ou não de determinada prova nos autos.

Destaque-se que, no entanto, unicamente no caso concreto, mediante a justa ponderação dos valores/princípios em causa na discussão, é que tornar-se-á possível constatar se estipulado material probatório, ainda que ilícito, poderá adquirir valoração no processo²²⁷. Assim, a ilicitude da *produção* (não da *formação*) probatória advém, v.g., da *violação do direito processual*. Com isso, a título de exemplo, quando se viola o *contraditório* na produção de uma suposta prova testemunhal ou ainda quando, de outra forma, não se permitiu às partes presenciar a tarefa do *expert* (no caso de prova pericial),

²²²GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2004, p. 156.

²²³MARINONI & ARENHART, 2015, p. 297.

²²⁴Ibid.

²²⁵Ibid., pp. 297-298.

²²⁶“Lembre-se, por último, para que seja definitivamente evidenciada a separação das esferas probatória e fática, que, se a prova ilícita não tem eficácia no processo, o seu resultado pode ser utilizado no plano extraprocessual para impedir a ocorrência de um fato que provavelmente será praticado diante daquilo que foi descoberto” (MARINONI & ARENHART, op. cit., p. 296).

²²⁷BONIZZI, 2017, p. 26. Para mais aprofundamentos, recomenda-se: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 49.

visto que estas não tiveram ciência da data ou do local em que a prova, no caso pericial, teve início, em concordância com o que está disposto no art. 474.º do CPC brasileiro²²⁸.

Diante da referida problematização, demonstra-se que, nomeadamente, a ilicitude na *produção* da prova pode ser originada perante uma violação do direito material. Assim, perante estas considerações, percebe-se que “não há como negar que a produção da prova foi conduzida de modo ilícito, ou que houve ilicitude na produção da prova”²²⁹. Com efeito, não restam dúvidas de que “[...] essa ilicitude está no plano do direito processual”²³⁰. Posto isso, é possível dizer que a valoração da prova dependerá da ilicitude a ser observada no plano do direito processual.

Além do exposto, e como verificamos anteriormente, pode-se inferir, com embasamento teórico em Marinoni & Arenhart, que a *admissibilidade probatória* a ser realizada pelo julgador e a produção da prova pelas partes possuem uma relação direta com os planos dos direitos material e processual²³¹.

2.4 A ilicitude probatória e a gravidade da violação

Com relação à ilicitude probatória e a gravidade da violação, apesar de constantemente, ao longo da presente investigação, ter-se tido o extremo cuidado de formar um posicionamento harmonizado (*equilibrado, portanto; isto é, “sem diferenças”*), percebe-se que Marinoni & Arenhart estão corretos ao inferirem que: “[...] pode ter restado a ideia de que a violação de um direito material (direito à intimidade) é mais grave que a violação de uma regra processual”²³²⁻²³³. Torna-se inegável tal afirmação, mormente diante da análise e compreensão das supostas exemplificações que estão apresentadas no presente texto.

²²⁸CPC brasileiro, art. 474.º (BRASIL, 2015). “As partes terão ciência da data e do local designados pelo juiz ou indicados pelo perito para ter início a produção da prova.”

²²⁹MARINONI & ARENHART, 2015, p. 298.

²³⁰Ibid.

²³¹Ibid.

²³²Ibid.

²³³Cf. Teixeira (2016, p. 79), para mais aprofundamentos, relativos à gravidade das violações no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que: “A garantia da inadmissibilidade de provas ilícitas relaciona-se com outros direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, tais como, o direito à intimidade e à privacidade (artigo 5.º, inciso X), o direito à imagem (artigo 5.º, inciso X), o direito à inviolabilidade do domicílio (artigo 5.º, inciso XI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (artigo 5.º, inciso XII) e do direito ao sigilo profissional (artigo 5.º, incisos XIII e XIV, *in fine*). Esta vedação, visando coibir práticas abusivas e ilegais na obtenção de prova, não é encontrada em outras Constituições brasileiras anteriores à Constituição Federal de 1988.”

Uma importante questão que deverá ser recordada pelos juristas quando da análise deste ponto relativo à gravidade e a uma eventual violação é que os advogados e os magistrados possuem funções e estão a “ocupar posições diferentes”²³⁴. Portanto, no tocante ao direito à prova e a gravidade na violação, é incontestável que, diante das distintas atribuições processuais que ocupam, os advogados irão tendenciar a sustentarem uma tese defensiva exclusiva aos interesses e aos direitos do cliente que patrocinam.

Decerto, relativamente ao direito à prova, Passanante ensina-nos que:

In um “processo alla prova” illecita, nel quale si discute della sussistenza o meno – sub specie di giudizio di ammissibilità – del “diritto alla prova”, nessuno dei momenti essenziali del diritto di difesa merita di essere trascurato: così, la parte che solleva l’accezione di inammissibilità per illiceità della prova dovrà poterne allegare i fatti che ne costituiscono il fondamento, argomentare in diritto, non solo circa la sussistenza della illiceità del comportamento extraprocessuale tenuto dalla controparte, ma anche – stante l’assenza di disposizioni di diritto positivo – circa la sussistenza di un simile divieto nel nostro ordinamento, nonché, infine, di dedurre e, se necessario, vedere ammettere ed assumere le prove della allegata illiceità. [...]”²³⁵.

Outro ponto importante nesta seara é anotar que, por exemplificação, no novo CPC brasileiro, do mesmo modo que no CPC português, não há menção à ilicitude probatória em sua parte geral; ao adverso, observa-se claramente que o CPP brasileiro trata deste tema em duas oportunidades. E frise neste ponto que se está a tratar que as referidas previsões contidas no CPP brasileiro constam no seguinte formato, a saber:

i) nos §§ 1.º e 2.º do art. 157, que cuida das provas ilícitas por derivação, admitindo seu ingresso no processo quando não estiver claro o “nexo de causalidade” ou quando “puderem ser obtidas por fonte independente”; ii) em seu art. 233, que impede a admissão como prova das cartas particulares obtidas “por meios criminosos”²³⁶.

²³⁴Nesse sentido, observam-se os antagonísticos polos que os causuísticos podem ocupar nas relações processuais, bem como das suas distintas atribuições estabelecidas caso a caso – questões funcionais, por assim dizer, no processo –, enquanto que ao Magistrado caberá exercer um cargo funcional (investido pelo Poder Judiciário), a merecer atenção, inclusive, para uma conduta e valoração imparciais perante as diversas questões postas em causa pelos litigantes. Com efeito, justifica-se tal afirmação com base na doutrina de Wacks (2015, p. 24), o qual aduz que: “[...] *There are no simple answers to this sort of predicament. Institutionally, judges differ from lawyers: they are officers appointed or elected to implement the law. Their legal duty is plain. Lawyers, on the other hand, are not state officials. They owe a strong duty to their clients. They must, of course, work within the system, but their responsibility is to utilize the law, not to dispense justice. They may find the law morally repugnant, but their role within an unjust legal system is easier to justify than that of the judge. [...] This is because of the important functional differences between the two. In particular, lawyers, unlike judges, are not concerned exclusively with the forensic process. Indeed, lawyers do some of their most worthwhile work when they advise clients of their rights, whether or not litigation is intended or anticipated. [...] Thus, while appearance before the court may be regarded as a more palpable acceptance of its legitimacy, advising clients may not. [...].*”

²³⁵PASSANANTE, 2017, pp. 376-377.

²³⁶BONIZZI, 2017, pp. 26-27.

Caberá agora questionar se, em determinado ponto de vista, a prova ilícita poderia ser observada como algo inexistente na hipótese de não violar algum direito material²³⁷. Portanto, cabe uma breve memória no sentido de que as violações de ordem material seriam diante daquela prova, a título de exemplo, obtida mediante: (a) *a invasão de algum domicílio*; (b) *alguma violação na correspondência*; (c) ou, ainda, *alguma gravação clandestina realizada na conversa telefônica*; (d) bem como, noutras situações hipotéticas que tenham algum real envolvimento e, assim, violem a esfera da *intimidade e vida privada* das partes. Pelo exposto, “sem esses atos não haveria como falar em ilicitude”²³⁸.²³⁹

No entanto, apesar da fiel análise feita à tese acima, torna-se importante considerarmos que existem provas que são dependentes dos ilícitos; enquanto, também, existem provas em cujo *procedimento* ocorreu alguma ilicitude²⁴⁰. Decerto, de acordo com os autores Marinoni & Arenhart: “em alguns casos, a prova existe porque o ilícito foi praticado e, em outros, a existência da prova não é consequência da ilicitude”²⁴¹, razão pela qual a prova obtida mediante gravação clandestina ou coação, a título de exemplificação, resultaria de uma ilicitude. Todavia, o material probatório em cujo procedimento restou violada uma regra processual (no *procedimento processual*) – ou, conforme exemplificado anteriormente, o *contraditório* – não comportaria, por assim dizer, o efeito (*resultado*) dessa violação²⁴².

Ora, diante desta investigação, mormente ao que ensinam Marinoni & Arenhart, o hipotético caso de uma regra infraconstitucional supostamente violada repetir os dizeres de alguma norma constitucional torna inteligível que não sucederão dúvidas a respeito de estarmos diante de uma possível violação de direito fundamental processual²⁴³. De fato, a

²³⁷MARINONI & ARENHART, 2015, p. 298.

²³⁸Ibid.

²³⁹Para mais aprofundamentos, o constitucionalista português, Correia ensina-nos que: “Também em face dos tribunais em geral detém o Tribunal Constitucionale uma posição cimeira [...] no nosso sistema jurídico-constitucional, todos os tribunais, seja qual for a ordem em que se integram, são órgãos da justiça constitucional, incumbindo-lhes “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos” e sendo-lhes vedado, nos feitos submetidos ao seu julgamento, “aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consagrados” (conforme os artigos 202.º, n.º 2, e 204.º da Lei Fundamental). Eles têm acesso directo à Constituição, devendo recusar a aplicação das normas que reputem de inconstitucionais” (CORREIA, Fernando Alves. *Direito Constitucional: A Justiça Constitucional - Programa, Conteúdos e Métodos de Ensino de um Curso de Mestrado*. Coimbra: Editora Almedina, 2001, pp. 132-133).

²⁴⁰MARINONI & ARENHART, 2015, loc. cit.

²⁴¹Ibid.

²⁴²“Ainda que a prova não constitua o resultado direto da ilicitude, ela varia conforme a qualidade da norma violada. A violação de uma norma processual pode ser graduada, partindo de uma simples irregularidade para chegar a uma lesão a um direito fundamental processual” (MARINONI & ARENHART, 2015, p. 298).

²⁴³Ibid, p. 299.

violação seria de forma, por assim dizer, *reflexiva* daquilo que constar claramente da leitura da norma constitucional, esta em confronto com a norma infraconstitucional, tornando-se, por demais cristalina que, se constatada a correspondência de ambas, estaríamos perante uma violação de direito fundamental.

É possível afirmar que, portanto, do exposto pelos autores Marinoni & Arenhart²⁴⁴, haverá uma clara diferenciação, pois é indubitável que a prova obtida ao final do procedimento que violou, a título de exemplificação, o princípio da publicidade – incontestavelmente quando a intimidade ou o interesse social não o exigirem (art. 5.º, LX, da CRFB) – não merecerá menos rigor do que a prova que é resultado da violação do direito à intimidade. De tal modo, mostra-se que não seria apropriado (*digno*) antever que assim mesmo resultaria da já conhecida compreensão de que as provas devem ser diferenciadas em conformidade com o que tenha dado origem à violação do direito material ou na violação do direito processual. Com efeito, observa-se que, de fato, uma prova que viole justamente um direito processual, ou uma regra que repete os seus dizeres, evidentemente não deve conferir ao julgador o poder de valorar a sua eficácia.

Em suma, pode-se afirmar que a dificuldade, nessa fase, não é a de definir o que resulta no plano do direito material – do Direito Penal, etc. –, todavia, efetivamente o de estabelecer a *repercussão* da ilicitude no Processo Civil, nada importando se essa ilicitude advém do direito material ou diz respeito à violação de uma norma de natureza processual²⁴⁵.

2.5 A prova obtida com violação de regra processual que não implica lesão a direito fundamental e as suas prováveis consequências jurídicas

Neste ponto, ao falarmos da prova obtida com violação de regra processual que não implica lesão a direito fundamental e as suas prováveis consequências jurídicas, nota-se o pressuposto de que a “prova não pode ser sanada quando a ilicitude é a sua causa”²⁴⁶. Realmente, percebe-se que a referida afirmação torna evidente o entendimento de que a prova somente poderia ser sanada quando constituir, por assim dizer, um ponto final de um procedimento em que houver sido constatada alguma ilicitude. Nas palavras de Marinoni & Arenhart: “[...] é possível dizer que a prova que resulta da violação de um direito material

²⁴⁴MARINONI & ARENHART, 2015, p. 299.

²⁴⁵Ibid., pp. 299-300.

²⁴⁶Ibid., p. 300.

não pode ser sanada, não acontecendo o mesmo com a prova em cujo procedimento ocorreu um ilícito”²⁴⁷⁻²⁴⁸. De qualquer forma, cremos que uma certa ponderação probatória, em cujo procedimento ocorreu um ilícito, merecerá ser realizada mediante uma reflexão racional e motivada do julgador atentando-se ao caso concreto, bem como dos interesses em jogo.

Antes de mais, mostra-se relevante apontar os ramos do Direito que poderão ser observados nas diversificadas, por assim dizer, áreas do ordenamento jurídico, conforme Wacks:

[...] *At the core of most legal system, however, are the fundamental disciplines that hark back to the roots of law: the law of contract, tort, criminal law, and the law of property. To the nucleus must be added a horde of disciplines, including constitutional and administrative law, family law, public and private international law, environmental law, company law, commercial law, social security law, competition law, the law of evidence, succession, insurance law, labour law, intellectual property law, tax law, securities law, banking law, maritime law, welfare law, media law, and human rights law. To facilitate criminal and civil trials and other practical matters (such as the conveyance of land, the drafting of wills), complex rules of procedure have developed, spawning their own subcategories. [...]*²⁴⁹.

Sob essa perspectiva, igualmente aos direitos ao *contraditório* e à *ampla defesa*, a prova originada com violação do direito processual – ou mais razoável a compreensão: *que não constitui o resultado do ilícito, mas sim o resultado do procedimento em que ocorreu um ilícito* –, poderá tornar-se sanada tão-só nas hipóteses em que a regra violada não se mostrar imprescindível à proteção de um direito fundamental processual²⁵⁰. Posto isso, pode-se reconhecer que de nenhum modo poderia ser impossibilitado que fosse reparada uma suposta violação à regra processual, pois, mediante a observância do requisito legal ignorado poder-se-ia permitir a salvação do resultado obtido durante o procedimento probatório – *ou seja*, da prova resultante deste procedimento (aproveitamento do material probatório)²⁵¹.

Por essa razão, conforme Marinoni & Arenhart: “[...] quando se considera a prova obtida com violação de regra não essencial, não há razão para se retirar qualquer eficácia ao

²⁴⁷MARINONI & ARENHART, 2015, p. 300.

²⁴⁸Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, diante da necessidade do estudo das matérias constitucionais nesta investigação, relativamente às competências do Tribunal Constitucional português, observa-se que: “[...] é concebido essencialmente como um órgão jurisdicional de controlo normativo – de controlo de constitucionalidade e da legalidade: consoante logo resulta do teor do art. 223.º, n.º 1, CR, essa é a sua competência característica e nuclear e a que ditou a sua criação, assumindo as demais um relevo claramente secundário, não obstante a importância de que se revestem. [...]” (COSTA, José Manuel M. Cardoso da. *A Jurisdição Constitucional em Portugal*. 3.ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2007, p. 29).

²⁴⁹WACKS, 2015, p. 34.

²⁵⁰MARINONI & ARENHART, 2015, loc. cit.

²⁵¹Ibid.

seu resultado”. Realmente, é possível dizer que, não sendo essa regra essencial para assegurar, nomeadamente, as garantias constitucionais, não se pode acreditar na retirada de qualquer eficácia relativa ao resultado da prova obtida processualmente²⁵².

Surge, também, nas palavras dos mesmos autores, todavia, que: “[...] na hipótese de violação de direito fundamental, seja material ou processual, a prova não pode gerar consequência alguma no processo”²⁵³⁻²⁵⁴. Dessa maneira, a referida assertiva é bastante clara ao sustentar o entendimento de que, na suposta hipótese de estarem “em jogo” direitos fundamentais, a prova não poder ser admitida.

De qualquer forma, corrobora-se com a linha de pensamento dos autores, isto é, de que o descobrimento da verdade que se originou com o material probatório somente poderia influenciar o processo quando o ilícito não fosse a sua causa e que, igualmente, não tivesse violado algum direito fundamental processual durante o procedimento que nela resultou (*a prova*)²⁵⁵⁻²⁵⁶.

Pelo exposto, parece-nos ser possível inferir que o magistrado terá que confrontar o descobrimento pertencente à prova maculada com aquilo que restou evidenciado através das provas lícitas, sustentando, assim, de modo coerente (*racional*), a vinculação entre o descobrimento obtido através da *ilicitude* probatória e diante da licitude probatória. Dito isso, pode-se asseverar que o julgador deverá, na motivação, expor e explicar a razão de a violação da regra processual não desacreditar na descoberta na sua totalidade²⁵⁷.

²⁵²De acordo com a doutrina italiana de Passanante (2017, p. 362_, observa-se que: “[...] *Come si è illustrato nel capitolo che precede, è stato autorevolmente sostenuto che il principio del giusto processo imporrebbe (all’interprete, ma evidentemente anche al legislatore che volesse intervenire in materia) di escludere dalle prove ammissibili, se non tutte le prove illecite, quantomeno le c.d. prove inconstituzionali [...].*”

²⁵³MARINONI & ARENHART, 2015, p. 300.

²⁵⁴Nesse sentido, observa-se, exemplificadamente, o entendimento existente nos Estados Unidos da América, de que: “[...] *Conversely, judges commonly make factual determinations when they are reaching legal conclusions, sometimes just by virtue of having to make the factual determination that some rule or precedent is or is not the law, and sometimes because, especially with respect to constitutional issues, making determinations about facts is part of what we want judges to do in order to ensure that constitutional values are preserved. [...]*” (SCHAUER, 2009, p. 204).

²⁵⁵MARINONI & ARENHART, 2015, loc. cit.

²⁵⁶[...] Se a prova deriva do ilícito ou a sua obtenção implicou na violação de um direito fundamental processual, a sua descoberta deve ser considerada um ‘nada’, sem qualquer possibilidade de influir sobre o convencimento do juiz” (Ibid.)

²⁵⁷Ibid. Sustenta-se, de forma complementar, o entendimento mencionado e resultante dos estudos de Passanante (2017, p. 374): “[...] *D’altro canto, la stretta connessione tra accertamento della verità e attuazione delle garanzie del processo e della legalità è stata ampiamente dimostrata proprio da chi, aderendo ad un approccio cognitivista della giurisdizione, há indicato nella verità la miglior garanzia dei cittadini di fronte al pericolo che le decisioni giudiziali siano arbitrarie. [...].*”

2.6 A norma constitucional que proíbe as provas “*obtidas por meios ilícitos*”

Aqui, no tocante à norma constitucional²⁵⁸ que proíbe as provas “*obtidas por meios ilícitos*”, nota-se, da leitura da Constituição brasileira, art. 5.º, LVI, que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”²⁵⁹. De acordo com o texto constitucional, percebe-se que o referido inciso se refere às provas que foram obtidas mediante alguma violação de direito material, tendo em vista que resta cristalino que as provas não devem violar direitos processuais²⁶⁰. Por essa razão, o motivo de estar inserida a *prova ilícita* na referida norma constitucional brasileira está na insuficiência de sancionar a *ilicitude probatória* apenas no plano do direito material. Não se deve olvidar o fato de que “para uma maior proteção dos direitos, é preciso negar eficácia a tais provas no processo”²⁶¹. Como fora citado, o art. 5.º, LVI, da CRFB proíbe que as provas ilícitas tenham quaisquer eficácias processuais.

Para além disso, colhendo-se dos ensinamentos de Bonizzi, observa-se que: “não só a prova ‘obtida’ por meio ilícito, como a tortura e a invasão de privacidade desprovida de autorização judicial, não pode ser utilizada no processo, mas também a prova que é ‘ilícita em si mesma’ é igualmente proibida”²⁶². Portanto, para Marinoni & Arenhart: “[...] nada impede que uma nova prova venha a recair sobre o fato que a prova ilícita tentou esclarecer, desde que essa nova prova receba a devida autorização judicial (art. 5.º, XII, da

²⁵⁸Cf. Novais para mais aprofundamentos, tendo-se que: “[...] Obviamente, à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria da Constituição, deve fazer um controlo intensivo denso, da máxima exigência, uma vez que se trata de uma restrição a um direito fundamental. [...]” (NOVAIS, Jorge Reis. *Em Defesa do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Editora Almedina, 2014, p. 151).

²⁵⁹ “[...] não considerou – e nem poderia – o fato de que essa relação ocorre em processos de diversas espécies – penal, civil, trabalhista – e diante de diferentes valores e direitos” (MARINONI & ARENHART, 2015, loc. cit.).

