



MARIA LUIZA DO VALLE ROCHA

# A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL PORTUGUÊS

Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Processual Civil,  
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

COIMBRA, 2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
FACULDADE DE DIREITO  
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



**A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL PORTUGUÊS**

MARIA LUIZA DO VALLE ROCHA

Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
Área de Especialização: Ciências Jurídico-Civilísticas  
Menção: Direito Processual Civil/Ciências Jurídico-Processuais  
Orientador: Professor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita

Coimbra  
2014

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, a Deus, pois sem Ele nada seria possível. Além de ter me dado a força e sabedoria para enfrentar as dificuldades, Ele foi providencial ao colocar as pessoas certas nos momentos certos. Fez de um sonho uma realidade.

Agradeço ao meu avô, Oswaldo Trigueiro do Valle, pela participação direta em toda a minha formação. Lembro-me bem, que foi de uma conversa particular que a semente da titulação do mestrado se instalou em mim e hoje, devo a ele, os frutos colhidos. Ademais, seus conselhos e apoio incondicional foram elementos inspiradores durante essa caminhada. Seu olhar visionário foi o sopro que me impulsionou neste mar do conhecimento. E aqui, não há como não recordar dela, do mais puro ser que tive o prazer de conhecer, minha grande avó Lia (*in memoriam*), que, mesmo de longe, contribuiu na medida necessária para me fornecer o equilíbrio preciso.

Agradeço aos meus pais, Ana Margarida e Heraldo, pelo exemplo de amor e profissionalismo. Amor este imensurável que foi o suporte para a distância tão dolorida. E profissionalismo, pois ambos, mestres em suas profissões, sempre demonstraram a importância de estarmos em constante aprendizado.

Agradeço aos meus irmãos, Thiago, Marília e a pequena Sophia, que nesse momento de tamanha introspecção (concentração) arrancaram o meu mais sereno e sincero sorriso.

Agradeço aos meus amigos. Os mais antigos, na pessoa da minha querida amiga Vanessa que esteve ao meu lado nas ocasiões mais especiais. E os novos, na pessoa da minha grande amiga Priscilla que assumiu um papel de irmã nessa Coimbra tão amada.

Agradeço a todos que compõem a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na figura do meu orientador, o ilustre Professor Doutor Miguel Mesquita a quem tenho uma verdadeira admiração. A forma peculiar com que conduzia os nossos encontros semanais não poderia despertar sentimento diverso. Suas aulas eram sempre aguardadas com bastante ansiedade, reflexo da generosidade com a qual o nosso Ilustríssimo Mestre nos glorificava ao partilhar os seus dons intelectuais e acadêmicos.

Agradeço, por fim, a todos aqueles que contribuíram e torceram para a realização desse Mestrado.

## RESUMO

A prova ilícita consiste naquela prova obtida mediante violação de direito material. A (in)admissibilidade dessas provas torna-se o cerne de discussão entre os diversos ordenamentos jurídicos vigentes, inclusive em Portugal. Isto porque, por um lado, sua natureza, por si só, se configura como elemento motivador de impedimentos, tendo em vista a transparente transgressão de direitos protegidos pelo próprio ordenamento jurídico. E no outro lado, encontra-se um Estado-Juiz garantidor da prestação jurisdicional eficaz e justa. O Código de Processo Civil Português, no que tange a esses questionamentos, demonstra-se alheio e nada satisfatório, uma vez que concede lacunas ao invés de apresentar soluções. A escassez de normas específicas que regulamentem tal situação no âmbito do processo civil, faz com que a responsabilidade para encurtar os referidos espaços fique a cargo dos intérpretes e intelectuais do direito. Ademais, destaca-se a atuação dos princípios, em particular a proporcionalidade que assume um papel categórico e perspicaz neste dilema, contribuindo para a formação de um posicionamento adequado aos padrões processuais. A presente pesquisa, baseada em fontes bibliográficas e utilizando-se da metodologia hipotética dedutiva, tem como principal objetivo elucidar e contribuir com a problemática das provas ilícitas no processo civil.

**Palavras-chave:** Prova ilícita. Código de Processo Civil. Lacunas. Intérpretes e intelectuais do direito. Princípio. Proporcionalidade.

## ABSTRACT

The illegal evidence is based on that evidence obtained in violation of the substantive law. The (in)admissibility of such evidences become the core of discussion amongst the several established legal systems, including Portugal. This happens because, on the one hand, its nature, by itself, displays as a motivator element of impediments, in view of the clear transgression of the protected rights by the legal system itself. On the other hand, there is a State, represented by the judge, which guarantees a fair and effective jurisdictional provision. The Portuguese Civil Procedure Code seems alien and unsatisfactory, as it offers gaps, instead of presenting solutions. The lack of specific rules regulating this question in the Civil Procedure transfers the responsibilities to hermeneutists and intellectuals of law to fill in the gaps. Moreover, the principles play an eminent role, particularly to proportionality, which plays an important and insightful part in this dilemma, contributing to the formation of a just positioning related to standard procedures. The current survey, based on bibliographical sources and using the hypothetical deduction methodology, aims to solve end contribute the problem of illegal evidence in civil procedure.

**Key-words:** Illegal Evidence. Civil Procedure Code. Gaps. Hermeneutics and intellectuals of law. Principle. Proportionality.

## **ABREVIATURAS**

**Ac.** – Acórdão

**CF/88** – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

**CRP** – Constituição da República Portuguesa de 1976

**CPC/PT** – Código de Processo Civil Português

**LEC** – Ley de Enjuiciamiento Civil

**nº** - Número

**STF** – Supremo Tribunal Federal (BRASIL)

**STJ** – Supremo Tribunal de Justiça (PORTUGAL)

## ÍNDICE

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>CAPÍTULO I: DA PROVA</b> .....	<b>10</b>
<b>1.1 Acepções</b> .....	<b>10</b>
<b>1.2 Objeto</b> .....	<b>11</b>
2.2.1 Fatos notórios .....	13
<b>1.3 Finalidade</b> .....	<b>14</b>
<b>1.4 Destinatário</b> .....	<b>14</b>
<b>1.5 Classificação da Prova</b> .....	<b>14</b>
1.5.1 Quanto à preparação .....	14
1.5.2 Quanto ao objeto .....	15
1.5.3 Quanto à estrutura .....	15
1.5.4 Quanto à forma .....	16
1.5.5 Quanto ao modo de apreciação .....	16
<b>1.6 Princípios Relativos da Prova</b> .....	<b>16</b>
1.6.1 Necessidade da prova .....	16
1.6.2 Igualdade das partes .....	17
1.6.3 Contraditório .....	17
<b>1.7 Direito à Prova</b> .....	<b>18</b>
1.7.1 Direito à prova e direito de ação .....	19
1.7.2 Direito comparado: direito à prova nos diversos ordenamentos jurídicos .....	20
<b>1.8 O Papel do Juiz no Sistema Probatório</b> .....	<b>22</b>
1.8.1 Poder instrutório do juiz: considerações iniciais .....	22
1.8.2 Os poderes instrutórios do juiz nos sistemas jurídicos Common law e Civil law .....	24
1.8.3 Poderes instrutórios do juiz e as restrições probatórias .....	26
1.8.4 Valoração das provas .....	28
<b>1.9 As Proibições de Prova</b> .....	<b>30</b>
1.9.1 Proibições de prova e as restrições probatórias .....	30
1.9.2 Proibições de prova .....	32
1.9.3 Proibições de produção da prova .....	34
1.9.4 Proibições de valoração da prova .....	34
1.9.5 Proibições de prova e as regras de exclusão .....	35
<b>CAPÍTULO II: DAS PROVAS ILÍCITAS</b> .....	<b>37</b>
<b>2.1 Do Conceito das Provas Ilícitas</b> .....	<b>37</b>
<b>2.2 Distinções Necessárias</b> .....	<b>40</b>
2.2.1 Prova ilícita e prova ilegítima .....	40
2.2.2 Prova ilícita e prova imoral .....	41
2.2.3 Prova ilícita e prova inadmissível .....	42
2.2.4 Prova ilícita e prova atípica .....	42
<b>2.3 Do Enquadramento Legal</b> .....	<b>46</b>
<b>2.4 As Provas Ilícitas e os Direitos Fundamentais</b> .....	<b>48</b>
2.4.1 Dos direitos fundamentais .....	48