²⁶⁰Ibid., p. 301.

²⁶¹Ibid.

²⁶²BONIZZI, 2017, p. 27.

CRFB²⁶³)²⁶⁴. Pode-se concluir, portanto, que o magistrado, ao afastar eventual elemento probatório dos autos, poderá, conforme a sua convicção, autorizar novas provas relativas aos fatos investigados.

Verdadeiramente, mostra-se importante observar que não se pode desconsiderar que alguém pode se ver atraído a obter uma prova de maneira ilícita precisamente para demonstrar a verdade²⁶⁵. Pelo exposto, não é apropriado conceber que a proibição da prova ilícita surgiu da imprescindibilidade de se garantir a descoberta da verdade no processo²⁶⁶. Assim, a título de exemplo, conforme nos ensina Bonizzi: “a utilização (admissão e valoração) do depoimento testemunhal de pessoas impedidas a depor, conforme disposto no art. 447, § 2.^o”²⁶⁷. Infere-se, por conseguinte, que a colheita do material probatório poderá ser realizada nas linhas gerais da referida exemplificação licitamente; entretanto, a prova é ilícita em si mesma, ou seja, ao suposto depoimento não se poderá atribuir força probante a ser objeto de valoração processual.

Nesse sentido, é cada vez mais cristalino que, no direito brasileiro, houve uma opção (*escolha*) legislativa pelo direito material em detrimento ao direito ao descobrimento da verdade. Isto é, tem-se que a referida norma constitucional proibiu a *prova ilícita* no sentido de conceder maior amparo ao direito material; assim, negando a perspectiva de se

²⁶³CRFB, art. 5.^o (BRASIL, 1988): “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XII – e inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução em processo penal; [...]”. No ponto de vista doutrinário italiano, ressalta-se a importante observação de Passanante (2017, p. 301), esta relativamente a distinção da *prova ilícita* e *prova inconstitucional*: “[...] *Para, dunque, di potersi concludere che la distinzione tra prove illecite e prove incostituzionali, apparentemente utile a restringere il campo della regola di esclusione da applicare alla prova illecita, in realtà risulti al più funzionale a sorreggere le tesi che predicano il fondamento costituzionale della regola dell’inammissibilità della prova illecita, essendo, tuttavia, quase del tutto priva di idoneità selettiva, sicché tutte le prove tout court illecite finiscono con l’essere anche ‘prove inconstituzionali’.*”

²⁶⁴MARINONI & ARENHART, 2015, p. 301.

²⁶⁵Marinoni (2016, p. 59), sobre este ponto dos direitos fundamentais: “Os direitos fundamentais, ao gerarem dever de proteção por parte do Estado, não dizem “como” essa tutela deve se dar. Pensar em “como” o Estado protege os direitos fundamentais é o mesmo do que considerar as providências que o Estado deve necessariamente tomar para tutelá-los. A Constituição possui, quando muito, disposições fragmentárias sobre as medidas de tutela que devem ser utilizadas à tutela dos direitos fundamentais.”

²⁶⁶MARINONI & ARENHART, op. cit., pp. 301-302.

²⁶⁷BONIZZI, 2017, p. 27. CPC brasileiro, art. 447.^o (BRASIL, 2015): “Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. § 2.^o São impedidos: I – o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito; II – o que é parte na causa; III – o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes.”

alcançar a verdade a qualquer custo. Se tais provas, conforme mencionado, não implicassem na violação de direitos, a busca da pelo descobrimento da verdade dar-se-ia pela imposição de serem utilizadas no processo²⁶⁸.

Diante do exposto, resta a indagação: *se essa opção (preferência) do legislador brasileiro pelo direito material em detrimento ao direito ao descobrimento da verdade, de fato, excluiu uma ulterior ponderação – agora pelo magistrado – a ser realizada entre o direito que se pretende fazer através da prova ilícita e o direito material efetivamente violado [...]*?

Por último, consoante Tartuce, torna-se imprescindível demonstrar algumas exemplificações utilizadas para tratar de variados aspectos relativos à ilicitude da prova no campo do Direito de Família, em que a intimidade das pessoas não é sempre que pode ser preservada para obtenção da prova, como acontece, tendo como exemplo, com a contratação de detetive particular ou com o exame genético de ADN utilizada para eventual verificação/investigação da paternidade, aquela realizada independentemente da vontade de um dos genitores²⁶⁹⁻²⁷⁰⁻²⁷¹.

²⁶⁸MARINONI & ARENHART, 2015, p. 302.

²⁶⁹TARTUCE, Fernanda. *Processo civil aplicado ao direito de família*. São Paulo: Método, 2012, pp. 96-103. Importante ressaltar o recente caso jurídico envolvendo o cantor Julio Iglesias, o qual está a discutir questão relativa ao teste de ADN em *investigação de paternidade*, a saber: “*Julio Iglesias (74 años) vive ajeno al escândalo. El intérprete se mantiene firme en su determinación de no someterse a las pruebas de ADN para conocer si Javier Sánchez (41) es realmente su hijo biológico, como el joven y su madre, Edite Santos, defienden con ahínco. El cantante no quiere oír hablar de pruebas ni de ningún ultimatum judicial. [...]*” (EL ESPAÑOL. *Julio Iglesias, sin salida: será declarado en rebeldía y padre legal de Javier Sánchez si no cede su ADN*. 2018. Disponível em: <https://www.elespanol.com/corazon/famosos/20180824/julio-iglesias-sin-javier-sanchez-no-adn/332467198_0.html>. Acesso em: 23 de novembro de 2018).

²⁷⁰Nesse sentido, mostra-se relevante o apontamento de Wacks (2015, p. 136) ao referir relativamente as novas tendências e evoluções no âmbito científico, as quais estão a provocar o novo “olhar” para as necessidades sociais, mormente quando demonstradas os novos “casos” que são apresentados nos Tribunais, ou seja, de que: “[...] *Developments in biotechnology such as human cloning, embryo stem cell research, genetic engineering, GM crops, and nanotechnology provoke thorny ethical question and confront traditional legal concepts. Proposals to introduce identity cards and biometrics have attracted strong objections in several jurisdictions. [...]*”

²⁷¹Capelo, nessa matéria, ressalta que, no Direito português, os pressupostos da investigação de paternidade obtiveram nova relevância e roupagem, deixando o rótulo de condicionamento de ação para que ocorra as presunções de paternidade que a legislação estabeleceu peculiar força probatória (CAPELO, Maria José. A reforma processual e as acções de filiação. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 747).

2.7 A opção do Processo Penal e a ausência de opção no âmbito do Processo Civil

Neste ponto, relativamente a opção do Processo Penal e a ausência de opção no âmbito do Processo Civil, tem-se, nas palavras de Marinoni & Arenhart de que: “a influência do processo penal sobre a ideia de proibição de prova ilícita é muito grande”²⁷²⁻²⁷³. Cumpre agora mencionar e analisar a questão relativa à Constituição da República Portuguesa que, a título de exemplificação, possui de forma límpida o tratamento dado as provas ilícitas no art. 32.º, n.º 8²⁷⁴, referindo-se, terminantemente, às garantias do Processo Criminal²⁷⁵.

Por essa razão, no sistema processual brasileiro²⁷⁶, há uma consagração de que a diferenciação entre os processos Civil e Penal é nítida quando constado, a título de

²⁷²MARINONI & ARENHART, 2015, p. 302.

²⁷³Marinoni & Arenhart (2015, p. 302), mencionam, por exemplo, que: “[...] a obtenção da prova é deferida à polícia, em fase anterior ao processo, tornando-se visível a necessidade de se colocar freios na atividade policial, com o objetivo de impedir a obtenção de provas mediante a violação de direitos fundamentais materiais.”

²⁷⁴CRP, art. 32.º, n.º 8 (PORTUGAL, 1976): “Garantias do processo criminal. [...] São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações [...]”

²⁷⁵Ademais, relativamente ao recente caso supramencionado, do cantor Julio Iglesias, importante referir que: “[...] *prueba la consiguieron gracias a un detective privado, quien siguió durante un día al varón mayor de los Iglesias-Preysler, hasta que em la praya recogió una botella de agua de la que había bebido el cantante y se utilizó en la demanda. El resultado salió positivo. ‘Tenemos esas pruebas que nos dan cierta credibilidad y con ello muchas posibilidades de ganar y muy pocas en contra’, detalla el abogado*” (EL ESPAÑOL, 2018). Com relação a este estudo, observa-se que o direito à identidade genética, em Portugal, está presente na primeira parte do n.º 1 do art. 26.º da CRP, contemplando duas dimensões distintas, uma absoluta e outra relativa. Portanto, mostra-se importante dizer que Varela ensina-nos que: “Ora, este direito solenemente proclamado na Constituição à identidade pessoal não pode, segundo a melhor interpretação do texto, confinar-se ao direito ao nome de cada indivíduo; e, entre os elementos necessariamente acrescem ao nome, não podem deixar de figurar a maternidade e a paternidade, como as raízes definidoras, por excelência, da sua identificação” (VARELA, João Antunes de Matos. A inseminação artificial e a Filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 128. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 100). Portanto, embora a suposta prova ilícita colhida pelo detetive privado tenha comprovado a paternidade com a realização do teste de ADN, observa-se que o cantor, mesmo com ultimato, recusa-se a fazer o teste de paternidade. Nesse sentido, observa-se a notícia veiculada: “DNA test results make it almost certain that veteran crooner Julio Iglesias is the father of a 40-years-old Spanish man, a lawyer acting for the man says. [...] There is a 99.99% DNA match, the Seville lawyer for Javier Sánchez said. The DNA was obtained legally from some discarded items in Miami, he added. [...] Mr. Sánchez’s mother Maria Edite Santos, a Portuguese dancer, reportedly had an affair with the famous singer. Iglesias has not commented on the latest claim. The singer, 73, has eight children. [...] Three were born to Isabel Preysler, the singer’s ex-partner, and five to his current partner Miranda Rijnsburger. [...] In 1992 a court ruled in favor of Mr. Sánchez, declaring that Iglesias was his father. But Iglesias appealed and got the ruling quashed. The singer had refused to undergo a paternity test. A clause in the Spanish constitution gives people the right to pursue such paternity suits” (BBC. ‘DNA proof’ for Julio Iglesias love child – lawyer. BBC News, 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/world-europe-40520000>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018).

²⁷⁶Mostra-se importante ressaltar, relativamente ao conceito de Direito Processual, o que Mellado ensina: “[...] como el conjunto de normas jurídicas, parte integrante del ordenamento estatal, que se caracteriza por servir para la aplicación del derecho objetivo por los órganos jurisdiccionales al caso concreto. Tien, pues, el Derecho procesal un marcado componente dinámico y únicamente en esta dimensión pueden sus normas ser

exemplificação, que ambas as partes têm o dever de dizer a verdade no Processo Civil, enquanto que o réu, no Processo Penal, deve, contrariamente, ser informado do seu direito de permanecer calado, tendo em vista o que está disposto no art. 5.º, LXIII, da CRFB²⁷⁷.

Marinoni & Arenhart esclarecem que²⁷⁸:

[...] Como se vê, a busca da verdade é tratada de modo totalmente diverso em tais processos. De acordo com a Constituição Federal, o preso deverá ser informado ‘de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado.’ Não se trata apenas de um direito de calar, mas sim de um direito de ser informado da possibilidade de calar. Caso essa informação não ocorra, a prova obtida através da declaração é ilícita. Além do mais, não se pode esquecer que o processo penal é marcado pela chamada presunção de inocência, ou pela proibição de o juiz condenar o réu quando não está convencido da verdade – o que não ocorre no processo civil [...].

E completam:

[...] Enquanto no processo penal o direito de permanecer calado e a presunção de inocência derivam da proeminência do direito de liberdade, no processo civil – não havendo como definir, em abstrato, o bem de maior relevo – ambas as partes têm o dever de dizer a verdade e, em alguns casos, o juiz pode dar tutela ao direito do autor com base em convicção de verossimilhança [...].

Destarte, perante tais considerações, o Processo Penal outorga maior relevância ao direito à liberdade; não obstante, no Processo Civil não se faça opção por nenhum dos direitos que são capazes de colidir (porquanto uma suposta opção não poderia ser realizada em abstrato), razão pela qual, neste último, deve ser autorizado que essa opção seja destinada ao juiz, defronte da questão concreta posta em causa²⁷⁹. Posto isso, surge o seguinte questionamento: *teria o magistrado, no âmbito do direito processual civil, maior liberdade do que o juiz que exerce jurisdição na seara criminal?*

2.8 A proibição da ilicitude probatória no Processo Civil e o postulado da proporcionalidade

Como era de se esperar, neste ponto, relativamente à *proibição da ilicitude probatória no Processo Civil e o postulado da proporcionalidade*, denota-se que um dos

entendidas em profundidad” (MELLADO, José Maria Asencio. *Introducion al Derecho Procesal*, 3.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 21).

²⁷⁷CRFB, art. 5.º, LXIII (BRASIL, 1988): “[...] o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado [...].”

²⁷⁸MARINONI & ARENHART, 2015, p. 303.

²⁷⁹Ibid.

pontos fundamentais da presente investigação é a análise da *proibição da utilização da prova ilícita*, observada na doutrina nacional e estrangeira como sendo um princípio, embora não possua a necessária dogmática desenvolvida no sentido de aplicação do Processo Civil²⁸⁰. Realmente, com isso pretendemos dizer que o seu regime, nomeadamente das provas ilícitas, restou considerado pelo legislador com maior relevância no âmbito Processual Penal, desde logo no ordenamento jurídico português, visto que consagrou, de forma expressa, a *proibição da valoração da prova ilícita*, conforme dispõe o art. 32.º, n. 8.º, da CRP²⁸¹.

Verifica-se que esta percepção adotou, inicialmente, no direito alemão, o princípio da proporcionalidade, tendo sido aderida em diversos ordenamentos jurídicos, inclusive quando analisadas as atuais concepções jurídicas adotadas em Portugal, assim como no Brasil²⁸². Contudo, há de se dizer que as raízes estão alicerçadas no Direito Administrativo e, atualmente, estão a ganhar “espaço”, por assim dizer, no âmbito do Direito Constitucional. Dessa forma, buscar-se-á demonstrar que, para além de apoiar os Magistrados na solução dos conflitos, a utilização da proporcionalidade, com certeza, ajuda no combate aos abusos interpretativos. E, assim, tendemos a perceber esta verdadeira existência de uma moderação (*proporcionalidade*) na construção do entendimento jurisprudencial, tornando-a uma realidade perceptível.

De acordo com a tese em análise, o postulado da proporcionalidade é admitido no Direito brasileiro, conquanto muitas vezes tenha a sua sobreposição impugnada defronte da norma constitucional que proíbe as provas ilícitas. Com sustentáculo no postulado da proporcionalidade, conforme nos orientam Marinoni & Arenhart, observamos que os tribunais americanos e alemães admitem exceções à proibição das *provas ilícitas*, nomeadamente, nas ocasiões em que se tornem necessárias às realizações de exigências superiores, estas de natureza pública ou privada, argumentando que a proporcionalidade é imprescindível para que se faça “justiça no caso concreto”²⁸³.

²⁸⁰De acordo com Correia (2015, p. 21): “[...] é fácil perceber, não podemos duvidar da dinamicidade do Direito Processual Civil e de sua intrínseca instrumentalidade, exercendo uma função primordial na sociedade, não só entre o Estado, com a prossecução do interesse público, através do poder jurisdicional, e a aplicação do direito material perante as partes envolvidas, mas também na relação directa entre o direito substantivo e as próprias partes. Todo esse enredo desenrola-se em função de iter que move a “montanha russa” do jogo em causa: o processo.”

²⁸¹ALEXANDRE, 1998, p. 13.

²⁸²ROCHA, 2014, p. 70.

²⁸³MARINONI & ARENHART, 2015, p. 304.

Das lições enunciadas por Wambier & Talamini, temos a concepção de que existem certas provas que não são consideradas em si mesmas ilícitas e estas podem ser, em vista disso, violadoras do ordenamento jurídico, sendo, portanto, consideradas tão graves violações que são excluídas completamente pelo regime processual civil, v.g. imagem íntima, diário íntimo, etc. Logo, traduz-se que existem outras provas que, ainda que não sendo ilícitas em si mesmas, foram produzidas por intermédio de meios ilegais, v.g. confissão obtida sob tortura e que, por consequência, igualmente, não são toleradas, a não ser que haja um outro direito fundamental em confronto que necessite ser preservado ao resguardo do princípio da proporcionalidade, admitindo-se, assim, que eventualmente tal elemento probatório possa ser considerado²⁸⁴.

À vista disso, apesar dos conceitos e ideais enraizados no nosso ordenamento jurídico, mostra-se fundamental estabelecer se a norma que proibiu a *prova ilícita* ponderou essencialmente o que havia a ponderar, “*fechando as portas*” para qualquer ponderação por parte do juiz ou, se não obstante, está ainda “*aberta*” para certos casos concretos, posto que, então, deverá ser aplicada mediante ponderação²⁸⁵. Consequentemente, a conclusão a essa argumentação seria no fundamento de que a norma constitucional, ao proibir a *prova ilícita*, não fez restrição a qualquer espécie de processo e, com tal característica, considerou também o Processo Civil²⁸⁶.

Verdadeiramente, podemos afirmar, portanto, no entendimento de Novais, que o princípio da proporcionalidade se torna fundamental no panorama da ponderação de valores conflitantes, no qual se devem os meios e os fins alcançar e, trilhando o sentido da proporção, o julgador pode se aproximar de uma decisão mais justa e adaptada na hipótese em concreto. Com êxito, incorporando-se no princípio da proporcionalidade, as palavras de ordem são na lógica da justa medida, da adequação material ou, até mesmo, da razoabilidade²⁸⁷.

²⁸⁴“Com efeito, observa-se que o Autor deixou transparente o seu entendimento relativamente ao tema da admissibilidade das provas ilícitas” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Vol. 1. 12.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 71). Sobre o tema, o nosso entendimento é no sentido de que, em nenhum momento, será capaz de ser relativizada a admissibilidade probatória se porventura o elemento probatório restar obtido através de tortura ou coação.

²⁸⁵MARINONI & ARENHART, 2015, p. 304.

²⁸⁶Ibid.

²⁸⁷Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 178.

Assim, fortalecendo a presente tese com embasamento nos ensinamentos dos autores Marinoni & Arenhart, observa-se que:

[...] para evidenciar que, em alguns casos, é necessária uma segunda ponderação, basta pensar na situação em que um particular é obrigado a obter uma prova ilícita – diante da inexistência de qualquer outra prova – para proteger um direito fundamental (...) Ou na hipótese em que uma associação de proteção ao meio ambiente não tem alternativa para proteger o direito ambiental²⁸⁸⁻²⁸⁹.

De acordo com o exposto pelos autores, pode-se dizer, assim, que ambas as exemplificações traçadas são claras no sentido de demonstrar a possibilidade de se estar diante de, até mesmo, uma segunda ponderação.

Para além disso, no que tange à proporcionalidade, conforme doutrina Wambier & Talamini, tem-se que esta constitui um mecanismo que permite ao advogado perante o juízo a praticar o uso dos princípios processuais com o designo de alcançar o melhor desfecho para a lide, ainda que haja um conflito de direitos²⁹⁰. Com efeito, tem-se que a observação de todo o encadeamento processual, no viés da proporcionalidade, quando da análise, pelo julgador, dos direitos postos em causa, pelo menos no plano teórico, torna-se, razoável e eficaz pensarmos que terá o juiz, por assim dizer, um gracioso “proceder”/facere diante da sua “sensibilidade” e, também, certa liberdade na questão litigiosa a ser por aquele julgada.

Considerando os fatores até agora estudados, mostra-se relevante a afirmativa de Alexy em sua clássica obra sobre os direitos fundamentais, no tocante à relação indestrutível que conecta a teoria dos princípios e a *proporcionalidade*. Assinala o autor, por esta razão, que a proporcionalidade, em conjunto com seus três elementos (*adequação; necessidade e proporcionalidade* em sentido estrito), decorre da sua natureza principiológica. Por conseguinte, entende o autor que a proporcionalidade, em respeitabilidade de suas características e peculiaridades, não pode ser refletida de outra forma que não como um princípio geral de direito²⁹¹. Dito isto, é possível percebermos a verdadeira importância do

²⁸⁸MARINONI & ARENHART, 2015, p. 305.

²⁸⁹“[...] Se aceitarmos a tese de que a norma que proíbe a prova ilícita já ponderou tudo o que havia a ponderar, estaremos, forçosamente, impedidos de considerar as hipóteses referidas de maneira distinta. Porém, se imaginarmos essa prova diante de uma ação de alteração da guarda dos filhos, seria pouco mais do que perverso negar a sua eficácia para a proteção dos menores. Ora, o Estado, além de ter de se preocupar com os direitos fundamentais que a prova ilícita pode violar, não pode esquecer a dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que podem depender, diante de certo caso concreto, da prova ilícita” (Ibid., p. 306).

²⁹⁰Cf. WAMBIER & TALAMINI, 2012, p. 76.