2.4.1.1 Teorias dos direitos fundamentais .....	49
2.4.2 Colisão de direitos fundamentais .....	51
2.4.2.1 Técnica da ponderação de interesses .....	54
2.4.3 Provas ilícitas e a colisão com os direitos fundamentais .....	55
<b>CAPÍTULO III: TESES RELACIONADAS ÀS PROVAS ILÍCITAS .....</b>	<b>58</b>
<b>3.1 Teses da Inadmissibilidade das Provas Ilícitas .....</b>	<b>58</b>
3.1.1 Unidade do sistema jurídico .....	59
3.1.2 Ofensa à Constituição .....	61
3.1.3 Interesse na descoberta da verdade .....	62
3.1.4 O dolo não deve aproveitar o seu autor .....	63
<b>3.2 Teses da Admissibilidade da Prova Ilícita .....</b>	<b>64</b>
<b>3.3 Tese Intermediária .....</b>	<b>67</b>
3.3.1 Proporcionalidade .....	70
3.3.2 (Sub)princípios do princípio da proporcionalidade .....	76
3.3.3 Proporcionalidade e o subjetivismo do julgador .....	77
3.3.4 Tese intermediária: posição que se coaduna com a tutela constitucional dos menores .....	79
<b>3.4 Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada .....</b>	<b>87</b>
<b>3.5 Prova Emprestada .....</b>	<b>88</b>
<b>3.6 Noção de Vida Privada e a sua Abusiva Intromissão .....</b>	<b>88</b>
<b>3.7 Exemplos Típicos de Provas Ilícitas .....</b>	<b>91</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>95</b>

## INTRODUÇÃO

Há muito tempo a sociedade busca no Poder Judiciário amparo para solucionar os conflitos de interesses existentes. O Estado, por sua vez, tem como contrapartida a obrigação de realizar a prestação efetiva da tutela jurisdicional. Para isso, utiliza-se de um método que tem como pressuposto básico a conexão entre o direito material e o direito processual: o processo. Assim, segundo a teoria da instrumentalidade, o processo deve ser compreendido como instrumento por meio do qual o julgador exerce a jurisdição a fim de promover a justiça.<sup>1</sup>

Para tanto, é imprescindível instruí-lo com provas necessárias, úteis e essenciais que tenham o poder de influenciar na convicção do julgador, auxiliando-o na concretização de uma decisão justa. Tido como um direito fundamental no ordenamento jurídico português, o direito a prova, quer seja no ramo do direito processual penal, quer seja no direito processual civil, é elemento indispensável para a valorização da justiça processual. No entanto, apesar da incontestável relevância processual, não se reveste de natureza absoluta, podendo sofrer restrições, desde que devidamente motivadas.

São nestas limitações que estão inseridas as provas ilícitas. Consideradas como provas obtidas de maneira irregular, trazem em sua análise a discussão acerca da sua admissibilidade e valoração. Para o processo civil, essa problemática acentua-se pela ausência de dispositivo legal que trate sobre o tema, assim como diante de situações que envolvam direitos de valores idênticos, provocando, nesses casos, uma desconfiguração da justificativa vedatória das provas ilícitas. É nesse palco conflituoso de admissibilidade da prova ilícita no processo civil que se funda o presente estudo.

Para o deslinde da pesquisa, mister se faz averiguar a participação do julgador no processo, especialmente no que tange à fase instrutória. O momento atual volta-se para posicioná-lo na direção do processo, permitindo-lhe apreciar livremente as provas, a fim de que possa prolatar uma decisão de forma justa e equitativa. Essa condição mais atuante do julgador dá ensejo a uma reflexão quanto à sua imparcialidade, conteúdo importante à discussão central da temática apresentada.

---

<sup>1</sup> Vide FREDIE DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil*, vol.2, 2012, p.25.

Certamente, a questão crucial desta exposição refere-se à ponderação dos interesses envolvidos no litígio. Tal caminho preconiza que, diante de situações em que estão em causa direitos igualmente protegidos, deverá ser escolhido aquele que demonstre apresentar valor superior. Desta feita, visando resguardar os preceitos constitucionais, o julgador haverá de optar por um em detrimento do outro. Vislumbra-se nitidamente esse contexto nas relações familiaristas, em especial as que envolvem direitos de menores. E é por essa razão que, para o desfecho do presente estudo, revela-se indispensável o exame desses casos.

## CAPÍTULO I DA PROVA

### 1.1 Acepções

A palavra “prova”, extraída de um conhecimento comum, significa demonstrar a realidade de um fato. Pode-se afirmar que não há uma grande diferença em relação ao sentido adotado no mundo jurídico, tendo em vista que a essência demonstrativa permanece a mesma. O que há aqui é uma particularidade no que tange à sua função, restringindo-a sob os fatos alegados pelas partes com a finalidade de convencer o julgador.<sup>2</sup>

O vocábulo “prova”, no mundo jurídico, pode ser visto sob dois sentidos: objetivo e subjetivo. No sentido objetivo, a prova subdivide-se em *atividade probatória* — caracterizada pelos atos processuais realizados pelas partes na fase probatória e de acordo com ônus que lhes é inerente — e *meio de prova*, que são técnicas pelas quais a prova é apresentada no processo e que, através de métodos indutivos ou perceptivos, ajudam a formar a convicção do julgador (depoimento de testemunha, relatório pericial, documento escrito, gravação, etc.).<sup>3</sup> Destaca-se que o art. 341º do Código Civil Português, ao definir a prova para os fins judiciais, considerou-a como *meio* para a investigação dos fatos alegados.<sup>4</sup> Já no aspecto subjetivo, a prova é vista como *resultado*, podendo ser tanto o reflexo do fim para o qual se destina, que é o convencimento judicial<sup>5</sup>, como os dados adquiridos pela atividade probatória, mesmo que a sua consequência não seja a efetiva demonstração dos fatos alegados.

Logo, no campo jurídico a prova pode ser definida como instrumento por meio do qual busca-se alcançar a certeza do juiz sobre os dados processuais apresentados pelas partes, sendo esta certeza por vezes formada pelo

---

<sup>2</sup> Art. 341º do Código Civil Português. Corroborando esse entendimento: MANUEL AUGUSTO DOMINGUES DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, 1979; J. P. REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 2011, p.558.

<sup>3</sup> MANUEL AUGUSTO DOMINGUES DE ANDRADE, op. cit. Também nesse sentido: ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil: De Acordo com o Dec.-lei 242/85*, 2004, pp.434-435.

<sup>4</sup> J.F. SALAZAR CASANOVA ABRANTES, *Provas Ilícitas em Processo Civil: Sobre a Admissibilidade e Valoração de Meios de Prova Obtidos pelos Particulares*, 2004, p.95.

<sup>5</sup> FREDIE DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil*, vol.2, 2012, p.43.

convencimento racional do magistrado e em outros casos firmada pelas normas legais.<sup>6</sup>

## 1.2 Objeto

O objeto da prova, que procura estabelecer o seu conteúdo (tema), pode ser dividido em dois campos distintos: *objeto mediato* e *objeto imediato*. Grande parte da doutrina afirma que os fatos são considerados como o objeto mediato<sup>7</sup>, pois partem do pressuposto de que o destino da prova é a sua demonstração. Esses fatos devem ser relevantes (relacionados com a causa; poder de influenciar a decisão), controvertidos (gerem controvérsia entre as partes) e determinados (identificados no tempo e no espaço). Ressalta-se aqui o posicionamento minoritário da doutrina moderna que adota como objeto mediato da prova as alegações, sob o fundamento de que os fatos não estão relacionados à veracidade, mas tão somente se limitam ao campo da existência ou inexistência, não sendo viável qualificá-los como verdadeiros ou não.<sup>8</sup>

Observa-se que o conflito gerado transcende a discussão sobre o objeto mediato da prova propriamente dito, revelando-se sobre o seu elemento de ligação: existência ou veracidade. Assim, é detectando a relação da prova com o campo da existência ou veracidade que se definirá o seu objeto mediato. A partir desse momento, a discussão estende-se ao objeto *imediato*.

A dúvida paira, então, sobre a função do instrumento probatório, ou seja, se este procura demonstrar a realidade dos fatos ou a veracidade das alegações apresentadas. Essa controvérsia, bastante debatida na doutrina, requer uma atenção especial, pois encarrega-se de estabelecer o liame existente entre a verdade e a prova.

Por muito tempo, no direito processual vigoraram-se duas classes de verdade: uma voltada para o direito processual penal e outra para o direito processual civil. Nessa época, a verdade a ser aplicada dependia do direito conflitante na lide. Por envolver, na maioria das situações, direitos fundamentais

---

<sup>6</sup> JUAN MONTERO AROCA, *La Prueba en el Proceso Civil*, 1996, p.31.

<sup>7</sup> MANUEL AUGUSTO DOMINGUES DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, 1979. Vide também: ANTUNES VARELA, *Manual de Processo Civil: De Acordo com o Dec.-lei 242/85*, 2004.