²⁹¹ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 1000.

princípio da proporcionalidade, uma vez que colocado pelo autor na categoria de um princípio geral do direito.

Portanto, a princípio, a utilização da *prova ilícita* poderá ser admitida, de acordo com a lógica do postulado da *proporcionalidade*. Dessa aparência, pode-se dizer que a afirmação de que a *descoberta da verdade* não pode advir através da *prova ilícita* não é no mesmo sentido que sustentar que um *direito fundamental material* não poderá ser através dela apresentado²⁹². Consequentemente, depois, tem como relevante a verificação (*ponderação*) se haveria outra prova, além da que foi obtida de forma ilícita, habilitada a demonstrar as alegações em juízo. Deste modo, quando se pensa no postulado da *proporcionalidade*, há constantemente que se considerar o valor do bem jurídico que se busca proteger através da ilicitude probatória²⁹³.

Cumprir dizer que há certo entendimento doutrinário noutros ordenamentos, nas palavras de Nery Junior, que aceita a proporcionalidade em casos pontuais, levando em consideração, entre outros fatores, o ramo processual em que esteja inserida. Dito de outra forma, tem-se que este é o caso das provas ilícitas que, curiosamente, têm uma interpretação mais flexível no procedimento processual penal, quando em comparação ao Processo Civil, podendo até serem admitidas na esfera criminal, como, por exemplo, nas situações em que a sua obtenção e utilização reverta em benefício para o réu²⁹⁴. Considerando a presente argumentação, o que acontece é que, para a resolução de certos litígios, quando há colisão de direitos fundamentais, o julgador deve proceder a um *juízo de ponderação* e este juízo deve ser exercido com base no princípio da proporcionalidade.

Por exemplo, ao estudarmos a obra de Canotilho, observamos que, claramente, em Portugal, o *princípio da proporcionalidade* em congruência ampla, também conhecida como *proibição de excesso*, foi elevado à esfera de preceito constitucional. Verdadeiramente, destacado em diversos dispositivos constitucionais – nomeadamente no art. 18.º, n.º 2, da CRP (que estabelece que as restrições de direitos, liberdades e garantias devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses protegidos pela Constituição) e no art. 266.º, n.º 2, da CRP (que determina a submissão de todos os atos de poderes públicos aos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da imparcialidade, da boa-fé e da justiça)

²⁹²MARINONI & ARENHART, 2015, p. 307.

²⁹³Ibid.

²⁹⁴NERY JUNIOR, Nelson. Proibição da prova ilícita. Novas tendências do direito. In: *Justiça Penal. Críticas e Sugestões. Provas ilícitas e reforma pontual*. Coordenador Jaques de Camargo Pentead. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, v. 4, pp. 13-31, p. 18.

–, percebe-se que, de fato, a raiz da proporcionalidade constitui limitação constitucional à liberdade da conformação do legislativo²⁹⁵.

Dessa forma, resta esclarecido o entendimento de que a análise do modo em que a prova ilícita determinou a violação do direito e, especialmente, se existiria a possibilidade de limitação do direito que fora violado. Assim, quando observados os determinados requisitos legais, uma vez que a violação de um direito que não admite sequer restrição legal é mais grave que a violação de um direito que pode ser objeto de restrição²⁹⁶. Logo, há distinção entre a obtenção de um *testemunho mediante tortura* e a *escuta ilícita de uma conversa telefônica* – que pode ser lícitamente gravada com autorização judicial²⁹⁷.

Apesar de toda a densificação doutrinária feita pela doutrina europeia, pode-se identificar que é concebível assegurar que a admissibilidade da prova ilícita unicamente se valerá dos critérios da proporcionalidade se persistir demonstrada a proeminência dos direitos por ela tutelados em face de os direitos conflitantes (*ponderação*)²⁹⁸.

Como já se buscou demonstrar, observa-se que os próprios tribunais, ao *inadmitirem a prova ilícita*, não têm se delimitado a fundamentar suas decisões puramente com fundamento no dispositivo vedatório da referida prova. Por este ângulo, ao contrário, optam por alicerçar seus posicionamentos a começar por uma visão circunstancial da prova, isto é, analisam se ela possui justificativas favoráveis à sua admissibilidade. É possível dizer que, então, ao adotarem tais dimensões, afirmam e acabam por legitimar a presença da *proporcionalidade*, em razão de, caso não acreditassem, valer-se-iam somente da normativa proibitória da prova ilícita²⁹⁹.

Temos, portanto, dos elementos fundamentados na experiência prática, ainda que perante um sistema jurídico impecável, inexistente constituinte que tenha a genialidade de dispor do tempo, das informações e condições necessárias capaz de pressentir e regular todas as situações conflituosas que poderiam aparecer/acontecer na aplicação dos princípios. E, com isso, pretendemos dizer que, embora assim o fosse, estaria incurso no risco iminente de

²⁹⁵CANOTILHO, 2003, p. 382.

²⁹⁶MARINONI & ARENHART, 2015, p. 307.

²⁹⁷Ibid.

²⁹⁸ROCHA, 2014, p. 72.

²⁹⁹Ibid., p. 73.

perder a aptidão para adequar-se às novas necessidades sociais, tendo em vista vez que careceria de efetividade em virtude do aprisionamento ao passado³⁰⁰.

Por último, importante observar que, conforme já delineado, se houve a utilização do método da *ponderação*, torna-se importante destacarmos que os únicos interesses ponderados foram o direito à descoberta da verdade e a proteção ao direito material violado, razão pela qual a exclusiva regra válida é a proibição da prova ilícita para possibilitar a descoberta da verdade³⁰¹. Realmente, temos que o direito não é uma ciência exata na qual a norma é prescrição exclusiva com intenção de atingir a todos os cenários. Empregar uma norma requer do julgador um domínio complexo do sistema jurídico, tal como da realidade social, e não um mero discernimento técnico, porquanto deverá empregá-la em consonância com as circunstâncias apresentadas no caso concreto. A lei não exaure o direito, uma vez que neste, do mesmo jeito que na arte, o verdadeiro se encontra no semblante oculto do perceptível³⁰².

2.9 A contaminação das provas *enraizadas* fática e juridicamente à ilícita: a teoria dos frutos da árvore envenenada

Nesta análise, relativamente à *contaminação das provas enraizadas fática e juridicamente à ilícita*, observa-se que a premissa fundamental é a *teoria dos frutos da árvore envenenada*, desenvolvida pela Suprema Corte Americana (*fruits of the poison tree*), isto porque os frutos advindos de uma “árvore”, por assim dizer, contaminada, estarão viciados³⁰³. Clarifique-se, desde logo, o entendimento de Marinoni & Arenhart de que parece ponderado acompanhar os passos da doutrina e da jurisprudência espanholas, as quais supõem que a solução da problemática ora investigada está em perceber se a prova questionada como derivada teria sido produzida, mesmo que a prova ilícita não tivesse sido obtida³⁰⁴. Torna-se possível estimular este entendimento referindo que uma prova tão só pode ser dita contaminada quando consequência da ilícita e, portanto, transferindo-se a

³⁰⁰PULIDO, Carlos Bernal. La Racionalidad de la Ponderación. In: *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*. Serie Justicia y Derechos Humanos. Quito: V&M Gráficas, 2008, pp. 48-49.

³⁰¹RÓCHA, 2014, p. 75.

³⁰²Ibid., p. 76.

³⁰³Ibid., p. 87.

³⁰⁴MARINONI & ARENHART, 2015, p. 308.

problemática para outro local, no qual então passaria a originar o significado de “prova que é consequência da ilícita”³⁰⁵⁻³⁰⁶.

Assim, para podermos apurar esta problemática, nota-se que Fernandes³⁰⁷ explana sobre a possibilidade da utilização do elemento probatório derivado consistiria em acolher a violação de direitos fundamentais da pessoa humana. Com tal propriedade argumentativa, refere o autor que: “sua aceitação constituiria estímulo à violação de direitos fundamentais da pessoa humana”³⁰⁸, aduzindo que tal temática sucede da *teoria dos frutos da árvore envenenada* da Suprema Corte Americana e que, atualmente, possui, entre nós, a razoabilidade jurídica de sua aceitação.

Eis a razão pela qual Didier Jr. ensina-nos que, no plano das provas ilícitas, no lugar em que frequentemente uma prova ilícita propicia outra, a referida teoria determina que as provas consideradas ilícitas em si mesmas que forem obtidas por *intermédio* de uma prova ilícita também estão contaminadas³⁰⁹. Do mesmo modo, acredita-se que o material probatório derivado da ilícita não teria sido encontrado se não fosse a ilicitude da primeira, circunstância que estabelece a *conexão* entre esta e aquela³¹⁰. Decerto, a *comunicabilidade* entre elas acontece de tal modo que as secundárias são conhecidas na qualidade de “*provas ilícitas por derivação*”. Por consequência, é possível dizer que uma prova só pode ser contaminada se for resultante direta ou indireta da ilícita.

³⁰⁵MARINONI & ARENHART, 2015, p. 308.

³⁰⁶“No direito probatório processual civil não vigora, salvo casos excepcionais, o princípio do direito anglo-saxónico denominado “*fruits of poisonous tree*” – *frutos da árvore envenenada*, segundo o qual seriam contaminadas todas as provas obtidas com base numa actuação ilícita quanto ao modo como foram obtidas. Se a árvore está envenenada, envenenados estão os frutos que produzir. Pese embora aquela actuação censurável, um juízo de proporcionalidade [que implica a ponderação dos interesses em jogo], é decisivo para saber que interesses devem prevalecer, tendo em conta aqui a verdade material” (PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 158/06.5TCFUN.LI.SI*. Relator: Fonseca Ramos. Lisboa, 19 de maio de 2010. Disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2c30285ae0e73d088025772900564206?OpenDocument>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2018, grifo nosso).

³⁰⁷FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 96.

³⁰⁸*Ibid.*

³⁰⁹DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 7.ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 39. De forma complementar, Passanante (2017, p. 33), por sua vez, sustenta que: “[...] *In ogni caso, l’inutilizzabilità derivata, anche a volerla ammettere, non potrebbe veicolare i caratteri che appartengono a quella originaria, sicché la “inutilizzabilità” nel processo civile, oltre a non corrispondere ad una “sanzione”, nemmeno lato sensu intesa, resterebbe comunque priva di uno status dogmatico che ne consenta una ricostruzione rigorosa in termini di struttura e funzione. Infatti il suo impiego, per quanto risulti (insidiosamente) comodo sul piano descrittivo, continua a lasciare aperto il problema principale, ossia quello del regime processuale della prova illecita, specialmente in termini di conseguenze e rimedi.*”

³¹⁰CARVALHO, Maria Cunha da Silva Araújo de. *Prova ilícita*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2002, p. 970.

De acordo com esta tese, observa-se que se mostra correta a assertiva de que: “[...] uma prova ilícita não contamina, como é lógico, todo o material probatório, pois nada impede que um fato seja provado através de prova lícitas que nada tenha a ver com a prova ilícita”³¹¹. No mesmo sentido, percebe-se que a ilicitude probatória não contamina o fato a ser elucidado, podendo se coadunar, no máximo, a outras provas específicas constantes dos autos. Como fora referido, a problemática é conhecer em que momento uma prova está ligada a outra de modo a se contaminar por sua ilicitude. Consequentemente, a partir de tal verificação no caso concreto, pode-se prosseguir no sentido de que as provas derivadas da ilícita também devem ser reputadas ilícitas³¹²⁻³¹³.

Atendendo às causas que originam a ilicitude e seguindo de perto os doutrinadores Marinoni & Arenhart³¹⁴, não basta que exista um nexo causal natural com a *prova ilícita* para que acarrete na exclusão da segunda prova, pois, evidentemente, é preciso a existência de um *nexo jurídico* entre uma e outra. Logo, a *teoria da contaminação da prova derivada da ilícita*, conhecida como *teoria dos frutos da árvore envenenada*, somente possui sentido quando a eliminação da segunda prova trazer efetividade à tutela dos direitos fundamentais³¹⁵⁻³¹⁶. Dessa forma, percebe-se que a questão posta adquire formato quando indagamos sobre os critérios determinantes da ausência de conexão de antijuridicidade entre a prova ilícita e a prova derivada. Isto é, não mais importa se há relação natural entre a segunda prova e a *prova ilícita*, mas, sim, se a segunda prova pode, pela ruptura do nexo de antijuridicidade, ser esta considerada juridicamente independente.

Por último, diante do exposto, tem-se que é necessário que haja determinado nexo causal acentuado entre a prova ilícita e a que foi obtida por meio dela, a fim de que exista tal *contaminação*. Logo, pode-se concluir que, se o material probatório contaminado pode ser razoavelmente obtido de outro modo ou se este tem alta plausibilidade de ser *encontrado/descoberto* independentemente da existência da prova ilícita, a orientação

³¹¹MARINONI & ARENHART, 2015, p. 308.

³¹²Ibid., pp. 307-308.

³¹³“[...] a contaminação da segunda prova, ou a sua admissão como derivada, além de requerer a presença de uma conexão natural, exige uma conexão jurídica” (Ibid., p. 308).

³¹⁴Ibid., p. 308-309.

³¹⁵Conforme Giacomolli, observa-se que, no sistema jurídico pátrio brasileiro, a teoria aceita pelos tribunais é a da “*teoria dos frutos da árvore envenenada*” (GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: Considerações críticas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 39).

³¹⁶Andrade (2013, p. 63) doutrina que: “A aproximação do problema do *efeito-à-distância* terá, noutros termos, de fazer-se a partir da ponderação, entre outros, de tópicos como a perigosidade do <<veneno>>, a importância do <<fruto>> no contexto global da prova e a vinculação normativa do fruto à <<árvore envenenada>>. [...]”

majoritária é de que esta prova seja admitida no processo³¹⁷. Ora, são estas que entendemos ser as soluções mais adequadas para a análise da problemática das provas derivadas³¹⁸.

2.10 Exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada: o “descobrimento inevitável” (*inevitable Discovery exception*) e o “descobrimento provavelmente independente” (*hypothetical independent source rule*)

De início, sob o prisma da análise das exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada: o “descobrimento inevitável” (*inevitable Discovery exception*) e o “descobrimento provavelmente independente” (*hypothetical independent source rule*), precebe-se, com estudos lançados na doutrina de Marinoni & Arenhart, que existem duas exceções à *teoria dos frutos da árvore envenenada*, estas denominadas como: o “descobrimento inevitável – *inevitable Discovery exception*”; e o “descobrimento provavelmente independente – *hypothetical independent source rule*”. Apesar de, aparentemente, possuírem denominações semelhantes, observamos que nitidamente são distintas.

De um lado, mostra-se completamente possível assimilar a ideia de que a *exceção do descobrimento inevitável* é admitida quando a segunda prova apresentada deriva da ilícita; todavia, entende-se que não há razão capaz de reputá-la nula ou ineficaz, posto que o descobrimento por ela constatado ocorreria mais cedo ou mais tarde pelas partes³¹⁹. Portanto, a lógica do salvamento da segunda prova é consubstanciada no sentido de que não há argumentos eficientes para remover eficácia de uma prova, que trouxe um descobrimento que muito possivelmente seria obtido licitamente³²⁰. Diante de tais alegações, seria possível afirmar que nem todos os *frutos da árvore envenenada* são proibidos, porquanto alguns podem ser aproveitados³²¹.

³¹⁷MARINONI & ARENHART, 2015, pp. 308-309; BONIZZI, 2017, p. 27.

³¹⁸Conforme estudado o tema relativo a essa teoria, conseguimos, então, assimilar a “*teoria dos frutos da árvore envenenada*”, originada pela Suprema Corte Americana, de modo a concordarmos com a sua fundamentação (provas derivadas do elemento ilícito originário).

³¹⁹MARINONI & ARENHART, 2015, pp. 309-311.

³²⁰Ibid.

³²¹É imprescindível tentar compreender se realmente existe um nexos causal de derivação exclusiva ou se, alternativamente, o elemento probatório derivado da prova ilícita seria encontrado de forma independente. Em características gerais, acreditamos que se esta autonomia restar comprovada, a prova derivada merecerá ser admitida no “jogo” processual em benefício da busca da verdade advinda da necessidade de entrega de uma tutela jurisdicional justa e eficaz.

Em contrapartida, na teoria da *exceção do descobrimento provavelmente independente*, o segundo material probatório não é admitido como uma derivação da prova ilícita; no entanto, é visto como sendo uma prova possivelmente independente, bem como, assim, despida de nexos causal para com o elemento probatório ilícito³²²⁻³²³. É possível verificar, por essa razão, que o elemento probatório merecerá, nesta hipótese, admissão pelo juízo.

Com efeito, relevante ponto de vista é o de Knijnik³²⁴ que, por sua vez, sustenta que é necessário constatar que o objetivo doutrinário “dos frutos contaminados” é propriamente inibir e oprimir artifícios ilegais por parte dos indivíduos e, também, nomeadamente, das autoridades estatais. Percebe-se, assim, a relevância do ponto de vista do autor, haja vista o interesse de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos no litígio.

Pode-se acreditar que, no essencial, se estiver comprovado que o descobrimento do elemento probatório dar-se-ia provavelmente de forma independente, este merecerá ser admitido pelo magistrado em prol da busca da verdade material, especialmente, pois entendemos que, nesta hipótese, não haveria quaisquer violações dos direitos fundamentais. Resposta diferente, contudo, é se restasse verificado que este descobrimento não poderia, em nenhuma hipótese, ocorrer sem violar os princípios constitucionais, pois derivaria puramente de uma prova ilícita e, incontestavelmente, não seria descoberto de forma independente³²⁵.

2.11 A problematização da obtenção de informações de modo ilícito e da prova testemunhal que pode nelas se basear

Neste ponto, sobre a problematização da obtenção de informações de modo ilícito e da prova testemunhal que pode nelas se basear, antes de tecer qualquer apontamento

³²²MARINONI & ARENHART, op. cit., p. 311.

³²³“[...] O juiz, para atribuir eficácia à prova derivada, obviamente deve justificar a sua decisão, expressando as circunstâncias e as regras de experiência que indicam que aquilo que foi alcançado através da prova derivada seria naturalmente obtido por meio de uma prova lícita” (Ibid., p. 310).

³²⁴KNIJNIK, Danilo. *A Doutrina dos Frutos da Árvore Venenosa e os Discursos da Suprema Corte na Decisão de 16/12/93*. Porto Alegre: Revista da Ajuris, Vol. 23, Março de 1996, p. 83.

³²⁵Cf Mesquita, para mais aprofundamentos relativos ao ora vigente e novo Código de Processo Civil português (2013). Observa-se claramente que este é um sistema concebido para imprimir maior eficiência processual na busca da verdade e na justa composição do litígio em tempo razoável (celeridade processual), tendo sido este ordenamento legitimado pela consagração dos ideais de gestão processual e também, em razão, à título de analogia, do *case management* do direito inglês, o qual autoriza a adaptação do procedimento de acordo com as particularidades do caso concreto (MESQUITA, 2015, pp. 85-86).

relativo à problemática, afirma-se que é plenamente possível que se obtenha informações de um modo ilícito e que estas toquem ao processo, mediante, por exemplo, a utilização de alguma prova testemunhal que possa nelas se basear³²⁶. Diante disso, questiona-se: *de qual forma poderia, na presente hipótese, o magistrado verificar e, assim, inadmitir que tal nova prova oral, baseada em informações colhidas ilicitamente, fosse valorada nos autos?*

Estudando a doutrina de Marinoni & Arenhart, naquela que é a melhor síntese da questão em análise, considera-se que: “[...] não há dúvida que a prova testemunhal produzida a partir de informações obtidas mediante violação do direito à intimidade é ilícita [...]”³²⁷. Dessa maneira, os referidos autores sustentam em suas vertentes doutrinárias que a ilicitude está presente na obtenção das informações, na formação e bem como na produção probatória³²⁸.

Mostra-se importante apontar para a significativa diferenciação do caso em que a polícia, por exemplo, obtém uma prova a partir de informações ilicitamente obtidas³²⁹. Ora, tal questão deve ser separada de quando ocorrer uma hipótese em que, no Processo Civil, as informações tenham sido indevidamente recolhidas, mas a testemunha poderia ter adquirido o conhecimento trazido aos autos de forma independente³³⁰.

De forma conclusiva, a posição defendida no presente trabalho é no sentido de que a verificação da *proveniência do fruto* nada mais é do que a aferição da *credibilidade* da prova testemunhal. Percebe-se, assim, que, o magistrado, ante uma hipótese em que a fonte do testemunho é colocada em dúvida, deverá, por assim dizer, realizar a verificação de onde se deu o princípio (*nascidouro*) das informações que foram objeto do depoimento testemunhal. Para além disso, como é natural, o julgador deverá demonstrar, na sua motivação, as razões que o levaram a admitir ou não o material probatório oralmente vertido

³²⁶MARINONI & ARENHART, 2015, p. 311.

³²⁷Ibid.