<sup>8</sup> FREDIE DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil*, vol.2, 2012, p.44. No mesmo sentido: JOÃO DE CASTRO MENDES, *Manual de Processo Civil*, 1963.

(liberdade, vida, etc.), o direito processual penal, caracterizado pelo viés investigativo, tinha a obrigação de descobrir a realidade dos fatos. Aqui a verdade era denominada de “real” ou “material”, justamente pela vinculação à realidade dos fatos. Ao direito processual civil, tipificado por abordar bens menos relevantes, restou valer-se da verdade apresentada nos autos, mesmo que não correspondesse à realidade dos fatos. A verdade atingida limitava-se à análise das alegações e, por esse motivo, ficou conhecida como verdade formal.

Acreditando existir uma única verdade, CARNELUTTI derrubou o mito da visão dualista, argumentando que ou a verdade formal se coincide com a verdade material, e nada mais será do que verdade, ou discorda da mesma, configurando-se como uma não verdade.<sup>9</sup>

Corroborando o entendimento defendido por CARNELUTTI, estudiosos modernistas posicionaram-se a favor do rompimento da descabida distinção, com base na crença de que não fazia qualquer sentido o processo civil se valer de um menor grau de segurança jurídica, tendo em vista que, assim como o processo penal, por vezes tutelava interesses fundamentais — como família e capacidade jurídica do indivíduo.<sup>10</sup>

Finda a teoria dualista da verdade, prevalecendo a visão de uma verdade (material) única para qualquer processo, resta esclarecer a relação que a mesma tem com o conceito de prova. Para muitos, essa verdade é utópica. Vista como inalcançável, uma vez que a reconstituição de fatos pretéritos paira no campo da impossibilidade, a verdade material é afastada do campo probatório, não merecendo prosperar como seu elemento. O pensamento exposto não parece ser, por demais, absurdo. Ora, afirmar que a prova resulta na verdade (substancial/material) é o mesmo que alegar que a prova representa *exatamente* a realidade dos fatos passados, configurando-a como uma verdade absoluta, o que, de fato, é inconcebível. Contudo, afastar a verdade do campo probatório constituiria em um erro irrefutável. O equívoco da relação verdade-prova encontra-se na posição que a verdade tem assumido na instrução probatória e até mesmo no próprio processo. Colocá-la como parte conceitual ou de resultado não surte qualquer efeito, pelo contrário, a desvia do seu sentido, uma vez que não é um fim em si mesma.

---

<sup>9</sup> FRANCESCO CARNELUTTI, *La Prova Civile*, 1947, p.32. *Vide*: JUAN MONTERO AROCA, *La Prueba...*, 1996, p.27; JOÃO DE CASTRO MENDES, *Manual de Processo Civil*, 1963.

<sup>10</sup> LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Processo de Conhecimento*, vol. 2, 2012, p.34.

Todavia, se a tivesse como diretriz processual a ser seguida, estar-se-ia diante de um maior comprometimento com a elucidação do caso concreto e, por conseguinte, com a segurança jurídica processual. Assim, a prova não se restringiria à preocupação de reproduzir os fatos ocorridos nem ficaria presa à verdade, mas tão somente buscaria nela a condição necessária para se alcançar uma sentença justa (como restará demonstrado posteriormente).<sup>11</sup>

Logo, conclui-se que a prova tem como objeto mediato os fatos e, como objeto imediato, a demonstração dos mesmos, como bem acentua o art. 513º do Código de Processo Civil Português (CPC/PT). Ademais, cabe ressaltar que, na medida em que se busca demonstrar a realidade dos fatos, há reflexo direto na constatação da veracidade de uma alegação e, por conseguinte, na aproximação com a verdade (interesse probatório e processual).

### **1.2.1 Fatos notórios**

Os fatos notórios são aqueles conhecidos por um determinado grupo social em decorrência de uma cultura própria, levados em consideração no momento em que é produzida a decisão judicial. Essa notoriedade não precisa ser conhecida de todas as pessoas, muito menos das pessoas que ocupam o mesmo espaço geográfico de onde se a extrai, bastando que seja conhecida de um grupo social específico que partilhe da mesma cultura.<sup>12</sup> No processo civil, os fatos notórios serão assim considerados de acordo com os sujeitos do litígio, ou seja, serão ditos notórios os fatos cuja esfera social envolva as partes e o juiz da causa.<sup>13</sup>

A afirmação da notoriedade difere-se da afirmação do fato, esta constitui pressuposto básico para a existência daquela. Destaca-se que, uma vez afirmado o fato por uma parte, o juiz poderá reconhecer de ofício sua notoriedade. Ademais, caso a parte contrária se silencie diante da alegação de notoriedade, o fato configura-se como incontroverso e, conseqüentemente, a produção de prova sobre o mesmo é dispensada.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> GIAN ANTONIO MICHELI e MICHELE TARUFFO, *A Prova*, 1979, p.168.

<sup>12</sup> JUAN MONTERO AROCA, *La Prueba en el Proceso Civil*, 2012, pp.87-88.

<sup>13</sup> JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 2, 2008, p.428. Nesse mesmo sentido: MANUEL AUGUSTO DOMINGUES DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, 1979, p.195.

<sup>14</sup> FREDIE DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil*, vol.2, 2012, p.46.

Assim, a notoriedade nada mais é do que uma circunstância acessória que independe de prova. Todavia, quando a notoriedade for afastada da sua característica acessória, passando a configurar como suposto fático para a aplicação de uma determinada norma jurídica, deverá ser provada.<sup>15</sup>

### **1.3 Finalidade**

A finalidade da prova consiste em conhecer o que se pretende alcançar com a sua prática ou até mesmo o resultado que irá propiciar ao processo. Conforme debatido excessivamente pelos estudiosos, é indubitável que a prova no processo civil visa formar a convicção do juiz a respeito dos fatos alegados.

### **1.4 Destinatário**

Partindo do pressuposto de que a finalidade das provas é o convencimento do magistrado, por óbvio faz deste o seu destinatário, independentemente de quem seja o sujeito responsável pela produção.

### **1.5 Classificação da Prova**

A classificação da prova é bastante diversificada no processo civil, sendo interessante verificar que já se inicia na própria origem, dividindo a prova em dois aspectos: legal e doutrinária. A classificação que decorre da lei apresenta os tipos (espécies) de provas que a codificação estabelece, levando em consideração o meio de prova utilizado, tais como a prova por presunções, a prova documental e a prova por confissão. A doutrina, por sua vez, utiliza-se de outros critérios para estabelecer sua classificação, dos quais alguns merecem destaque, como veremos a seguir.

#### **1.5.1 Quanto à preparação**

Costuma-se diferenciar as provas conforme o período em que foram elaboradas, podendo ser divididas em provas pré-constituídas e provas constituídas (casuais ou simples). Estas são aquelas provas produzidas durante o

---

<sup>15</sup> JUAN MONTERO AROCA, *La Prueba en el Proceso Civil*, 2012, p.90. Vide também ROLAND ARAZI, *La Prueba en el Proceso Civil*, 2008, p.54.

processo, com a finalidade de compor a instrução do mesmo para demonstrar o fato alegado pela parte. As provas pré-constituídas, por sua vez, são aquelas preexistentes ao processo, ou seja, a sua produção ocorre antes mesmo do surgimento da demanda, sendo necessário para sua inserção na causa apenas ajustar a forma e o momento. Fazem parte dessa espécie as provas *ad perpetuam rei memoriam*, que são as constituídas antecipadamente “por receio de se tornar impossível ou muito difícil sua produção no momento normal e tempestivo da instrução (art. 520º)”<sup>16</sup>.

Há ainda quem acredite existir um terceiro tipo de prova quanto à preparação. Denominadas de *provas compostas*, sua característica principal reside na dependência dos meios de prova — isto é, para a demonstração de um fato, é necessário que haja uma harmonia entre diversos meios de provas, tendo em vista que, isoladamente, isso não seria possível.<sup>17</sup>

### **1.5.2 Quanto ao objeto**

As provas podem ser diferenciadas de acordo com o objeto que apresentam, podendo ser indiretas ou diretas. As primeiras relacionam-se com a percepção psicológica do julgador, que, através do fato apresentado, poderá extrair deduções acerca do fato a ser provado. São consideradas como provas de 2º grau ou de grau ulterior, pois não representam diretamente o fato que se deseja provar, mas tão somente constituem um indício deste ou representa outro fato.<sup>18</sup>

Com a definição de prova indireta, mais fácil fica compreender a prova direta, que nada mais é do que a conexão entre a percepção própria do magistrado (e não psicológica) com o fato que se deseja provar.