³²⁸Ibid. Com efeito, no tocante à prova ilícita *testemunhal*, resta-nos observar a doutrina italiana de Passanante (2017, p. 368): “[...] *Abbiamo già ricordato altrove come il nostro codice di rito contempra ipotesi di prove illecite pienamente ammissibili, finora mai sospettate di illegittimità costituzionale.* [...]”. E completa o seu entendimento na nota de rodapé da mesma página 368 no sentido de que: “[...] *Si tratta, in particolare, delle prove testimoniali rese dal teste (ad. es. dal medico) in violazione del diritto alla riservatezza (ad. es. del paziente, che è una parte del processo) o del giuramento decisorio falso. Se il canone del giusto processo imponesse la regola della inammissibilità di prove acquisite in violazione di diritti costituzionalmente garantiti, bisognerebbe – almeno nel primo caso – ritenere costituzionalmente illegitime in parte qua le norme che autorizzano il teste (anziché obbligarlo) ad astenersi.*”

³²⁹MARINONI & ARENHART, op. cit., p. 312.

³³⁰Ibid.

nos autos, permitindo, por conseguinte, inclusive, o seu devido controle pelas partes (*mediante impugnação específica pelas partes*, por exemplo)³³¹.

2.12 A teoria da descontaminação do julgado

Tratando-se da teoria da descontaminação do julgado, é perceptível que é de extrema importância que seja apresentada uma forma (*procedimento*) no intuito de que se retire a contaminação do julgado sem que este torne a “*consumir do mesmo fruto já proibido*”.

Cumpra analisar a situação hipotética em que o tribunal decide que certas das provas, nas quais a sentença se baseou, são ilícitas³³². Ora, no nosso entender, o julgamento de primeiro grau deverá ser realizado por outro juiz que não aquele que proferiu a sentença anterior. Disso decorre que, se o tribunal, ao reconhecer a ilicitude da prova, precise afastá-la dos autos, outro julgamento deverá ser feito pelo juízo de primeiro grau. No entanto, questiona-se: *e se o julgamento tornar a ser realizado pelo mesmo juiz que admitiu a prova ilícita?* De fato, certamente existirá uma imensa probabilidade de que a sua convicção seja pela ilicitude do material probatório sugestionada (*influenciada*), ainda que de forma inconsciente³³³.

Nas palavras de Marinoni & Arenhart, face às suas teses aqui apresentadas, mostra-se relevante referir que: “[...] a questão que daí advém é relativa ao juiz natural, ou melhor, à forma de definir o juiz que deverá analisar o caso”³³⁴. E completam que: “[...] Em princípio, esse ‘novo juiz’ deve ser alguém já competente para substituir o juiz afastado”³³⁵. De fato, cumpre-nos destacar o entendimento de que a competência referida pelos autores seria no sentido de restar preservado o relevante princípio do *juiz da causa (natural)* que merecerá ter a devida apreciação pelo tribunal, ao passo que esteja a redistribuir o feito ao “novo juiz”, por assim dizer, *descontaminado* da ilicitude probatória, a qual ocasiona a forçosa remessa dos autos à origem³³⁶.

³³¹MARINONI & ARENHART, 2015, pp. 311-312.

³³²Ibid., p. 312.

³³³Ibid.

³³⁴Ibid.

³³⁵Ibid.

³³⁶Sobre o tema, observamos que existem controvérsias intensas relativas à descontaminação do julgado, de forma que o magistrado nunca “consume o fruto proibido”. Neste encadeamento, acreditamos que, na

3 TESES DE ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

À propósito das teses de admissibilidade da prova ilícita, no âmbito do Processo Civil, nomeadamente da doutrina portuguesa, observa-se que a inexistência de interesse no estudo e aprofundamento pela questão das provas ilícitas compeliu-lhes a explorar ao direito comparado e às obras existentes nos ordenamentos jurídicos que não o português, no sentido de fundamentarem determinadas compreensões e conclusões³³⁷. De modo igual, fará todo o sentido conceber uma breve análise das posições doutrinárias que se afiguram de maior relevância para que se possa ajustar, de uma forma mais clara e objetiva, um posicionamento a ser adotado³³⁸.

Prevalece, desse modo, a tentativa de se ter o *descobrimento da verdade* como fim primário ao desenvolvimento processual, ainda que assim possa o *ilícito* ser penalizado nos termos e segundo o tipo de responsabilidade posta em causa³³⁹. Com efeito, pode-se exemplificar que, afastando o princípio tradicional da *Common Law*, o qual estabelece a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal, o ordenamento norte-americano, por sua vez, considera que os atos ilícitos cometidos pelos poderes estaduais no procedimento criminal são *inadmissíveis*, quando haja violação dos direitos fundamentais³⁴⁰⁻³⁴¹. Todavia, à medida que sejam os particulares a levarem as provas para o processo, julgam que tais atos somente são capazes de violar a lei civil ou penal e, em nenhum momento, preceitos constitucionais, sendo praticamente sempre as partes envolvidas no litígio os sujeitos que apresentam as provas nos autos, podendo-se depreender que, no Processo Civil, a regra será a da admissibilidade³⁴².

Nesse sentido, Campos ensina que a mesma direção é seguida:

[...] na Alemanha, ainda que com diferentes contornos uma vez que, nesse ordenamento, os tribunais têm defendido a inadmissibilidade dos meios probatórios cuja obtenção tenha implicado a violação de direitos individuais

desconfiança, se colocada em causa “um provável contágio”, o processo merecerá, de fato, ser remetido a outro “novo” juiz, por assim dizer, “descontaminado” da suposta ilicitude probatória.

³³⁷CAMPOS, 2018, p. 79.

³³⁸Ibid.

³³⁹Ibid., p. 80.

³⁴⁰Ibid.

³⁴¹“[...] alguns sistemas admitem a prova ilícita, mas em certas condições, uma vez que privilegiam a concreta avaliação dos interesses em jogo, ou seja, em determinadas circunstâncias” (Ibid., p. 81).

³⁴²Ibid., pp. 80-81.

constitucionais, quer tenham sido obtidos por particulares, quer por autoridades públicas³⁴³.

Dessa forma, denota-se que, diferentemente do ordenamento norte-americano, em relação ao ordenamento jurídico germânico está-se diante de uma maior *rigidez*, tendo em vista que este entende por inadmissível o material probatório ilícito que viole direitos constitucionais, quer tenham sido obtidos por particulares, quer por autoridades públicas.

Caracteriza-se, dessa maneira, um enfrentamento no âmbito da *busca da verdade* e a *proteção dos direitos individuais*, isto é, ainda que o magistrado deva, em princípio, servir-se de todos os meios de prova imprescindíveis para consubstanciar a sua convicção em harmonia com o princípio da *aquisição processual*, tal escopo não deverá ser alcançado a qualquer preço, devendo aquele resguardar os interesses das partes, decidindo pela *inadmissibilidade* das provas ilícitas toda vez que se afigurar necessário³⁴⁴. No entanto, acolhe-se a *admissibilidade* de tais provas em juízo em casos excepcionais, nomeadamente, se restar assinalado serem a única via possível e razoável para salvaguardar outros direitos ou valores³⁴⁵.

No direito espanhol, por sua vez, observa-se que a Lei Orgânica 6/1985, do Poder Judicial³⁴⁶, estabelece no seu artigo 11.º, n.º 1 (LOPJ)³⁴⁷⁻³⁴⁸, o sistema da *inadmissibilidade da prova ilícita*, ao estabelecer o resguardo pelos regramentos da *boa-fé* em quaisquer

³⁴³CAMPOS, 2018, pp. 80-81.

³⁴⁴Ibid.

³⁴⁵Ibid., pp. 80-82.

³⁴⁶Em se tratando do estudo doutrinário espanhol, mostra-se relevante o que, inclusive, Passanante (J. Picó I Junoy. La Prueba Ilícita em el Proceso Civil Español. In: Temas Atuais de Processo Civil, vol. 1, n. 5, Nov. 2011, pp. 13-15 apud PASSANANTE, 2017, p. 378) refere no seu estudo doutrinário italiano: “[...] *Sotto questo profilo è illuminante l’esempio spagnolo: la Ley de Enjuiciamiento Civil – secondo l’interpretazione preferibile – non permette, infatti, al giudice di dichiarare una prova illecita inammissibile nel medesimo provvedimento con il quale lo stesso si pronuncia sulla ammissione delle (altre) prove. L’inammissibilità della prova illecita, invece, deve necessariamente conseguire ad un incidente processuale, previsto dall’art. 287 della LEC, che scaturisce dall’eccezione di illiceità sollevata dalla parte o anche rilevata dal giudice d’ufficio.*”

³⁴⁷A análise da referida LOPJ deu-se por recomendação do Professor Doutor Pablo Morenilla Allard no decorrer do programa de mobilidade académica realizada na Faculdade de Direito da UCLM, Cidade Real, na Espanha.

³⁴⁸*Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. “Artículo 11: 1. Em todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. 2. Los juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. 3. Los juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando em defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes” (ESPANHA. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-12666-consolidado.pdf>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018).*

procedimentos e, também, por considerar que as provas obtidas direta ou indiretamente por meio de alguma violação de direitos ou liberdades fundamentais resultam na sua ineficácia, excetuando, entretanto, os casos em que as provas trazidas no processo impliquem na violação de direitos infra-constitucionais³⁴⁹.

Relativamente ao estudado, a adoção de um sistema alicerçado no princípio da proporcionalidade, percebe-se que a jurisprudência espanhola tem apontado existirem duas exceções: o princípio da boa-fé e a admissibilidade da prova *pro reo*³⁵⁰. Com tais características, de modo a asseverar que, não obstante, perceba-se a existência de um regramento geral de *exclusão da prova ilícita*, este existente na pluralidade dos ordenamentos jurídicos, poderá ser atribuída uma plena discricionariedade ao magistrado na aplicação daquela, de acordo com as particularidades do caso a ser julgado, mediante uma efetiva ponderação dos interesses envolvidos na causa³⁵¹.

Na Itália³⁵², por sua vez, observa-se que a jurisprudência fundamenta o seu entendimento fazendo alusão aos preceitos constitucionais de forma a colocar em causa a admissibilidade de determinados meios probatórios, conforme a Constituição *italiana* dispõe no seu art. 13.º, n.º 3. Nesse respectivo entendimento, segundo Campos, observa-se que: “apenas se considera correto quanto às autoridades públicas, uma vez que a utilização da prova ilicitamente obtida por particulares não é proibida (nestes casos, o ilícito apenas seria reprimido pela obtenção de uma indenização pelo lesado)”³⁵³.

Na perspectiva de Ricci, vê-se que, se a ilicitude ocorrer tão-só relativamente às *provas pré-constituídas*, a sua eficácia e valor probatório manter-se-ão, visto que as sanções de aspecto *penal* poderão resultar na destinação dissuasória desejada com a proibição de *provas ilícitas*, não sucedendo na imposição que estas sejam nulas. De sintonia com essa exposição, advinda de uma compreensão de autonomia do direito processual face ao material, decorre o entendimento de que o *material probatório ilícito* deverá ser considerado, de pronto, admissível no Processo Civil³⁵⁴.

³⁴⁹CAMPOS, 2018, p. 82.

³⁵⁰Ibid.

³⁵¹Ibid.

³⁵²Para mais aprofundamentos, recomenda-se a doutrina italiana de PASSANANTE, 2017.

³⁵³CAMPOS, op. cit., pp. 82-83.

³⁵⁴Cf. RICCI, Gian Franco. Le Prove Illecite nel Processo Civile. In: *Riv. Trim. Di dir. e proc. Civ.*, Anno XLI. Milano: Dott. A, Giuffrè Editore, 1987; e, do mesmo autor: RICCI, Gian Franco. Su alcuni aspetti problematici del diritto alla prova. In: *Riv. Di dir. proc.*, 1984.

No mesmo sentido, Alexandre³⁵⁵ cita na sua doutrina o entendimento de Cordeiro, o qual refere que o raciocínio de *admissibilidade da prova ilícita* necessita ser conferido pelas regras processuais, ao invés de serem reivindicados princípios constitucionais para sustentar a existência de proibições de prova³⁵⁶.

Diante dessas considerações, pode-se inferir que, mesmo que não seja defendida a aplicação analógica do que está disposto no art. 32.º, n.º 8, da CRP, relativamente ao Processo Penal³⁵⁷, permanecem-se hígidos os direitos, os quais não poderão ser olvidados nem violados processualmente.³⁵⁸ A título de exemplificação, observa-se o que está disposto no art. 24.º e ss. da CRP³⁵⁹, que merece indispensável (e *apropriada*) obediência pelo magistrado.

3.1 Teses favoráveis

3.1.1 Descoberta da verdade material

A respeito da *descoberta da verdade material*, tem-se que existem doutrinas que entendem que as provas ilícitas deverão ser admitidas no processo se estas forem, de fato, relevantes para o descobrimento da verdade³⁶⁰. Assim, essa minoria sustenta o seu posicionamento no sentido de que renunciar a apreciação do material probatório obtido ilicitamente seria estar a desprezar elementos essenciais para a formação da convicção do juiz sobre a verdade da questão posta em causa, o que poderia afastar as partes de obterem uma solução justa³⁶¹.

³⁵⁵ “[...] a produção da prova em juízo (momento em que a prova ilicitamente obtida tem ingresso no processo) pode, em si, violar certas regras constitucionais” (ALEXANDRE, 1998, p. 173).

³⁵⁶ Ibid.

³⁵⁷ No que concerne ao âmbito do Processo Criminal – apesar de ser outro regime jurídico – consideramos que em determinados casos, similarmente, será capaz de ocorrer alguma ponderação dos interesses abrangidos. Por exemplo, na problemática da prova ilícita em benefício da comprovação da inocência do réu. Com propósito, partilhamos do entendimento de que não se pode penalizar alguém que foi apurada, mesmo que de forma reversa ao que está disposto na norma jurídica, a sua inocência. Por conseguinte, é esta, que entendemos ser o desfecho mais adequado.

³⁵⁸ CAMPOS, 2018, p. 86.

³⁵⁹ CRP (PORTUGAL, 1976), Título II (Direitos, liberdades e garantias); Capítulo I (Direitos, liberdades e garantias pessoais); art. 24.º (Direito à vida); art. 25.º (Direito à integridade pessoal); e etc.

³⁶⁰ CAMPOS, 2018, pp. 83-84.

³⁶¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as Provas Obtidas Ilicitamente*, 2011, p. 939 *apud* CAMPOS, op. cit., p. 84.

Portanto, nessa tese, Campos ressalta ser esta uma realidade existente na *Common Law*, ou seja, de que a prova, se relevante ao desenvolvimento do processo, deverá ser considerada admissível pelo magistrado, pouco importando seu modo de obtenção³⁶². Assim, é possível verificar que, neste sistema jurídico, pouco importaria o modo, resultando, assim, na admissão probatória pelo juiz.

Não obstante tais posicionamentos que consagram a admissibilidade da *prova ilícita*, salienta-se que estes não deverão preponderar, haja vista, em especial atenção, a existência de preceitos determinantes contrários a referida tese no próprio CPC português. Como exemplo, observa-se que por maior relevância que possua uma *prova ilícita* no sentido de alcançar a verdade e uma hipotética solução justa processual, conforme assevera Campos, a referida *solução justa* não pode ser criada mediante um “indeterminado preço”, na presença de, notadamente, o que se está prescrito no art. 417.º, n.º 3³⁶³, e art. 453.º³⁶⁴, ambos do CPC, relativos à prova quando haja afronta a direitos de personalidade³⁶⁵. Com efeito, é possível dizer que o entusiasmo das partes pela busca do descobrimento da verdade não poderá consubstanciar propósito suficiente para que suceda na aceitação da violação de direitos individuais, sem que haja sequer uma ponderação dos mesmos diante da questão posta em causa.³⁶⁶

³⁶²CAMPOS, 2018, p. 84.

³⁶³CPC, art. 417.º (PORTUGAL, 2013): “Dever de cooperação para a descoberta da verdade. [...] 3. A recusa é, porém, legítima se a obediência importar: a) Violação da integridade física ou moral das pessoas; b) Intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações; c) Violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado, sem prejuízo do disposto no n.º 4.”

³⁶⁴CPC, art. 453.º (PORTUGAL, 2013): “De quem pode ser exigido. 1. O depoimento de parte pode ser exigido de pessoas que tenham capacidade judiciária. 2. Pode requerer-se o depoimento de inabilitados, assim como de representantes de incapazes, pessoas coletivas ou sociedades; porém, o depoimento só tem valor de confissão nos precisos termos em que aqueles possam obrigar-se e estes possam obrigar seus representados. 3. Cada uma das partes pode requerer não só o depoimento da parte contrária, mas também o dos seus compartes.”

³⁶⁵CAMPOS, op. cit., p. 85.

³⁶⁶O nosso entendimento é o de que a atuação do magistrado merecerá o direcionamento essencialmente do alcance da justiça, a permanecer unido ao *princípio da proporcionalidade*, o qual fortalece a ponderação de todos os direitos e interesses colocados em causa, de modo a estar próximo do descobrimento da verdade fática, o que resulta na melhor/mais justa aplicação da lei no desígnio de, efetivamente, prestar uma tutela jurisdicional direcionada para a tão almejada justa composição do litígio.

3.2 Irrelevância processual da ilicitude material

Em se tratando da *irrelevância processual da ilicitude material*, Cordero³⁶⁷ alude que o critério de *admissibilidade da prova ilícita* necessita ser aferido do regramento processual, ao contrário de serem invocados princípios constitucionais no sentido de fundamentarem a existência de proibições de prova. Assim, com tal entendimento, para Ricci³⁶⁸, observa-se que, também, se a ilicitude restar ocorrida com relação às provas *pré-constituídas*, a sua eficácia e valoração probatórias manter-se-ão, tendo em vista que as sanções de aspecto penal poderão propiciar o efeito dissuasório desejado com a proibição das *provas ilícitas*, não gerando essencialmente que estas sejam consideradas nulas. Posto isso, dirigindo-se de uma concepção de autonomia do direito processual face ao direito material, percebe-se que o *material probatório ilícito* deverá ser apreciado como admissível no Processo Civil³⁶⁹.

Todavia, apesar da referenciada tese partir de um pressuposto correto, relativo à autonomia dos dois ramos de direito, observa-se que não parece ter sido esclarecida a problemática da *admissibilidade das provas ilícitas*, visto que a produção probatória em juízo – fase em que o material ilicitamente obtido possui entrada no processo – pode, em si, violar regras constitucionais³⁷⁰.

Conforme nos assegura Campos³⁷¹, precisamente ao direcionar o seu entendimento aos que não são defensores da aplicação analógica do art. 32.º, n.º 8, da CRP (independente da área processual), a prescrição de separação dos ramos do direito não conseguirá justificar a *admissibilidade probatória*, tornando evidente a particular obediência do próprio magistrado ao que está expressamente disposto na Constituição. Isto é, nesse raciocínio, é possível referir que deve ser lembrado que há direitos constitucionalmente protegidos que não poderão ser esquecidos, nem violados (CRP, arts. 24.º e ss.³⁷²).

³⁶⁷CORDERO apud ALEXANDRE, 1998, p. 173.

³⁶⁸RICCI apud CAMPOS, 2018, p. 86.

³⁶⁹CAMPOS, 2018, pp. 85-86.

³⁷⁰ALEXANDRE, 1998, p. 175.

³⁷¹CAMPOS, op. cit., pp. 86-87.

³⁷²CRP, art. 24.º (PORTUGAL, 1976): “Direito à vida. 1. A vida humana é inviolável. 2. Em caso algum haverá pena de morte. [...]”

3.2.1 Celeridade processual

Com relação ao estudo da matéria na perspectiva da *celeridade processual*³⁷³, tem-se que esta é considerada por determinada doutrina como um fundamento a favor da admissibilidade do material probatório ilícito no processo³⁷⁴. Ocorre que cabe-nos fazer uma observação, pois, de acordo com Roth³⁷⁵, a problematização das partes (*discussão*), no tocante ao ingresso da prova ilícita no encadeamento processual, o qual impõe que se perca tempo indispensável à boa decisão da questão posta em causa, *por consequência*, ocasiona um considerável prejuízo para a celeridade processual, tendo em vista ser esta uma exigência do acesso ao direito e da tutela jurisdicional efetiva, nos termos do art. 20.º, n.ºs 2 e 4, motivo pelo qual entende-se que o juízo deveria optar pela *admissibilidade do material probatório*³⁷⁶.

Na literatura de Alexandre, consegue-se observar a citação de Roth³⁷⁷, apresentando o entendimento de que, no decorrer de uma eventual discussão entre as partes acerca da admissibilidade do material probatório ilícito em juízo, perde-se tempo indispensável à boa decisão da causa, sustentando que tal sistemática constitui um considerável prejuízo para a celeridade processual, exigida para que se tenha o acesso ao direito e a uma tutela

³⁷³Nesse sentido, resta-nos apontar que: “[...] A celeridade processual, indispensável à legitimação dos tribunais perante a comunidade e instrumento indispensável à realização de uma das fundamentais dimensões do direito fundamental de acesso à justiça, passa necessariamente por uma nova cultura judiciária, envolvendo todos os participantes no processo, para a qual deverá contribuir decisivamente um novo modelo de processo civil, simples e flexível, despojado de injustificados formalismos e floreios adjetivos, centrado decisivamente na análise e resolução das questões essenciais ligadas ao mérito da causa. A consagração de um modelo deste tipo contribuirá decisivamente para inviabilizar e desvalorizar comportamentos processuais arcaicos, assentes na velha praxis de que as formalidades devem prevalecer sobre a substância do litígio e dificultar, condicionar ou distorcer a decisão de mérito. [...]” (MESQUITA, 2016, p. 13).

³⁷⁴Aqui está, neste ponto relativo à *celeridade processual*, o contexto, por assim dizer, do princípio da gestão processual, que comporta a direção formal processual pelo julgador, implicando, por um lado, dirigir ativamente o encadeamento processual, a promover o seu normal movimento, de maneira célere (art. 6.º, n.º 1). Traduzido num poder-dever de “*agilização do processo*”. Cf. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo Civil: conceitos e princípios gerais à luz do novo código*. 3.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

³⁷⁵ALEXANDRE, 1998, p. 177.

³⁷⁶Nesse sentido, tem-se que, para assegurar a regularidade da instância, bem como a sanção da falta de pressupostos processuais (*vide* art. 6º, n.º 2). Com efeito, observa-se que, com o papel dinâmico do Magistrado, a absolvição da instância por procedência de uma exceção dilatória somente ocorrerá quando a falta do pressuposto se tornar insanável ou, ainda, com fundamentação no princípio do dispositivo, a vontade das partes mantenha-se inerte, nomeadamente, diante do que dispõe o arts. 39.º e 261.º do CPC (FREITAS, 2013, pp. 226-227).

³⁷⁷ALEXANDRE, 1998, loc. cit.

jurisdicional efetiva, nos termos do art. 20.º, n.ºs 2 e 4, da CRP³⁷⁸, razão pela qual fundamenta de forma favorável pela *admissibilidade da prova ilícita*.

Por fim, torna-se importante mencionar, nesse sentido, quanto à *celeridade processual*, pois cremos que, se fosse atribuída prevalência em direção à celeridade processual, estaria a tornar-se desrespeitado o *princípio do contraditório*, mencionado no art. 3.º, n.º 3, do CPC³⁷⁹, o que seria inconcebível, tendo em consideração o artigo 517.º do CPC³⁸⁰ que estabelece, como norma geral, a proibição de admissibilidade ou produção de

³⁷⁸CRP, art. 20.º (PORTUGAL, 1976): “[...] 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. 2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade. 3. A lei define e assegura a adequada proteção do segredo de justiça. 4. Todos têm a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.”

³⁷⁹CPC, art. 3.º (PORTUGAL, 2013): “Necessidade do pedido e da contradição. 1 – O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a ação pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição. 2 – Só nos casos excepcionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida. 3 – O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento officioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem. 4 – Às exceções deduzidas no último articulado admissível pode a parte contrária responder na audiência prévia ou, não havendo lugar a ela, no início da audiência final.”

³⁸⁰CPC, art. 517.º (PORTUGAL, 2013): “Inquirição por acordo das partes. 1 – Havendo acordo das partes, a testemunha pode ser inquirida pelos mandatários judiciais no domicílio profissional de um deles, devendo tal inquirição constar de uma ata, datada e assinada pelo depoente e pelos mandatários das partes, da qual conste a relação discriminada dos factos a que a testemunha assistiu ou que verificou pessoalmente e das razões de ciência invocadas, aplicando-se-lhe ainda o disposto nos n.º 1, 2 e 4 do art. 519.º. 2 – A ata de inquirição de testemunha efetuada ao abrigo do disposto no número anterior pode ser apresentada até ao encerramento da discussão em 1.ª instância.”

quaisquer materiais probatórios sem a devida audiência contraditória da parte a quem sejam opostas³⁸¹⁻³⁸².

3.3 Teses contrárias

3.3.1 Interesse na descoberta da verdade

Ao falar sobre o *interesse na descoberta da verdade*, não obstante a argumentação desta teoria seja associada no sentido da *admissibilidade das provas ilícitas*, existe quem recorra a ele com intenção de fundamentar a tese oposta, ponderando de acordo com a ótica da credibilidade dos elementos probatórios que poderão relevar a fim de *verificar a verdade*, ou seja, os defensores desta tese questionam se é razoável (*e possível*) tal verdade dar-se por alcançada com embasamento numa prova ilícita que, tendo em atenção a sua maneira de obtenção, será capaz de não se tornar fidedigna³⁸³.

A escassez de espontaneidade perante determinados meios de prova, especialmente quando na obtenção de revelações (*confissão*) por efeito de *tortura*, *narcoanálise* ou

³⁸¹CAMPOS, 2018, p. 87. Cumpre-nos ainda ressaltar que, segundo o professor Mesquita (2016, p. 11): “[...] O futuro dirá sobre o acerto destas e outras alterações introduzidas no Código de Processo Civil, mas não cremos que elas nos conduzam à tão desejada celeridade da Justiça Cível. A sua correcta implementação exigirá, muita experiência, por parte dos juízes [...]”. Nota Prévia à 12.^a Edição do novo CPC de 2013. Para além disso, referimos o entendimento de Wachs (2015, p. 91) que nos ensina, relativamente aos poderes do Julgador e o “suposto papel de legislar”: “[...] *When the judge can find no immediately applicable rule, or where no settled rule dictates a decision, the judge is called upon to weigh competing principles, which are no less part of the law for their not being rules. In such ‘hard cases’, since a judge is not expected to resort to his personal preference in arriving at a decision, he has, contrary to the positivist view, no real discretion. There is always one right answer, and it is the judge’s task to find it (in ‘hard cases’) by weighing competing principles and determining the rights of the parties in the case before him. This model of adjudication has an obvious appeal to democratic theory: judges do not legislate; they merely enforce those rights that have in the main already been enacted by a representative legislature. Indeed, Dworkin’s thesis springs from a concern to ‘define and defend a liberal theory of law’ and, in contradistinction to the positivists, to ‘take rights seriously’. It is principally an argument from democracy; Dworkin’s concern to eliminate strong judicial discretion is premised on the offensiveness of judges, who are generally unelected officials unanswerable to the electorate, wielding legislative or quasi-legislative power. [...]*”

³⁸²Sobre o tema da celeridade processual, concluímos que esta premissa, embora esteja baseada na entrega da tutela jurisdicional célere e eficaz, não é uma exigência preponderante no contexto processual. De mais a mais, em algumas circunstâncias, percebemos que a *celeridade* colide com o devido processo legal – “passando por cima” de requisitos e procedimentos importantes – e, em casos gravíssimos, podendo até, inclusive, violar os princípios do contraditório e da ampla defesa. Isto é, o próprio *princípio da celeridade*, dependendo da maneira que foi empregado, será capaz de colocar em causa a entrega de uma tutela jurisdicional em tempo razoável e eficaz.

³⁸³CAMPOS, 2018, p. 88. Sugere-se para pesquisa e apreciação o estudo da *prova científica* e o seu desenvolvimento nos Estados Unidos da América, cf. TARUFFO, Michele. Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno. 50 n.º 1, Milano: Giuffrè Editore, 1996, pp. 219-250.

*coação*³⁸⁴, arriscar-se-ia a dar azo ao ponto de vista de que o respectivo conteúdo não corresponderia à verdade diante do fato do sujeito, por efeito da “pressão”, poder fantasiar (*mentir*) para romper o seu, por assim dizer, “sofrimento”.

Contudo, esse contexto já não valeria em prol daqueles meios de prova que captam e também reproduzem situações reais, nomeadamente, *gravações sonoras* feitas sem permissão da pessoa cuja voz ficou registrada, visto que, ainda que não esteja excluída sua hipótese de *falsificação*, não devemos negligenciar o fato de que todos os meios de prova poderem, de alguma forma, ocasionar este perigo³⁸⁵.

Do CPC lusitano, igualmente, pode-se extrair justificativas que colocam em causa o *descobrimento da verdade* a qualquer custo, uma vez que esta não pode originar-se da obtenção por qualquer meio com prevalência absoluta perante os demais valores da ordem jurídica. Dessa forma, corrobora com o nosso entendimento, nomeadamente, o art. 417.º, n.º 3, concebendo a lei o direito de recusa dentro do *dever de cooperação* para a descoberta da verdade, especialmente protegendo os *direitos fundamentais invioláveis* na sua esfera jurídica, de forma a que estes sobreponham-se à busca da verdade. Além disso, observamos que o art. 454.º, n.º 2, proíbe que, em certos fatos, a respeito dos quais recaia o depoimento da parte, o *interesse na busca pela verdade* necessita permanecer limitado quando da presença de outros valores superiores³⁸⁶.

3.3.2 Unidade do sistema jurídico

No tocante ao estudo da *unidade do sistema jurídico*³⁸⁷, percebe-se que, ao inverso do que sucede na tese da admissibilidade das provas ilícitas, com fundamentação na *irrelevância processual da violação das normas materiais*, os defensores desta teoria entendem que o sistema jurídico necessita corresponder (*ser visto e interpretado*) de forma exclusiva e sólida, em vez de tornar-se considerado de forma fragmentada e isolada³⁸⁸.

³⁸⁴A justificativa da proibição destes meios de prova origina-se na “*violação de certos direitos inalienáveis da pessoa humana, como a integridade psíquica*” e não em sua insuficiência de credibilidade. Cf. ALEXANDRE, 1998, p. 188.

³⁸⁵CAMPOS, 2018, p. 88.

³⁸⁶CORREIA, 2015, p. 117.

³⁸⁷Discordamos da elucidação baseada no parâmetro de existir uma unidade no sistema jurídico, tendo em vista que, a título de exemplo, da ilicitude na obtenção da prova não advém a sua inadmissibilidade processual.

³⁸⁸COSTA, 2006, p. 87.

A temática da *inadmissibilidade da prova ilícita* é defendida por esta ideologia com base na ideia de que o ordenamento jurídico não é constituído por divisões estanques dos variados ramos do Direito. Por consequência, da mesma forma que, no processo, os institutos processuais recebem influência de outros ramos substantivos e, em resultado disso, há que permanecer uma adequada coerência e se a ilicitude é uma compreensão conceitual geral aplicada às inúmeras áreas do Direito, a *nulidade*, por sua vez, deve seguir a mesma lógica por preponderância de razão, nomeadamente, na ocasião em que uma prova é considerada nula por um ramo específico, do mesmo modo o deve resultar na *nulidade e invalidade* para a generalidade³⁸⁹.

Se admitíssemos a utilização de uma prova ilícita, estaríamos, concomitantemente, a proteger direitos individuais e a estimular a sua violação, o que redundaria num posicionamento contraditório do ordenamento³⁹⁰.

Por conseguinte, resta importante consignar o entendimento de Alexandre³⁹¹, para quem a *unidade do sistema jurídico* não pode impor “que da ilicitude de uma conduta se retire a inadmissibilidade processual do resultado dessa conduta, pois não é seguro que a admissibilidade da prova ilícita signifique (pelo menos quando ela é obtida extrajudicialmente) uma contradição com a valoração feita pelo direito material”. Do mesmo modo, observa-se que Campos sustenta que, se não admitirmos uma prova por violar o direito material, sem analisarmos a questão posta em causa, estaremos a esquecer do fato de, no mesmo ordenamento jurídico, existirem outros direitos materiais violados³⁹².

Por exemplo, remetemo-nos na direção de uma outra tese de *inadmissibilidade da prova ilícita*, isto é, a da ofensa à Constituição³⁹³ porque, se por um lado rejeitarmos determinado material probatório por demonstrar ter sido obtido mediante a ofensa à

³⁸⁹GRINOVER, 2013, p. 148.

³⁹⁰BASTOS, Celso Ribeiro. *As Provas obtidas por meios ilícitos e a Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Advogados, 1994, p. 45.

³⁹¹ALEXANDRE, 1998, p. 90.

³⁹²CAMPOS, 2018, p. 90.

³⁹³De acordo com Novais (2014, pp. 23-25), para mais aprofundamentos, recomenda-se que: “[...] Hoje, mais de dois séculos decorridos, a resposta continua a ser a mesma, Constituição é direitos fundamentais e separação de poderes. Naturalmente, ao longo de mais de duzentos anos mudaram substancialmente tanto a concepção da separação dos poderes quanto a concepção dos direitos fundamentais, mas a estrutura do Estado de Direito, fundada na ideia de Constituição, essa permanece inalterada [...] Precisamente, aquilo que a Constituição faz é eleger, reunir e preservar tanto aquelas regras quanto estes valores – que são os princípios de justiça, os direitos fundamentais e a separação de poderes – e garanti-los contra as maiorias políticas conjunturais [...]”

integridade física, por outro lado estaremos a negar o direito à prova, este, de igual forma, constitucionalmente amparado e parte do mesmo ordenamento³⁹⁴.

Em consonância com os estudos acima apresentados, se determinada prova é obtida mediante incumprimento (*violação*) de um preceito constitucional, tornar-se-á o bastante para considerá-la inadmissível no processo, até mesmo quando o diploma processual se faça omissivo. Entretanto, conforme nos ensina Campos, esta tese não merece prosperar pelo fato de que, por ocasiões, a própria vedação da prova ilícita tornar-se-ia uma ofensa constitucional maior do que aquela que ocorreria se fosse o material probatório admitido, motivo pelo qual a mais adequada solução passará pela verificação das circunstâncias, bem como dos direitos envolvidos na questão posta em causa³⁹⁵.

3.3.3 O dolo não deve aproveitar o seu autor

No que se refere ao *dolo não dever aproveitar o seu autor*, julgamos que não se expor-se-á a negar a *admissibilidade da prova ilícita* com substrato no pensamento de que o autor tenha obtido um benefício da mesma, mais à frente, conforme sustenta Kodek citado por Alexandre, entende-se que: “a existência de sanções (processuais), a par das previstas pela lei civil e / ou penal, uma vez que se pode entender que estas são suficientes para castigar a conduta da parte que obteve o meio de prova”; assim, evidencia-se que, ainda que haja um beneficiamento resultante da conduta ilícita para a parte, não cabe à lei adjetiva “*castigá-la*” em razão de esta função competir à lei substantiva³⁹⁶⁻³⁹⁷⁻³⁹⁸.

Partindo deste raciocínio anterior, Capelo ensina-nos que, se algum indivíduo possui certa prova ilicitamente obtida e deseja utilizá-la em tribunal, a decorrência não pode desenrolar-se outra senão a sua *ineficácia*. Diante disso, se alguma parte que obedece o regramento previsto na lei não é beneficiada e somente tem a seu favor uma *presunção*

³⁹⁴CAMPOS, 2018, p. 90.

³⁹⁵Ibid.

³⁹⁶ALEXANDRE, 1998, p. 202.

³⁹⁷Compreendemos que não devemos consolidar a teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas na hipótese argumentativa de que o dolo não deve aproveitar o seu autor. De acordo com o estudado, temos que é necessário tentar perceber que a conduta ilícita poderá não ocasionar uma vantagem e por da vantagem, ocasionalmente obtida, não decorrer efetivamente uma sanção processual.

³⁹⁸Para além disso, entendemos que, se a hipotética prova ilícita se tornou admitida no procedimento, esta será capaz de, inclusive, resultar em uma valoração de forma prejudicial/desfavorável ao sujeito processual que a produziu (e, mesmo assim, deverá ser valorada pelo juiz se restar admitida processualmente).

*judicial desfavorável*³⁹⁹ à parte contrária, não seria produtora de qualquer vantagem a quem, por exemplificação, subtrai dolosamente o documento da contraparte e deseja fazer uso dele em juízo, obtendo, com esta conduta, a evidência dos fatos da sua pretensão. Com efeito, é possível dizer que os defensores deste posicionamento sustentam que o autor não poderá aproveitar-se do ato ilícito, razão pela qual justifica-se dizer que o *dolo não pode aproveitar ao seu autor*.

Nessa lógica, cremos que o magistrado obrigará-se a ponderar a má-fé processual diante do dolo das partes litigantes em criarem tumultos processuais, manobras, protelarem o feito ou, inclusive, de se utilizarem do componente probatório ilícito para fins contrários ao ordenamento jurídico. Todavia, de acordo com o entendimento do Professor Doutor Mesquita, para que haja a condenação da parte em litigância de má-fé, é preciso analisar os pressupostos da responsabilidade processual (fato, ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade), o que nos remete à conclusão de que a mera culpa por negligência leve não induz em litigância de má-fé⁴⁰⁰.

3.3.4 Dissuasão de comportamentos ilícitos

No tocante à *dissuasão de comportamentos ilícitos*, com essência, na experiência da vivência que nos leva a conjecturar que os indivíduos apenas fazem aquilo que lhes traz algum grau proveito (*vantagem*) e, em seguida, a ponderarem os prós e também os contras do seu comportamento, número reduzido de autores defendem que somente a *inadmissibilidade da prova ilícita* em juízo terá um efetivação dissuasora, posto que o adverso equivaleria a incitar a realização de condutas ilícitas⁴⁰¹.

Não obstante, esta compreensão de dissuasão acolhida nos Estados Unidos, no que concerne ao Processo Penal se, por uma direção, é usada como sustentáculo da *inadmissibilidade*, por outra conduziu a constatação de exceções daquela, tal como verifica-se com as hipóteses de boa-fé⁴⁰².

³⁹⁹A respeito da função das presunções judiciais dos danos não patrimoniais, cf. CAPELO, 2014, pp. 285 e ss.

⁴⁰⁰Anotações do caderno da disciplina de Direito Processual Civil I, da aula do dia 21 de abril de 2017, ministrada pelo Senhor Professor Doutor Luís Miguel de Andrade Mesquita no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas da Universidade de Coimbra, Portugal.

⁴⁰¹CAMPOS, 2018, pp. 92-93.

⁴⁰²Ibid., p. 93

Ainda no que diz respeito à prova ilícita, Alexandre expressa o seu entendimento no sentido de que a “prova ilícita não será excluída quando tenha sido obtida pelos agentes de polícia no decurso de operações realizadas de boa-fé, e com base numa convicção razoável, embora errônea, de que dispunham de autorização judicial para as mesmas”⁴⁰³.

A mencionada temática norte-americana não arriscar-se-á a encontrar-se transposta em relação ao direito processual lusitano, em virtude da ausência de referências que comprovem uma provável correspondência no âmbito da vedação das provas ilícitas e a quantidade de atos contrários à lei tendentes a obter aquelas⁴⁰⁴.

Acresce a circunstância de, tal como alude Alexandre⁴⁰⁵, corresponder ao direito material (*civil* ou *criminal*) que compete desincentivar as condutas ilícitas, sancionando-as, e não ao direito processual por meio das proibições de prova que, ao avesso daquelas sanções, não conseguem ser “agravadas” ou “atenuadas” acerca da função do caso concreto, fundamentos pelos quais julgamos improcedente a visão de dissuasão com o objetivo de fundamentar a inadmissibilidade processual da prova ilícita.

3.4 Teses intermédias ou mistas

3.4.1 O princípio da boa-fé

Sobre o *princípio da boa-fé*, é notável que, se a *aquisição ilícita do material probatório* contrariar o direito material, atendendo ao horizonte de proteção da norma violada, necessitar-se-á proceder em uma ponderação dos interesses das partes litigantes, orientada pelo princípio da proporcionalidade, com a destinação a se indagar a respeito da admissão e da valoração do componente probatório: situação em que, se a resposta for negativa, o elemento probatório deverá tornar-se proibido por considerar-se que contraria o *princípio da boa-fé*⁴⁰⁶.

É evidente que o princípio da boa-fé, por sua vez, decorre de um dever de cooperação das partes perante o juízo, devendo, portanto, os atores da relação processual

⁴⁰³ALEXANDRE, 1998, p. 168.

⁴⁰⁴CAMPOS, 2018, p. 93.

⁴⁰⁵ALEXANDRE, 1998 apud CAMPOS, 2018, p. 93.

⁴⁰⁶Ibid., pp. 94-95.

atuarem de forma honesta, proba e leal, quer no sentido positivo (*facere*), quer no intuito de evitar situações negativas (*non facere*)⁴⁰⁷⁻⁴⁰⁸⁻⁴⁰⁹.

Do modo que restou verificado na presente investigação, bem como a seguir o entendimento de Campos, observa-se que se, por um lado, o *princípio da boa-fé* é invocado para refutar a admissão processual de certos meios de prova, em contrapartida, será capaz de encaminhar sua entrada em juízo, o que demonstra, em nosso ponto de vista, que não constitui fundamento satisfatório para sustentar a admissibilidade de provas ilícitas⁴¹⁰.

É a circunstância do caso da *Cour de Cassation*, na França, que, na intenção do sucedido no julgamento do *Mme. Neocel c/ Spaeter*, invocou o presente conceito principiológico da *boa-fé* na efetivação dos contratos, com o intuito de fundamentar a *inadmissibilidade processual* de uma gravação de vídeo efetuada pelo dono de um estabelecimento que suspeitava de uma das suas funcionárias por furto, o que acabou por tornar-se comprovado com aquela prova, por assim dizer, ilícita. Todavia, o tribunal rejeitou, de plano, a possibilidade de admitir o referido elemento probatório ilícito, invocando, então, a violação do *dever de lealdade*, este último característico do contrato de trabalho⁴¹¹.