### **1.5.3 Quanto à estrutura**

Relaciona-se com a fonte utilizada para convencer o julgador, que pode ser real ou pessoal. Como a própria denominação já denuncia, as provas reais são aquelas em que se tem por objeto da prova uma coisa (*res*), enquanto as provas

---

<sup>16</sup> ANTUNES VARELA, *Manual de Processo Civil*, 2004, p.441.

<sup>17</sup> FREDIE DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil*, 2012.

<sup>18</sup> MANUEL AUGUSTO DOMINGUES DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, 1979, pp.209-210.

pessoais são caracterizadas por terem uma pessoa como responsável por “*fazer fé dos fatos afirmados*”<sup>19</sup>.

#### **1.5.4 Quanto à forma**

As provas podem ser ordenadas levando-se em consideração o modo pelo qual se apresentam. Assim, podem ser classificadas como testemunhal ou oral, documental e material. Implicam na afirmação feita por uma pessoa via oral, por escrito ou gravada e extraída de uma coisa.

#### **1.5.5 Quanto ao modo de apreciação**

As provas podem ser apreciadas de forma legal ou livre. Nas provas legais, a apreciação do magistrado ocorre de acordo com os critérios legais estabelecidos, obedecendo uma tabela fixa. Enquanto nas provas livres o julgador goza de uma certa liberdade que o assegura a apreciar as provas conforme a sua convicção.<sup>20</sup> Esta classificação será melhor abordada posteriormente.

### **1.6 Princípios Relativos da Prova**

#### **1.6.1 Necessidade da prova**

Esse princípio implica a necessidade que o fatos alegados e relevantes têm de ser provados pelas partes ou pelo juiz, para que este, com fulcro nas provas apresentadas no processo, possa encontrar uma resolução para a lide.<sup>21</sup> Logo, a ausência da demonstração desses fatos inviabiliza a concretização da justiça e compromete a imparcialidade do magistrado.

---

<sup>19</sup> FREDIE DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil*, 2012.

<sup>20</sup> MANUEL AUGUSTO DOMINGUES DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, 1979, pp.208-209.

<sup>21</sup> DEVIS ECHANDIA, *Teoria General de la Prueba Judicial*. Tomo I, 1974, p.115.

### **1.6.2 Igualdade das partes**

O art. 3º-A do Código de Processo Civil Português versa sobre o princípio da igualdade das partes. Através desta norma, é dado tratamento igual às partes durante todo o desenvolvimento do processo, com fulcro em uma igualdade substancial, ou seja, devem possuir as mesmas faculdades, os mesmos meios de defesa, bem como dispor de iguais sanções ou cominações processuais.<sup>22</sup>

O princípio supracitado visa assegurar que as partes assumam uma posição de igualdade na demanda, impedindo que o magistrado promova qualquer distinção, sob pena de restar comprometido o processo. Essa preocupação tem o cunho de evitar que uma das partes seja prejudicada por um tratamento desigual realizado pelo juiz.<sup>23</sup>

### **1.6.3 Contraditório**

O princípio do contraditório encontra-se previsto no nº 1º, art. 3º do Código de Processo Civil Português, assim como em diversos outros dispositivos do mesmo diploma, a exemplos dos arts. 517º (audiência contraditória), 521º, nº 2º, I parte (notificação do réu) e 645º, nº 2º (depoimento de terceiro).

Considerado um dos pilares processuais, este princípio fundamental implica na manifestação de uma parte sobre toda conduta realizada pela parte contrária, a fim de contrapor os resultados, valores e efeitos obtidos.<sup>24</sup> Destaca-se que por muito tempo apenas esse sentido de defesa — ainda válido — vigorava no princípio contraditório, contudo, houve a necessidade de se adotar uma visão mais ampla cujo escopo volta-se para a influência.

Assim, o princípio do contraditório não mais se resume à discussão dialética do processo, mas se destina a garantir que as partes possam, em igualdade de oportunidades, influenciar todos os elementos relacionados ao objeto da causa, independentemente da fase processual em que apareçam, desde que

---

<sup>22</sup> MANUEL AUGUSTO DOMINGUES DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, 1979, pp.378-379.

<sup>23</sup> MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Processo Civil*, 2000, p.52. Vide também: MANUEL AUGUSTO DOMINGUES DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, 1979, pp.378-379.