3.5 Distinção entre violação de direitos fundamentais e violação de outros direitos

Observa-se que, no tocante à distinção entre violação de direitos fundamentais e violação de outros direitos, consoante Campos, no intuito de aprofundar a temática ora investigada, o elemento probatório obtido ilicitamente somente será capaz de,

⁴⁰⁷De acordo com as anotações do caderno da disciplina de Direito Processual Civil I, da aula do dia 21 de abril de 2017, ministrada pelo Senhor Professor Doutor Luís Miguel de Andrade Mesquita no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas da Universidade de Coimbra, Portugal.

⁴⁰⁸Cremos no *princípio da cooperação*, desde que sendo um dever de todos os sujeitos processuais, no entendimento de cooperarem com finalidade de ser descoberta a verdade dos fatos (CPC, artigo 417º, n.º1). Por essa razão, acreditamos na importância de um comportamento baseado na boa-fé processual atrelado com o dever de colaboração/cooperação.

⁴⁰⁹“O réu sabia que tal facto pessoal não correspondia à verdade, violou gravemente o dever de cooperação com o tribunal e a parte contrária, recaindo a sua conduta na previsão da alínea d) do nº 2 do artigo 542º do Código de Processo Civil, devendo, pois, ser condenado como litigante de má-fé” (PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 74300/16.IYIPRT.EI-A.SI*. Relator: Ilídio Sacarrão Martins. Lisboa, 18 de outubro de 2018. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6a20e5a3f492b7e38025832a005ca0a1?OpenDocument&Highlight=0.coopera%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 04 de dezembro de 2018).

⁴¹⁰CAMPOS, 2018, p. 95. Sobre o tema, no mesmo sentido de Campos, compreendemos que, embora o *princípio da boa-fé* seja de extrema relevância para o desenvolvimento processual, ressaltamos o entendimento de que ele, sozinho, como uma hipótese argumentativa, não constitui pressuposto suficiente ao ponto de calhar na justificativa necessária da admissibilidade do elemento probatório ilícito.

⁴¹¹ALEXANDRE, 1998, p. 224.

ocasionalmente, encontrar-se admitido, à medida que violar direitos não fundamentais, haja vista que, se a violação se estender sobre preceitos relativos a direitos fundamentais, o desfecho passará continuamente pela sua inadmissibilidade⁴¹².

Não obstante a *legislação Processual Civil portuguesa* condicione a obtenção do material probatório, diante do apreço a determinados direitos essenciais (*fundamentais*)⁴¹³, nomeadamente, o art. 417.º, n.º 3, do CPC⁴¹⁴, este relativo a bens jurídicos como *integridade física ou moral, intimidade da vida privada ou familiar*, entre outros ou, ainda, por outra forma, o artigo 612.º do CPC⁴¹⁵, este no qual se protege a *dignidade humana*, importante reportar-se que, da mera concretização de preceitos constitucionais, através da legislação processual, não decorrem, automaticamente, proibições de prova da Constituição. Nesse contexto, podemos dizer que o entendimento apenas sucede no momento em que a lei ordinária não faz qualquer correspondência à admissibilidade de provas ilícitas ou, em outras palavras, quando há uma regulação incompleta do assunto⁴¹⁶.

Portanto, tendo em vista a relevância dessa temática, soma-se a circunstância da presença de preceitos normativos, da maneira, por exemplificação, que o art. 32.º, n.º 8, da CRP ou o art. 126.º, do CPP, expressam que a *admissibilidade processual* dos elementos

⁴¹²CAMPOS, 2018, p. 96.

⁴¹³Urbano, para mais aprofundamentos no âmbito do Direito Constitucional, ensina-nos que: “[...] A proteção dos direitos fundamentais consubstanciava e ainda hoje consubstancia um limite ao poder político e, simultaneamente, um objetivo dessa limitação. Um limite, na medida em que o seu devido cumprimento restringe o espaço de atuação livre dos detentores do poder político – inicialmente apenas do poder executivo. E um objetivo, uma vez que o principal desígnio da limitação de poderes nunca deixou de ser o de tutelar os direitos fundamentais, e, com isso, a dignidade da pessoa humana. Limite e objetivo que, em suma, condicionam a atuação do poder político – que terá que respeitar os direitos fundamentais – e configuram mais uma razão justificativa para a necessidade do controlo da constitucionalidade. [...] Seja como for, é legítimo concluir que a proteção dos direitos fundamentais não será uma realidade efetiva se não se verificar um arranjo dos poderes inspirado na separação de poderes” (URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional: Evolução Histórica e Modelos do Controlo da Constitucionalidade*. 2.ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2016, pp. 22-23). Conforme nosso entendimento sobre o tema, não foi uma incumbência fácil; entretanto, no decorrer da presente problematização e investigação, temos que a violação de direitos fundamentais, quando da obtenção da prova, não é sustentáculo isolado/único para colocar em causa a admissibilidade da prova ilícita. Aliás, o próprio direito à prova constitui um direito constitucionalmente consagrado.

⁴¹⁴CPC, art. 417.º (art. 519 do CPC de 1961) (PORTUGAL, 2013): “Dever de cooperação para a descoberta da verdade. [...] 3 – A recusa é, porém, legítima se a obediência importar: a) Violação da integridade física ou moral das pessoas; b) intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações; c) Violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado, sem prejuízo do disposto no n.º 4. 4 – Deduzida escusa com fundamento na alínea c) do número anterior, é aplicável, com as adaptações impostas pela natureza dos interesses em causa, o disposto no processo penal acerca da verificação da legitimidade da escusa e da dispensa do dever de sigilo invocado.”

⁴¹⁵CPC, art. 612.º (art. 665 do CPC de 1961) (PORTUGAL, 2013): “Uso anormal do processo. Quando a conduta das partes ou quaisquer circunstâncias da causa produzam a convicção segura de que o autor e o réu se serviram do processo para praticar um ato simulado ou para conseguir um fim proibido por lei, a decisão deve obstar ao objetivo anormal prosseguido pelas partes.”

⁴¹⁶CAMPOS, 2018, p. 96.

probatórios arranjados de maneira ilícita não está condicionada por direitos fundamentais, haja vista que, contrariamente, tais normas seriam desnecessárias⁴¹⁷.

Mais à frente do exposto e à proporção do que já verificamos previamente, percebe-se que, de fato, os *direitos fundamentais* não poderão achar-se considerados absolutos, podendo dar-se por sacrificados em *benefício da verdade*⁴¹⁸, principalmente ao passo que todos os direitos em colisão são fundamentais⁴¹⁹, fundamento pelo qual esta argumentação não merece prosperar⁴²⁰.

3.6 Posição adotada na presente investigação

3.6.1 Considerações finais

Compreendida a problematização da prova ilícita no âmbito do Processo Civil, essencialmente, diante da lacuna jurídica/legislativa existente no ordenamento jurídico português, tivemos a oportunidade de examinar a jurisprudência pátria, além dos diversos outros entendimentos doutrinários estrangeiros, cada qual com as suas características próprias.

⁴¹⁷CAMPOS, 2018, pp. 96-97.

⁴¹⁸De sintonia com a investigação realizada, cremos que o *interesse na descoberta da verdade* não constitui razão suficiente a legitimar a valoração da prova eventualmente proibida.

⁴¹⁹Nomeadamente, quando o *direito à prova* se encontra em conflito com o *direito à reserva da vida privada*, em seguida a ter sido realizada a devida *ponderação dos interesses*, um deles irá, à partida, predominar perante o outro. Na Itália, Passanante (2017, p. 382), por sua vez, sustenta relativamente ao “[...] *de iure condendo*” que: “[...] *basti però ricordare che, ribatia per le ragioni già ampiamente esaminate l’inopportunità, ad avviso di chi scrive, di applicare in via giurisprudenziale una regola di esclusione della prova illecita, ove il legislatore ritenesse di intervenire, detestando in materia una disciplina ad hoc, parrebbe più opportuno prediligere un approccio “minimalista”, orientato a contenere la rilevanza della illiceità della prova ai soli soggetti coinvolti nel giudizio civile, a limitarne la rilevanza su istanza di parte e a consentirne l’eccezione entre termini ristretti. E ciò, si badi, non implica affatto – come, in virtù delle considerazioni che si sono poc’ anzi svolte, potrebbe apparire ad un primo approccio – la necessaria consonanza tra una certa ideologia del processo e determinate soluzioni al problema della prova illecita: recuperate alcune osservazioni che si sono svolte in questo capitolo e nel precedente intorno ai rapporti tra mezzi e fini del processo, pare, infatti, perfettamente possibile coniugare una visione pubblicistica del processo com l’elaborazione di soluzioni minimaliste circa presupposti e limiti di rilevanza dell’eccezione di illiceità della prova. [...].”*

⁴²⁰CAMPOS, op. cit., p. 97.

É inegável, contudo, ao final da presente investigação, na qualidade de advogado⁴²¹ e acadêmico que sou, adotar uma posição doutrinária para justificar/responder academicamente os diversos anseios sociais aos quais somos submetidos diariamente, em especial, o magistrado, quando este necessita realizar a admissibilidade ou não de determinado elemento probatório trazido nos autos⁴²³.

Com a inserção da lógica da razoabilidade, a qual deverá nortear todos os caminhos jurídicos a serem percorridos pelos operadores do direito, não se mostra razoável a adoção de teses extremistas, nomeadamente, com a defesa da (in)admissibilidade de forma rígida/absoluta de qualquer questão a ser objeto de apreciação judicial. Desse modo, com uma eventual rigidez de pensamento pré-estabelecido relativo à (in)admissibilidade da prova, temos que a problemática investigada tornar-se-ia majorada.

De fato, temos que o legislador, bem como os operadores do direito “*lato senso*”, atualmente, de forma, por assim dizer, “moderna”, devem primar pela proteção dos direitos

⁴²¹Por certo que já estou “contaminado” pelo fato de eu ser advogado e atuar em tribunal, nomeadamente, na América do Sul (Brasil) – *Civil Law*, o que constantemente torna a influenciar a adoção de uma “posição parcial” nas teses levantadas nos processos judiciais (*caso a caso*), razão pela qual a tendência demasiada – e “contaminada” – da posição de defensor dos direitos do outorgante (cliente), influencia-me a sustentar “esta ou aquela tese defensiva”, pois estou a “depende do lado da moeda” (polo processual) que estou a advogar. Portanto, cumpre-me reproduzir, neste ponto, as palavras de Wacks (2015, p. 113): “[...] *Lawyers in the civil law word differ fundamentally from their common law colleagues. Indeed, the very concept of a legal professional in the major civil law jurisdictions of Europe, Latin America, Japan, and Scandinavia is problematic. In the words of a leading authority on the subject, ‘The common law folk concept of ‘lawyer’ has no counterpart in European languages’. Civil law jurisdictions recognize two categories of legal professionals: the jurist and the private practitioner. The former comprises law graduates, while the latter, unlike the position in common law countries, does not represent the nucleus of the legal profession. Instead, ‘other subsets of law graduates take precedence – historically, numerically, and ideologically. These include the magistracy (judges and prosecutors) ... civil servants, law professor, and lawyers employed in commerce and industry.’ [...].*”

⁴²²Cf., para mais aprofundamentos relativos ao exercício profissional do advogado, a obra dos autores Douglas O. Linder & Nancy Levit, os quais mencionam que: “[...] *Good lawyers, like good chess players, earn their stripes primarily through practice. Years of work in a practice area provide a lawyer with the ability to see patterns in facts and in cases that other lawyers miss. [...]*” (LINDER, Douglas O.; LEVIT, Nancy. *The Good Lawyer: Seeking Quality in the Practice of Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 129).

⁴²³Nesse sentido, relativamente a eventuais abusos processuais, Passanante (2017, pp. 388-389) justifica que: “[...] *Il modo in cui vengono correntemente intese le garanzie costituzionali del diritto alla prova e del giusto processo appaiono, alla luce delle considerazioni che precedono, costituire elementi a sostegno di due tesi, sulle quali si crede opportuno riportare l’attenzione in sede di conclusioni. Per un verso, infatti, risulta confermata l’inopportunità di procedere ad una ricostruzione in via ermeneutica di una regola di esclusione della prova illecita. Per altro verso, mentre può ritenersi legittimo un intervento del legislatore in materia, quand’anche dovesse introdurre una disposizione che sancisca la inammissibilità per la prova illecita, esso non potrebbe omettere di prevedere a) possibili eccezioni alla predetta regola al fine di evitare che il divieto probatorio da limite relativo si traduca in un limite assoluto; b) un incidente probatorio volto all’accertamento della illiceità eccepita (e contestata). Senza l’adozione di queste cautele, un intervento del legislatore diretto a colmare la lacuna assiologica data dall’attuale assetto del diritto vigente dovrebbe ritenersi a rischio di incostituzionalità.*”

e garantias constitucionais fundamentais⁴²⁴ sem deixarem de lado a prioridade de obterem uma solução justa e equilibrada da questão posta em causa (e, portanto, próxima da verdade).

Logo, tem-se que a preocupação do magistrado no seu juízo de ponderação relativamente com a legitimação e a proteção das garantias fundamentais (constitucionais) dos “interesses em jogo”, não deve servir tão-só para a hipótese de supostamente “proteger o culpado” contra os esforços das partes e do Estado de se “fazer justiça” no caso concreto. Ao contrário disso, o Estado deve, na pretendida problematização ora analisada, oportunizar a solução mais justa (e equilibrada) e próxima da verdade fática do caso *sub judice*.

Todavia, o magistrado, por sua vez, diante do ideal interesse estatal supramencionado, não pode desconsiderar todas as garantias dos cidadãos e, assim, permitir o recurso a métodos ilegais de obtenção de provas, razão pela qual, independente do polo ocupado pelas partes na ação judicial da controvérsia posta em causa, se deve buscar o equilíbrio da “balança”, ou seja, que sejam controlados pelo julgador eventuais excessos e arbitrariedades cometidos pelas partes ou, até mesmo, por algum agente público (polícia, por exemplo), ou Ministério Público ou *expert*, etc.

Dessa forma, com esse controle ponderado e imparcial, ter-se-á o respeito da Constituição e, conforme é o objeto do presente estudo, inclusive, oportunizar, sempre que possível, o Direito Constitucional à prova. Para tanto, com base no aprofundamento investigativo realizado, bem como do posicionamento majoritário dos colegas juristas das sessões do Curso de Mestrado, conjuntamente com o posicionamento pessoal partilhado pelo Professor Doutor Miguel Mesquita, adotamos o posicionamento intermédio⁴²⁵, ou seja, de uma “inadmissibilidade mitigada”, segundo a qual, em primeiro lugar, a prova ilícita deverá

⁴²⁴Cf. Putman, para mais aprofundamentos, tendo-se como importante citar que: “*A constitution is a governing document adopted by the people. It establishes the Framework for the operation of government, defines the powers of government, and identifies the fundamental rights of the people*” (PUTMAN, William H. *Pocket Guide to Legal Research*. New York: Delmar Cengage Learning, 2008, p. 2).

⁴²⁵Sobre o tema investigado, o nosso entendimento é no sentido de adotarmos uma posição intermédia, em harmonia com a qual o elemento probatório merecerá ser admitido processualmente em casos específicos, ou seja: a) ser o único meio possível e razoável para apurar a verdade ; b) nas situações que envolverem direitos fundamentais em colisão, tenhamos a adequada ponderação de interesses a ser realizada pelo magistrado (de forma racional e motivada), de que um mereça preponderar perante o outro. Com efeito, compreendemos que a ponderação de interesses a ser realizada pelo magistrado merecerá suporte, nomeadamente, no princípio da proporcionalidade.

ser afastada, salvo quando da análise da questão inexista *outro meio possível* e razoável para apurar o descobrimento da verdade.

A nosso sentir, percebemos ainda que, da relevância dos impactos existentes nas situações que envolvem direitos fundamentais colidentes, o juiz deverá, com o seu bom senso (revestido de imparcialidade), apreciar a questão concreta com embasamento, nomeadamente, no cerne do princípio da proporcionalidade.

Mostra-se imprescindível esclarecermos o entendimento de que não se está a adotar uma posição intermédia inconstitucional, haja vista que os casos em que violarem, por exemplificação, o direito à integridade física, dignidade da pessoa humana, direito à honra, etc., deverá o magistrado, por sua vez, com responsabilidade (imparcialidade e sabedoria), mediante uma decisão racional fundamentada na proporcionalidade, valorar e, assim, ponderar quais dos direitos envolvidos prevalecerá diante da questão analisada. Então, é esta, que entendemos ser, a solução mais adequada e, com isso, desenvolvemos as conclusões complementares, estas relativas aos pontos da: *a) inadmissibilidade mitigada; b) único meio de se provar um fato; c) princípio da proporcionalidade; d) estado de necessidade processual; e*, por fim, algumas notas (observações) conclusivas.

3.6.2 Inadmissibilidade mitigada

Através do elucidado até então, sobre a inadmissibilidade mitigada, verificamos que a adesão de teses radicais e extremistas à defesa da admissibilidade ou da inadmissibilidade probatórias, de maneira absoluta, tem considerado resultados indesejados e, também, em vez de se coadunarem com o específico ordenamento jurídico, na direção de legarem preferência a uma solução justa e equilibrada do conflito, somente contribuem em conformidade com a majoração do problema⁴²⁶.

Observa-se, no ensinamento de Cowen-Carter⁴²⁷, naquela que é, no nosso entendimento, a mais razoável sinopse da controvérsia em investigação, consideramos que:

[...] nenhum destes interesses (interesse do cidadão em ser protegido contra invasões ilegais à sua liberdade e interesse do Estado em assegurar que a prova de um crime não seja recusada em juízo com base em razões meramente formais) deve ser levado ao extremo. A proteção do cidadão, em primeira linha, a proteção do cidadão inocente [...] não pretende ser a proteção do culpado contra os esforços

⁴²⁶MOREIRA, 2011, p. 943 apud CAMPOS, 2018, p. 84.

⁴²⁷COWEN-CARTER apud ABRANTES, 1986.

da justiça. Por seu turno, o interesse do Estado não pode levar a fazer desaparecer todas as garantias dos cidadãos e a permitir às autoridades o recurso a métodos ilegais de obtenção de provas⁴²⁸.

Nesse discernimento, adotamos um pensamento intermédio de “*inadmissibilidade mitigada*”, de acordo com a qual o material probatório ilícito obrigar-se-á na sua vedação, à exceção dos casos em que se mostre ser o *único meio possível* e razoável em relação a apuração da verdade, bem como nas situações que envolvem direitos fundamentais em colidência que deverão desenrolar-se na análise em consonância com o princípio da proporcionalidade⁴²⁹.

Dessa maneira, em face de um conflito cercado por dois direitos constitucionalmente protegidos, v.g. direito à integridade física e direito à honra, dar-se-á a realização de uma ponderação de interesses, mediante um juízo lógico e evidente, de forma a depreender qual dos direitos envolvidos prevalecerá, por se considerar ser de maior relevância⁴³⁰.

Não podemos deixar de levar em consideração a situação de que, nas palavras de Stern, este mencionado por Steinmetz: “os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados de tal modo que na solução do problema, todos eles conservem a sua identidade [...] a fixação de limites deve responder em cada caso concreto ao princípio da proporcionalidade”⁴³¹. Portanto, é esta que entendemos ser a solução adequada a tornar-se eleita/adotada, efetivamente, pelo magistrado, ou seja, deste buscar a resposta de cada caso concreto com fundamento na criteriologia da proporcionalidade, conforme a sua convicção/valoração.

⁴²⁸COWEN-CARTER apud ABRANTES, 1986, p. 25.

⁴²⁹CAMPOS, 2018, p. 100.

⁴³⁰Ibid.

⁴³¹STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 95.

3.6.3 Único meio de se provar um fato

No tocante ao estudo do *único meio de se provar um fato*, observa-se que a prova ilícita⁴³² encontrar-se-á continuamente admitida em juízo no momento em que configure a única maneira realizável de evidenciar/provar certo acontecimento/fato⁴³³.

Assim, este fundamento não constitui justificativa satisfatória para a admissibilidade de eventuais provas ilícitas, embora parta de uma asserção correta: o direito à prova não precisará tornar-se constantemente sacrificado em benefício do favorecimento de outros direitos fundamentais⁴³⁴⁻⁴³⁵.

A dificuldade radica num desacordo de interesses, direitos ou valores que deverão desenrolar-se e serem analisados de equilíbrio com as circunstâncias em que se inserem, remetendo-nos, assim, para aquele que é considerado, a nosso ver, o grande fundamento da *admissibilidade da prova ilícita* em casos excepcionais: o *princípio da proporcionalidade*⁴³⁶.

3.6.4 Princípio da proporcionalidade (este mesmo relevante princípio já tratado no item 2.8 da presente investigação)

No tocante ao princípio da proporcionalidade⁴³⁷, na sua logicidade própria, efetivamente, tratamos da indagação a respeito da conformidade (*proporção*) de certa

⁴³²Importante reforçar a definição de prova ilícita, no sentido de que: “[...] *Se ne è tratta la conclusione che di prova “illecita” non possa propriamente parlarsi ogniqualvolta venga in rilievo la (sola) violazione di una norma processuale e si è proposto di definir ela prova illecita come quel mezzo di prova preconstituito per acquisire materialmente il quale, fuori dal processo, la parte abbia violato norme di diritto sostanziale munite di sanzione o di quel mezzo di prova costituendo, nell’assumere il quale al processo si violino norme di diritto sostanziale munite di sanzione.* [...]” (PASSANANTE, 2017, p. 398, grifo nosso).

⁴³³CAMPOS, 2018, p. 101.

⁴³⁴Ibid.

⁴³⁵Cf., sobre essa temática na visão de um *processo equitativo*, Costa, que entende que: “O princípio da igualdade de armas, fundado no princípio e no processo equitativo, e que se relaciona estreitamente com outros direitos processuais fundamentais, máxime o contraditório, exige a igualdade de tratamento das partes, na distribuição de meios e deveres processuais, que assegure uma igual e efectiva possibilidade de sucesso na lide [...]” (COSTA, Tiago Félix da. *A (Des)Igualdade de Armas Nas Providências Cautelares Sem Audiência do Requerido*. Coimbra: Editora Almedina, 2012, p. 97). De igual forma, Marinoni, refere que: “[...] É exato que a técnica das cláusulas abertas tenha dado ao juiz um espaço que ele não tinha, que, por conta disso, deve merecer atenção da teoria jurídica para se evitar a multiplicação de normas jurídicas para casos iguais, a traduzir perda da previsibilidade e violação da igualdade. [...]” (MARINONI, 2016, p. 62).

⁴³⁶CAMPOS, op. cit., p. 102.

⁴³⁷Na Itália, Passanante (2017, p. 383) recorda o caso em que a Corte Constitucional italiana pronunciou-se relativamente ao *princípio da proporcionalidade*, no sentido de que: “[...] *Il legislatore, in altri termini, dovrebbe evitare, nel dettare eventualmente una disciplina positiva della prova illecita, di compiere scelte*

relação entre dois bens ou dois valores variáveis e comparáveis. No cerne do direito probatório, o referido princípio assume perceptível relevância e a sua utilização mais comum é na qualidade de instrumento de restrição de um direito fundamental, referindo-se que: “a avaliação entre o bem que se pretende proteger ou prosseguir com a sua restrição e o bem *jusfundamentalmente* protegido que resulta, em consequência, desvantajosamente afectado”⁴³⁸.

Para outros, ainda, eventualmente a maioria, o princípio da proporcionalidade é visto como um meio para solucionar eventual colisão de direitos fundamentais, há de ser, dessa maneira, este o seu maior campo de atuação. Atentamos, por exemplo, nas palavras de Steinmentz⁴³⁹, o qual menciona que a proporcionalidade deve ser utilizada nas situações em que os preceitos constitucionais estejam em conflito com a prática jurídica, então, vejamos que: “[...] a ponderação de bens é o método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito, o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão”⁴⁴⁰.

Com efeito, dito de outra forma, o princípio da proporcionalidade possui aplicação transversal, incidindo perante quase todos os âmbitos do direito, *v.g.* no Direito Civil, Direito Constitucional, Direito Administrativo. Com tal característica, no Processo Civil não poderia deixar de sê-lo⁴⁴¹.

É hoje um exemplo bastante recorrente nos tribunais a questão relativa às gravações “ambientais”, de forma a restar questionado se a sua utilização como elemento probatório poderia ser fundamentada no critério da proporcionalidade. Como resposta, busca-se o embasamento na doutrina de Streck⁴⁴², o qual sustenta que:

[...] no caso das gravações assim denominadas “ambientais”, quando terceira pessoa grava e/ou filma conversa de outras pessoas, igualmente não se poderá impedir o uso da prova em juízo, desde que se trate de situação em que o uso da

tecnicamente incompatibili con la possibilità che il processo civile continui a svolgere efficacemente la funzione alla quale è preposto secondo gli stessi principi costituzionali. Un contemperamento con altri interessi sarebbe possibile solo entro i limiti di ragionevolezza, un canone ormai imposto al legislatore dalla costante giurisprudenza costituzionale: si veda, per una sintesi e un'utile rassegna AA.VV., I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle corti europee, Corte costituzionale, Roma, 2013, passim.”

⁴³⁸Cf. NOVAIS, 2014, p. 178.

⁴³⁹STEINMETZ, 2001, p. 140.

⁴⁴⁰Ibid.

⁴⁴¹CORREIA, 2015, p. 68.

⁴⁴²STRECK, Lenio Luiz. *As intercepções Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição – Cidadania – Violência: A Lei 9.296/96 e seus reflexos penas e processuais*. 2.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 114.

prova passe pelo filtro da devida proporcionalidade. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem admitido como lícita a prova constituída por gravação de diálogo ocorrido em local público e a gravação de audiovisual de flagrante preparado⁴⁴³.

É fundamental que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado jamais se sobreponha ao benefício que se deseja obter com a solução alcançada. De acordo com o regramento do seu aproveitamento, exige-se que o sacrifício de um direito seja indispensável para a solução do litígio e, nessa adequada ocasião, entra em cena o *princípio (critério) da proporcionalidade*⁴⁴⁴, frente à necessidade de preservar-se a coerência/proporcionalidade para com os valores fundamentais.

Cabe ainda ressaltar no presente estudo as observações referidas pelo Professor Doutor Mesquita⁴⁴⁵ no sentido de que se deve “descortinar” e perceber, no hodierno Direito Processual Civil, a noção moderna centralizada no protagonismo do juiz, o qual participa ativamente da demanda e, inclusive, dialoga com as partes, remove obstáculos, bem como distribui as competências probatórias, até mesmo podendo requerer oficiosamente, se imprescindível, diligências complementares, que entenda serem fundamentais, ensejando cumprir com o objetivo/intenção que deve ser a maior no Processo Civil moderno, ou seja, do descobrimento da verdade⁴⁴⁶. Portanto, de acordo com os ensinamentos do supracitado professor, é este que também entendemos ser o objetivo maior do Código de Processo Civil.

Trazendo essa perspectiva, importa sublinhar que, com o mesmo propósito, Andrade⁴⁴⁷ explica-nos que a solução passa através da seguinte fórmula: se os direitos forem iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário (*vide* 1.^a parte do CC, art. 335.º, n.º 1.); em contrapartida, se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, “*prevalece o que deva considerar-se superior*” (*vide* CC, art. 335.º, n.º 2).

⁴⁴³TRECK, 2001, p. 114.

⁴⁴⁴MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília: Editora Brasília jurídica, 2000, p. 183.

⁴⁴⁵Anotações do caderno da disciplina de Direito Processual Civil I, da aula do dia 21 de outubro de 2016, ministrada pelo Senhor Professor Doutor Luís Miguel de Andrade Mesquita no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilíticas da Universidade de Coimbra, Portugal.

⁴⁴⁶Anotações do caderno da disciplina de Direito Processual Civil, da aula do dia 21 de outubro de 2016, ministrada pelo Senhor Professor Doutor Luís Miguel de Andrade Mesquita no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilíticas da Universidade de Coimbra, Portugal.

⁴⁴⁷ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5.^a Ed., Coimbra: Almedina, 2012, pp. 299-300.

Ainda nesse contexto, sublinhamos, apenas como referência jurisprudencial da relevância da matéria ora investigada, a decisão do Tribunal da Relação de Évora⁴⁴⁸, o qual trouxe a solução de um caso concreto, mediante a *teoria da proporcionalidade*, haja vista a discussão relativa à utilização de gravação não consentida de uma reunião, na qual faziam parte autor, réu e duas testemunhas inquirida nos autos. No julgamento, não obstante tenha-se salientado que o meio de prova usado buscava a descobrimento da verdade, o tribunal acentuou que o acesso ao Poder Judiciário e a apresentação de elementos probatórios no Processo Civil não significa a admissibilidade de qualquer meio de prova, nomeadamente, no momento em que existe a violação dos direitos da personalidade. Com tais características, por conseguinte, o acórdão ponderou os interesses conflitantes e também sublinhou que reputava existirem outras formas de provar o alegado sem que houvesse o sacrifício do direito de *outrem*, tal e qual, exemplificadamente, a viabilidade do depoimento das testemunhas que estiveram presentes na reunião com o intuito de revelarem ao juízo, no momento oportuno (instrução probatória), o que, então, efetivamente havia ocorrido.

Pode-se afirmar que, portanto, de acordo com o que também nos ensina Andrade⁴⁴⁹: “haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição numa determinada situação concreta”. Em vista disso, o autor esclarece que a esfera de proteção de um direito é constitucionalmente protegida através da possibilidade de “atravessar/cruzar” com a esfera de outro direito ou de, assim, colidir com alguma outra norma ou, até mesmo, com um princípio constitucional.

3.6.5 Estado de necessidade processual

Inicialmente, neste ponto, relativamente ao *estado de necessidade processual*, temos que, apesar do que decorre do art. 32.º, n.º 8, da CRP, segundo Campos, observa-se que este determina, efetivamente, a nulidade de todos os elementos probatórios obtidos de forma ilícita e, igualmente, o art. 126.º, n.º 1, do CPP, reconhece a sua inutilidade, impedindo, assim, que tais provas sirvam de lógica para a convicção do *decisium* a ser

⁴⁴⁸PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora. *Processo n.º 8346/16.OT8STB-B.EI*. Relator: Mário Coelho. Évora, 11 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/f1f1a6efdce317398025812400566ed9?OpenDocument&Highlight=0>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.

⁴⁴⁹ANDRADE, 2012, p. 299.

lançado pelo magistrado⁴⁵⁰. Portanto, parece-nos indubitável que, no Processo Penal, quando a prova, à primeira vista ilícita, for obtida pela parte que estiver a ser acusada de certo fato, esta ilicitude estará *excluída* por intermédio do “*estado de necessidade*”, tendo em vista que tratar-se-á do *único meio* de que aquele sujeito processual se apodera para legitimar a sua *inocência*⁴⁵¹.

Nesse mesmo trilhar, considerando um hipotético *estado de necessidade processual* no intuito de comprovar uma suposta inocência, tem-se que Lopes Jr.⁴⁵², por sua vez, trata do entendimento da *proporcionalidade pro reo*, pois entende pela necessidade de “ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalecer sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência)”. Dessa forma, nesse contexto apresentado por Lopes Jr., por se aproximar, em certa medida, dos princípios da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*, concordamos e entendemos que não se pode condenar alguém que foi apurada, mesmo que de forma reversa ao que está disposto na norma jurídica, a sua inocência. É esta que entendemos ser a solução mais adequada.

Já que levado a este ponto da investigação, suficientemente próximo ao âmbito do Processo Penal, no qual fala-se em “absolvição/ inocência”, acreditamos que, na extensão do Direito Criminal, o magistrado deve “presumir a inocência”, inclusive, no momento em que existam pequenos indícios contrários, posto que deverá preponderar na convicção do julgador o pressentimento de inocência do réu⁴⁵³.

Nessa mesma perspectiva, Mendonça⁴⁵⁴ refere que a doutrina majoritária acompanha o entendimento de admissão do elemento probatório ilícito, desde que este seja em favor do réu/arguido, nomeadamente, quando estiver em análise a sua comprovação de inocência. O mesmo autor, quando trata da “retirada/desentranhamento” do elemento probatório ilícito do processo, expõe que este merecerá ser afastado do

⁴⁵⁰CAMPOS, 2018, p. 113.

⁴⁵¹Ibid.

⁴⁵²LOPES JR., 2008, p. 540.

⁴⁵³Sobre esse panorama que deverá estar o juiz, consoante Fenoll (2010, p. 206), tem-se que: “[...] *un juez en el momento en que tiene que motivar una sentencia, si sucede que la prueba no ha dado de sí todo lo que se esperaba de su práctica. Y por ello, ante la necesidad de decidir, se ve impulsado a seguir su intuición, lo que en buena medida supone, como vimos, prescindir de las reglas de carga de la prueba, de la presunción de inocencia y hasta de los pocos indicios que pueden extraerse de la prueba practicada. Una vez asumida – aunque sea de modo inconsciente – la decisión de utilizar la intuición, el juez puede llegar al extremo de encadenar presunción tras presunción, pero no al estilo de la llamada << cascaded evidence >>, es decir, no teniendo indicios consolidados al menos por la debida formación previa de otra presunción, sino simplemente exponiendo lo que su intuición le indica al amparo de los poquísimos indicios existentes. [...].*”

⁴⁵⁴MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Editora Método, 2008, pp. 172 e 178.

processo/desentranhado, “independentemente da demonstração de qualquer prejuízo”, tendo em vista que esse entendimento é o previsto pelo legislador.

Verdadeiramente, seguindo este mesmo discurso, percebe-se que Grinover, por sua vez, ensina-nos que: “se uma prova for obtida por mecanismo ilícito, destinando-se a absolver o acusado, é de ser admitida, tendo em vista que o erro judiciário precisa ser a todo custo, evitado”⁴⁵⁵. Questiona-se, então: e se a o magistrado determinar a destruição do elemento probatório? Registramos, por essa razão, o entendimento do jurista e magistrado brasileiro, Giacomolli⁴⁵⁶, o qual ressalta-nos que: “sendo destruída, não poderia ser utilizada pro reo. Nessas circunstâncias, diante do pedido de defesa, é possível conservar esta prova, com o objetivo exclusivo de ser utilizada em favor do réu”.

Com efeito, no ordenamento jurídico brasileiro, embora tenha se tornado, ao longo do seu alinhamento acadêmico, uma defensora da *inadmissibilidade das provas ilícitas*, Grinover⁴⁵⁷, por seu turno, ensinou-nos que o conhecido princípio “*in dúbio pro reo*” arriscar-se-ia como essencial argumento/fundamento para a *admissibilidade probatória*, especialmente tendo em vista que estaríamos diante da eventual “*aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa*”, este, inclusive, considerado como uma garantia constitucionalmente consagrada, preferencialmente no Procedimento Criminal, isto tudo fundamentado conforme o princípio do benefício (*favorecimento*) do réu (*arguido*)⁴⁵⁸⁻⁴⁵⁹. Portanto, é esta que entendemos ser a solução mais adequada.

⁴⁵⁵GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 23.^a ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2007, p. 383.

⁴⁵⁶GIACOMOLLI, 2008, pp. 38 e 50.

⁴⁵⁷GRINOVER, 2007, loc. cit.

⁴⁵⁸CAMPOS, 2018, p. 113.

⁴⁵⁹De acordo com a presente investigação, a fundamentar a *lacuna jurídica lusitana* relativamente às provas ilícitas no âmbito *processual civil*, observa-se que a doutrina italiana salienta que: “[...] *Ne è derivata la convinzione, per un verso, che per escludere la prova illecita dal processo sia necessaria una disposizione espressa, che introduca per il giudice tale possibilità e, per altro verso, che un eventuale intervento del legislatore in tal senso dovrebbe avvenire a determinate condizioni, per essere conforme al principio del giusto processo e al diritto alla prova costituzionalmente garantiti.* [...]” (PASSANANTE, 2017, p. 403).

NOTAS CONCLUSIVAS

Em última análise, diante das problematizações realizadas no tocante à temática das provas ilícitas no âmbito do Processo Civil contemporâneo, podemos dizer que, nesta parte da presente investigação, chegamos ao momento de enumerar as notas conclusivas advindas do nosso objeto investigado e refletido, sendo as seguintes:

1. cremos que o elemento probatório é uma das partes mais delicadas e centrais de um processo judicial.
2. Outra perspectiva importante é a de que, relativamente ao direito à prova, não restam dúvidas de que se trata de um direito constitucionalizado e, essencialmente, vinculado com a busca da verdade material.
3. Além do mais, outra vantagem do estudo do direito à prova é a de que este está atrelado a um justo processo, proporcionando, assim, nomeadamente, a proteção dos princípios constitucionais basilares da ampla defesa e do contraditório, independentemente do polo ocupado (autor ou réu) no decorrer do encadeamento processual.
4. Com efeito, concordamos com a ideia de que existem limitações ao direito à prova⁴⁶⁰, haja vista, nomeadamente, o interesse do legislador em assegurar a inviolabilidade dos direitos fundamentais.
5. Relativamente ao princípio da aquisição das provas (ou *comunhão das provas*), cremos que, essencialmente, o tribunal deve considerar todas as provas produzidas. Aliás, mereceu destaque que os elementos probatórios a serem considerados pelo magistrado podem ou não terem sido emanados da parte que devia produzi-los (CPC, artigo 413.º).
6. Um tópico que conheceu (e ainda conhece) debate intenso é o concernente ao livre convencimento do magistrado, o qual, em um primeiro momento, transpareceu que a decisão pudesse ser espontânea e de livre arbítrio judicial. Todavia, conforme o estudo do novo ordenamento do Processo Civil, bem como

⁴⁶⁰De acordo com Alexandre (1998, p. 73), percebe-se que, embora não seja facilitada a sua determinação na prática, por sua vez, o direito à prova acaba por apresentar “*limites intrínsecos*” e, como outros direitos, não pode ser concebido pelo ordenamento jurídico de maneira absoluta. Portanto, ressalta-se que esta é a interpretação dada ao art. 6.º, n.º 3, *al. d*), da CEDH, a qual, embora refira-se ao procedimento penal, se tem considerado aplicável ao procedimento civil, a consagrar, assim, implicitamente o *direito à prova*.

com base na melhor doutrina nacional e estrangeira, percebemos que, necessariamente, a decisão merecerá ser racional (*persuasão racional*) e motivada, ou seja, fundamentada conforme a legislação e o material probatório constante dos autos processuais. Diante disso, inferimos que o simples “livre convencimento” não deve ser utilizado como razão hipotética para sustentar eventual admissibilidade probatória eivada de ilicitudes.

7. Cremos, então, que a autonomia do juiz na avaliação do elemento probatório não é irrestrita. Assim, não concordamos com o denominado “arbítrio judicial” para a reconstrução fática da questão posta em causa.
8. Como restou sublinhado ao longo do texto investigativo, acreditamos nos amplos poderes instrutórios do magistrado.
9. Realmente, neste mesmo ponto, o julgador não deve somente controlar a pertinência e a admissibilidade probatória; cremos que o juiz deve determinar, inclusive, oficiosamente, a instrução probatória que repute necessária para a construção da sua convicção com o objetivo do descobrimento da verdade. Desse modo, segundo Varela, Bezerra e Nora⁴⁶¹, observamos que o julgador possui poderes de *instrução, disciplina e direção da causa*.
10. O conceito de prova ilícita é diverso ao da prova ilegal (atrelada na “natureza”). Neste contexto, analisamos que uma prova será considerada ilícita quando o seu modo de obtenção for reprovado pelo direito material (*violadora de direitos fundamentais*), quer a ilicitude tenha sido verificada dentro ou fora do âmbito processual.
11. Conseguimos compreender também a “*teoria dos frutos da árvore envenenada*” criada pela Suprema Corte Americana, de forma a concordarmos com a sua fundamentação (provas derivadas do elemento ilícito originário).
12. É importante tentar perceber se, de fato, há um nexo causal de derivação exclusiva ou se, alternativamente, o elemento probatório derivado da prova ilícita seria descoberto de forma independente⁴⁶². Em traços gerais, acreditamos que se esta independência restar comprovada, a prova derivada merecerá

⁴⁶¹VARELA, BEZERRA e NORA, 1985, pp. 477-479.

⁴⁶²MARINONI & ARENHART, 2015, pp. 309-311.

admissão no “jogo” processual em prol da busca da verdade advinda da necessidade de entrega de uma tutela jurisdicional justa e eficaz.

13. Um ponto de vista que conheceu (e ainda conhece) controvérsias intensas foi o relativo à descontaminação do julgado, de forma que o magistrado não “consume o fruto proibido”. Neste contexto, acreditamos que, na dúvida, se colocado em causa “um suposto contágio”, merecerá o tribunal proceder na remessa e redistribuição dos autos a outro “novo” juiz, por assim dizer, “descontaminado” da ilicitude probatória inadmitida.
14. O magistrado deverá sempre ponderar a má-fé processual diante do dolo das partes litigantes em criarem tumultos processuais, manobras processuais, protelarem o feito ou, ainda, de utilizarem do elemento probatório ilícito para fins contrários à legislação.
15. A verdade, no encadeamento processual, que merecerá destaque é a verdade real.
16. Cremos na visão atualista do Processo Civil, ensinada pelo Professor Doutor Mesquita no decorrer das sessões do Curso de Mestrado, acreditando no dever de gestão do processo pelo juiz.
17. Nesse contexto de gestão processual, acreditamos na ideia de que o magistrado, ao exercer um poder de direção do processo, deve dialogar com as partes, mencionando claramente quais pontos precisam ser provados e, também, o que expecta ver provado de cada uma delas, conforme ensinado pelo Professor Doutor Mesquita, em similitude com o “*case management*” do direito inglês e o “*materielle Prozessleitung*” do direito alemão⁴⁶³.
18. Cremos no *princípio da cooperação* como sendo um dever de todos os sujeitos processuais, no sentido de cooperarem com finalidade de ser descoberta a verdade dos fatos (CPC, art. 417.º, n.º 1).
19. Destacamos que não encontramos nenhuma solução para a problemática existente no art. 417.º, n.º 3, do CPC.
20. Observamos que a lei Processual Penal (CPC, artigo 126º, n.º1) encontra abrigo na Constituição (CRP, artigo 32.º, n.º 8) com harmoniosa sintonia legislativa.

⁴⁶³MESQUITA, 2015, pp. 85-91.

21. O mesmo é dizer que a própria finalidade do âmbito Criminal vincula que a Constituição seja interpretada em conformidade (art. 32.º, n.º 8, CRP).
22. Observamos que os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos não são considerados absolutos.
23. Cremos que o Processo Penal protege valores comunitários e a salvaguarda da ordem social. No entanto, o Processo Civil, no que lhe concerne, assegura a proteção de direitos privados.
24. No fundo, em nosso entender, é de ser negada a possibilidade de aplicação por analogia do art. 32.º, n.º 8, da CRP ao Processo Civil.
25. Conforme investigamos, verificou-se a existência de três posições no tocante à admissibilidade das provas ilícitas.
26. De acordo com a investigação realizada, cremos que o interesse na descoberta da verdade, sozinho, não constitui fundamento suficiente a justificar a valoração da prova eventualmente proibida.
27. Tendo em vista que não há obrigatoriedade de ligação entre a ilicitude e a inadmissibilidade, temos que o argumento da irrelevância processual da ilicitude não merece prosperar.
28. Entendemos que o argumento de celeridade processual, ainda que esteja alicerçado na entrega da tutela jurisdicional célere e eficaz, não é este uma exigência preponderante no encadeamento processual. Ademais, em algumas circunstâncias, percebemos que a celeridade colide com o devido processo legal – “passando por cima” de requisitos e procedimentos essenciais – e, em casos gravíssimos, podendo, até mesmo, violar os princípios do contraditório e da ampla defesa. Ou seja, o próprio princípio da celeridade, dependendo da forma que for utilizado, poderá colocar em causa a entrega de uma tutela jurisdicional em tempo razoável e eficaz (*a gerar, por exemplo, recursos diante de algum eventual “atropelo”/celeridade em demasia*).
29. Rejeitamos a solução baseada no fundamento de existir uma unidade no sistema jurídico, tendo em vista que, por exemplo, da ilicitude na obtenção da prova não advém a sua inadmissibilidade processual.
30. Não podemos fomentar a teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas na hipótese argumentativa de que o *dolo não deve aproveitar o seu autor*. É

importante tentar perceber que a conduta ilícita poderá não ocasionar uma vantagem e devido a esta vantagem, eventualmente obtida, não ocasionar efetivamente uma sanção processual. Aliás, se a hipotética prova ilícita se tornou admitida no procedimento, poderão, inclusive, os seus resultados serem prejudiciais/desfavoráveis ao sujeito processual que a produziu (e, mesmo assim, deverá ser valorada pelo juiz se restar admitida processualmente).

31. Em que pese o princípio da boa-fé seja de extrema relevância para o encadeamento processual, entendemos que ele, sozinho, como uma hipótese argumentativa, não constitui fundamento suficiente ao ponto de calhar na justificativa necessária à admissibilidade do elemento probatório ilícito.
32. Ora, não foi uma tarefa fácil concordar, mas, após a problematização e investigação da presente temática, temos que a violação de direitos fundamentais, quando da obtenção da prova, não é justificativa isolada/única para colocar em causa a admissibilidade da prova ilícita. Afinal de contas, o próprio direito à prova constitui um direito constitucionalmente consagrado que merece ser preservado.
33. De acordo a construção da presente pesquisa, compreendemos que a legislação deverá, sempre que possível, antes de sair do “gabinete do legislador”, equilibrar os interesses dos indivíduos (cidadãos) com os interesses do Estado em perseguir, por exemplo, os arguidos (observada no âmbito Criminal).
34. A constatação, diante do contexto analisado na presente investigação, foi no sentido de adotarmos uma posição *intermédia*, segundo a qual o elemento probatório merecerá ser admitido processualmente em casos específicos, quais sejam: a) ser o único meio possível e razoável para apurar a verdade; b) nas situações em que envolverem direitos fundamentais em colisão, almejamos a adequada ponderação de interesses a ser realizada pelo magistrado (de forma racional e motivada) de que um mereça preponderar perante o outro.
35. A avaliação de interesses a ser realizada pelo julgador merecerá apoio, nomeadamente, no princípio da proporcionalidade.
36. Relativamente ao âmbito do Processo Criminal – apesar de ser outro regime jurídico – consideramos que, em determinados casos, também poderá ocorrer alguma ponderação dos interesses envolvidos. A título de exemplo, estudamos

a problemática da *prova ilícita em benefício da comprovação da inocência do réu*. Decerto, partilhamos da compreensão de que não se pode condenar alguém que foi apurada, mesmo que de forma reversa ao que está disposto na norma jurídica, a sua inocência. Logo, entendemos ser esta a solução mais adequada.

37. Pela análise jurisprudencial, podemos observar que esta é uma matéria recorrentemente discutida nos tribunais nacionais e estrangeiros, os quais sustentam, especialmente/majoritária, uma posição equilibrada com sustentáculo no princípio da proporcionalidade.
38. De resto, sustentamos o entendimento de que, em nenhuma hipótese, poderá ser relativizada a admissibilidade probatória quando o elemento probatório restar obtido através de tortura ou coação.
39. Por último, diante de tudo o que se expôs acima, inferimos que a atuação do magistrado⁴⁶⁴ merecerá o direcionamento no sentido do alcance da justiça, a permanecer unido ao princípio da proporcionalidade, o qual fortalece a ponderação de todos os direitos e interesses colocados em causa, de forma a estar próximo do descobrimento da verdade fática, o que resulta na melhor/mais justa aplicação da lei no intuito de, verdadeiramente, prestar uma tutela jurisdicional direcionada para a tão almejada justa composição do litígio⁴⁶⁵⁻⁴⁶⁶⁻

467

⁴⁶⁴Recordamos que, inclusive, em uma das sessões, o Professor Doutor Miguel Mesquita, por sua vez, convidou um magistrado português para que compartilhasse as suas perspectivas como juiz em Portugal. Tal oportunidade deu-se em um universo de muitos estrangeiros, pois éramos, em grande maioria, estudantes originários do Brasil e de Macau.

⁴⁶⁵Com mérito particular, observamos que o Professor Doutor Miguel Mesquita nos mostrou os caminhos do moderno Processo Civil, permitindo-nos que nossas perspectivas processuais fossem “mais além”, de modo que podemos afirmar que, hoje, somos defensores de uma gestão processual e de um dever de cooperação.

⁴⁶⁶Por último, referimos a forma com que o Professor Doutor Miguel Mesquita e a Professora Doutora Maria José Capelo ensinaram-nos de como conduzir uma sala de aula. Com efeito, tiveram um “olhar sério”, todavia, prático e com a análise de casos reais, objetivando, assim, buscarem respostas aos questionamentos/problematizações que foram lançados aos alunos. Aliás, resta-nos importante ressaltar que, em todas as sessões do 2.º Ciclo, era dada a “palavra” para que o “grande grupo” de estudantes participasse, efetivamente, das reflexões/debates.

⁴⁶⁷Assim, no estudo da metodologia jurídica educacional, para mais aprofundamentos, consigamos as conclusões dos professores estudiosos da matéria relativa ao ensino jurídico, no sentido de que: “*Students of the extraordinary teachers grow as people. They learn professionalism, including legal ethics, and they learn to value hard work and excellence. They aspire to find balance, between work and family and between self-improvement and excessive self-criticism. They make to hearth their teachers’ belief that they have talent and can do great things with their lives. Most of all, they strive to emulate, with their lives and careers, the passion, humility, confidence, and respect for others they see in these teachers’ classrooms every day*” (SCHWARTZ, Michael Hunter; HESS, Gerald F.; SPARROW, Sophie M. *What the best law teachers do*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2013, p. 22).

REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João. Prova ilícita: Da sua relevância no processo civil. *In: Revista Jurídica*, Lisboa, (7), Julho-Setembro, 1986, p. 7-37.

ALEXANDRE, Isabel. *Provas Ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 1998.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2015.

AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: Atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5.^a Ed., Coimbra: Almedina, 2012.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções Elementares de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1976.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1983.

BASTOS, Celso Ribeiro. *As Provas obtidas por meios ilícitos e a Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Advogados, 1994.

BAUER, Fritz. Potere giudiziale e formalismo dei diritto processuale. *In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1965.

BBC. *Amanda Knox: Figure at the centre of a saga*. BBC News, 2015. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/world-us-canada-21937825>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.

BBC. 'DNA proof' for Julio Iglesias love child – lawyer. BBC News, 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/world-europe-40520000>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da Amplitude de Produção Probatória. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*: homenagem aos 10 Anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 4.^a ed. São Paulo: RT, 2009.

BELING, Ernst Von. *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1903.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da Prova Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRAGA, Áureo Rogério Gil; VELASQUES, Renato Vinhas. *Crimes Contra a Ordem Tributária*: Medidas Acautelatórias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BROWN, Heidi K. *The Introverted Lawyer: A Seven-Step Journey Toward Authentically Empowered Advocacy*. Chicago: American Bar Association (ABA), 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

CAMPOS, Sara Rodrigues. *(In)admissibilidade de Provas Ilícitas*. Coimbra: Almedina, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELO, Maria José. A reforma processual e as acções de filiação. *In: Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais. *In: Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 143, n.º 3985, Coimbra: Coimbra Editora, março/abril de 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 12.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

CAPILLA, Purificación Pujol. *La nueva prueba documental en la era digital: su valoración en juicio*. Madrid: Editorial Jurídica Sepín, S. L., 2014.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1942.

CARVALHO, Maria Cunha da Silva Araújo de. *Prova ilícita*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2002.

CASANOVA, J. F. Salazar. Provas Ilícitas em Processo Civil: Sobre a Admissibilidade e Valoração de Meios de Prova Obtidos pelos Particulares. *In: Direito e Justiça*, Vol. XVIII, Tomo I. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2004.

CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. *Teoria das Provas e suas aplicações aos Atos Cíveis*. Imprensa: Campinas, Servanda, 2000.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Prove e accertamento dei fatti del nuovo C.P.P.* *In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Anno 33, Fasc. 1., Genn./Mar., 1999.

CORREIA, Fernando Alves. *Direito Constitucional: A Justiça Constitucional - Programa, Conteúdos e Métodos de Ensino de um Curso de Mestrado*. Coimbra: Editora Almedina, 2001.

_____. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Editora Almedina., 2016.

CORREIA, Tércia Mathias. *A Prova no Processo Civil: reflexões sobre o problema da (in)admissibilidade da prova ilícita*. 2015. 161 p. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/29914/3/A%20prova%20no%20processo%20civil.pdf>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. *A Jurisdição Constitucional em Portugal*. 3.^a ed. Coimbra: Editora Almedina, 2007.

COSTA, Salvador da. *Organização Judiciária*. In: Revista da Ordem dos Advogados, ano 73, Lisboa, 2013.

COSTA, Susana Henriques da. *Os Poderes do Juiz na Admissibilidade das Provas Ilícitas*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, março de 2006.

COSTA, Tiago Félix da. *A (Des)Igualdade de Armas Nas Providências Cautelares Sem Audiência do Requerido*. Coimbra: Editora Almedina, 2012.

DENTI, Vittorino. Francesco Carnelutti e le riforme del processo Civile. In: *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Anno 50, n.º 2, Milano: Giuffrè Editore, 1996, pp. 407-418.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 7.^a ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *O princípio do contraditório e sua dupla destinação: Fundamentos do processo civil moderno*. Vol. 1. 6.^a ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2010.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de la prueba judicial*. Vol. I. 1.^a ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007.

EL ESPAÑOL. *Julio Iglesias, sin salida: será declarado en rebeldía y padre legal de Javier Sánchez si no cede su ADN*. 2018. Disponível em: <https://www.lespanol.com/corazon/famosos/20180824/julio-iglesias-sin-javier-sanchez-no-adn/332467198_0.html>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.

ESPAÑA. *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-12666-consolidado.pdf>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.

FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Colección Proceso y Derecho. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAND, Frédérique. *Procédure civile: droit interne et droit de l'Union européenne*. 31.^a ed. Paris: Dalloz, 2012.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 183-222.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil*. 4.^a ed. Coimbra: Gestlegal Editora, 2017.

_____. *Introdução ao processo Civil: conceitos e princípios gerais à luz do novo código*. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

FREITAS, Juarez. *A interpretação Sistemática do Direito*. 4.^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

GERALDES, António Abrantes. Temas da nova reforma do Processo Civil. In: *Revista Julgar*, n. 16. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: Considerações críticas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. *Provas Ilícitas*. São Paulo: Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo, Vol. 16, 1980, pp. 97-108.

_____. *Teoria Geral do Processo*. 23.^a ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 8.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ITÁLIA. *Codice di procedura penale*. Decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 447. Disponível em: <<https://www.studiocataldi.it/codiceprocedurapenale/codice-procedura-penale.pdf>>. Acesso em: 05 de dezembro de 2018.

_____. *Costituzione Italiana*: edizione in Lingua Portoghese. Senato della Repubblica, 2018. Disponível em: <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf>. Acesso em: 06 de dezembro de 2018.

KNIJNIK, Danilo. *A Doutrina dos Frutos da Árvore Venenosa e os Discursos da Suprema Corte na Decisão de 16/12/93*. Porto Alegre: Revista da Ajuris, Vol. 23, Março de 1996, pp. 61-84.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian Editora, 1983.

LAWSON, Gary. *Evidence of the law: proving legal claims*. Chicago: The University of Chicago Press, 2017.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. V. 1. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Editora: Lumen Juris, 2008.

LINDER, Douglas O.; LEVIT, Nancy. *The Good Lawyer: Seeking Quality in the Practice of Law*. New York: Oxford University Press, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção – de acordo com o CPC de 2015*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. V. 1. São Paulo: Editora Bookseller, 1997.

MELLADO, José Maria Asencio. *Introducion al Derecho Procesal*, 3.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

MELERO, Valentín Silva. *La Prueba Procesal*. Tomo I. Teoría General. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília: Editora Brasília jurídica, 2000.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Editora Método, 2008.

MESQUITA, Luís Miguel de Andrade (Org.). *Código de Processo Civil*. 16.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. A “morte” do princípio do dispositivo?. *In: Revista de Legislação e Jurisprudência*, a. 417, n. 4007. Coimbra: Coimbra Editora, 2017.

_____. *A metamorfose do Futuro Tribunal de Comarca*. Coimbra: Almedina, 2014.

_____. Princípio da gestão processual: O “Santo Graal” do Novo Processo Civil?. *In: Revista de Legislação e de Jurisprudência*, a. 145, n. 3995. Coimbra: Coimbra Editora, 2015

_____. *Reconvenção e Exceção no processo Civil: o dilema da escolha entre a reconvenção e a exceção e o problema da falta de exercício do direito de reconvir*. Coimbra: Almedina, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo: Editora Atlas, 1994.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da Persuasão à Vinculação*. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A garantia do contraditório na atividade de instrução: Temas de direito processual*. 3.^a série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Restricciones a la prueba en la constitución brasileña. In: *Revista de processo*, n. 82, São Paulo, abril/junho 1996.

MORGADO, Pedro Trigo. *Admissibilidade da Prova Ilícita em Processo Civil*. Lisboa: Editora Petrony, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. Proibição da prova ilícita. Novas tendências do direito. In: *Justiça Penal*. Críticas e Sugestões. Provas ilícitas e reforma pontual. Coordenador Jaques de Camargo Penteado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, v. 4, pp. 13-31.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 7.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1974.

NOVAIS, Jorge Reis. *Em Defesa do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Editora Almedina, 2014.

_____. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

PALACIOS, Fernando Pinto; CAPILLA, Purificación Pujol. *La Prueba en la Era Digital*. Madrid: Wolters Kluwer España, S/A, 2017.

PASSANANTE, Luca. *La Prova Illecita Nel Processo Civile*. Collana del Dipartimento di Giurisprudenza Università Degli Studi di Brescia. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10. Disponível em: <<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.

_____. Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.

_____. Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.

_____. Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho. *Código de Processo Civil (Novo)*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.

PULIDO, Carlos Bernal. La Racionalidad de la Ponderación. In: *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*. Serie Justicia y Derechos Humanos. Quito: V&M Gráficas, 2008.

PUTMAN, William H. *Pocket Guide to Legal Research*. New York: Delmar Cengage Learning, 2008.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Monografia Jurídica. Passo a Passo. Projeto, pesquisa, redação e formatação*. São Paulo: Editora Método, 2015.

RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A Prova Ilícita e a Interceptação Telefônica no Direito Processual Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ónus da Prova no Processo Civil*. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2006.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Lisboa: Editora Presença, 1993.

REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. III, 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

RICCI, Gian Franco. Le Prove Illecite nel Processo Civile. In: *Riv. Trim. Di dir. e proc. Civ.*, Anno XLI, Milano: Dott. A, Giuffrè Editore, 1987.

_____. *Princìpi di diritto processuale generale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.

_____. Su alcuni aspetti problematici del diritto alla prova. *In: Riv. Di dir. proc.*, 1984.

ROCHA, Maria Luiza do Valle. *A Prova Ilícita no Processo Civil Português*. 2014. 100 p. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34891/1/A%20Prova%20Illicita%20no%20Processo%20Civil%20Portugues.pdf>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.

RUÇO, Alberto Augusto Vicente. *Prova e Formação da Convicção do Juiz*. 2.^a ed. Coletânea de Jurisprudência. Coimbra: Editora Almedina, 2017.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer*. Cambridge (Mas.): Harvard University Press, 2009.

SCHWARTZ, Michael Hunter; HESS, Gerald F.; SPARROW, Sophie M. *What the best law teachers do*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2013.

SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. 2.^a ed. Imprensa da Universidade de Coimbra - Coimbra University Press. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição – Cidadania – Violência: A Lei 9.296/96 e seus reflexos penas e processuais*. 2.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TARTUCE, Fernanda. *Processo civil aplicado ao direito de família*. São Paulo: Método, 2012.

TARUFFO, Michele. Funzione della prova: la funzione dimostrativa. *In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno. 51, n.º 3, Milano: Giuffrè Editore, 1997, pp. 553-574.

_____. Il Diritto alla prova nel processo civile. *In: Riv. Dir. proc.*, A. XXXIX – N.1, 1984.

_____. L'insegnamento accademico del diritto processuale civile. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno. 50, n.º 2, Milano: Giuffrè Editore, 1996, pp. 551-558.

_____. Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno. 50 n.º 1, Milano: Giuffrè Editore, 1996.

_____. Idee per una teoria della decisione giusta. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano: Giuffrè, marzo de 1997, pp. 315-328.

TEIXEIRA, Ana Paula Furlan. *Estudo das provas ilícitas no processo penal*. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2016.

URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional: Evolução Histórica e Modelos do Controlo da Constitucionalidade*. 2.ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2016.

VARELA, João Antunes de Matos. A inseminação artificial e a Filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 128. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

VARELA, João de Matos Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

WACKS, Raymond. *Law: A Very Short Introduction*. 2.ª ed. New York: United Kingdom Oxford University Press, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum e conhecimento e tutela provisória)*. Vol. 2. 16.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 2016.

_____. *Curso avançado de processo civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Vol. 1. 12.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

JURISPRUDÊNCIA

PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 15/10.0JAGRD.E2.S1*. Relator: Santos Cabral. Lisboa, 26 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c48079cb0b1e7b0180257cf2005184ca?OpenDocument>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2018.

_____. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 158/06.5TCFUN.L1.S1*. Relator: Fonseca Ramos. Lisboa, 19 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2c30285ae0e73d088025772900564206?OpenDocument>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2018.

_____. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo n.º 74300/16.IYIPRT.E1-A.S1*. Relator: Ilídio Sacarrão Martins. Lisboa, 18 de outubro de 2018. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6a20e5a3f492b7e38025832a005ca0a1?OpenDocument&Highlight=0,coopera%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2018.

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra. *Processo n.º 388/17.4JACBR-A.C1*. Relator: Inácio Monteiro. Coimbra, 10 de janeiro de 2018. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/3ea641d4a2bd9aca8025821300422235?OpenDocument&Highlight=0,prova,il%C3%ADcita>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2018.

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra. *Processo n.º 1162/11.7TTCBR.C1*. Relator: Ramalho Pinto. Coimbra, 03 de julho de 2014. Disponível em: <<http://bibliobase.sermais.pt:8008/BiblioNET/Upload/HTML/007002%20Ac%C3%B3rd%C3%A3o%20TR%20Coimbra.html>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora. *Processo n.º 8346/16.OT8STB-B.E1*. Relator: Mário Coelho. Évora, 11 de maio de 2017. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/f1f1a6efdce317398025812400566ed9?OpenDocument&Highlight=0>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 248/09*. Processo n.º 78/09. Relator: Conselheiro João Cura Mariano. Lisboa, 15 de junho de 2009. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/1191480/details/maximized>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.