<sup>24</sup> ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, *Temas da Reforma do Processo Civil*, vol.1, 2010, p.75.

sejam indispensáveis para decisão.<sup>25</sup> Aqui, percebe-se, claramente, a incidência do princípio da igualdade sobre o contraditório.

Nenhuma providência poderá ser tomada contra uma pessoa, seja parte ou terceiro, sem que a esta tenha sido dada a oportunidade de se manifestar, assim como o juiz está impossibilitado de decidir quaisquer questões de fato ou de direito sem a prévia oitiva das partes sobre essas mesmas questões.<sup>26</sup>

Analisando o princípio em tela sob a perspectiva probatória, significa que, além das partes gozarem dos mesmos meios de prova capazes de influenciar na apuração da realidade dos fatos, devem, ainda, ter assegurada a possibilidade de se pronunciarem sobre as provas produzidas por si, pelo adversário e pelo juiz.

O princípio do contraditório é imprescindível para o cumprimento da tutela jurisdicional. Sua inobservância, por possuir impacto relevante na decisão da causa, gera a nulidade processual (art. 201º, nº 1º, Código de Processo Civil Português).

## 1.7 Direito à Prova

O direito à prova não pode ser compreendido *ipsis litteris*, ou seja, não implica um direito colocado à disposição das partes para que estas apresentem toda e qualquer prova no processo a fim de provocar o convencimento do magistrado. Ao contrário, seu alcance é amplo, consistindo no: a) direito das partes em alegar fatos no processo; b) direito de provar a existência ou inexistência desses fatos; c) direito de participar na produção das provas; d) direito de valoração das provas pelo magistrado; e) direito do contraditório, quer seja das provas deduzidas pelas partes ou trazidas oficiosamente pelo juiz; f) direito das partes à aquisição das provas admitidas. Para fins do estudo das provas ilícitas, merecem destaque os três últimos desdobramentos do direito à prova. A valoração das provas e o contraditório serão abordados em momento oportuno, cabendo agora apenas tecer alguns comentários acerca da admissibilidade.

Insta alinhar que, o direito à prova, como todo direito fundamental, não pode ser compreendido de forma absoluta, principalmente no que diz respeito aos seus meios e admissões. Desta feita, o direito em tela está sujeito a sofrer limitações face a outros direitos, em especial os direitos fundamentais. Ao determinar a

---

<sup>25</sup> JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil: Conceito e Princípios*, 2009. pp.108-109.

<sup>26</sup> REMÉDIO J.P. MARQUES, *Ação Declarativa à Luz do Código Revisto*, 2007, p.153.

inadmissibilidade de um meio de prova, não há o intuito de incidir sobre a pretensão das partes, até mesmo porque permite-se que se utilizem de outros meios para fundamentarem os fatos alegados. Contudo, as restrições serão absolutas quando as partes dispuserem apenas de uma única prova para embasarem a sua pretensão. Em determinadas circunstâncias, os limites ao direito à prova acabam por resultar na exclusão da própria prova, ocasionando, assim, uma lesão ao direito das partes. Desse modo, as limitações apresentam um risco negativo às partes e, por isso, não são presumidamente justificáveis, necessitando de razões especiais e relevantes para serem impostas.

A sociedade não estagna com o passar dos tempos, ao contrário, vive em constante modificação e, diante disso, a ciência jurídica precisa se renovar, bem como se adequar à realidade a qual se destina. Assim, ao passo que se afirma que a própria ciência do direito sofre alterações, o processo e, por sua vez, os elementos que o compõem, como o probatório, também devem se adaptar aos novos fatos sociais encontrados.

### **1.7.1 Direito à prova e direito de ação**

Antes da sua constitucionalização, o direito de ação era entendido, exclusivamente, como a possibilidade de se formular uma demanda. No entanto, diante das transformações jurídicas, principalmente no âmbito da interpretação, em que se busca uma dedução mais condizente com a realidade vivida, o direito em tela passou a ser visto sob uma nova perspectiva. Redefinido num contexto de efetividade e trato equitativo, o direito de ação compreende não só o acesso inicial ao tribunal, mas também a garantia de uma tutela efetiva e justa.

Elemento fundamental do acesso à justiça, a referida tutela se concretiza com a viabilidade de as partes desfrutarem de todos os direitos processuais que lhe são cabíveis, dentre os quais destacam-se o direito à prova e o direito ao contraditório. Outrossim, há de ressaltar que o gozo desses direitos deve ser feito com fulcro na igualdade<sup>27</sup> para que então a equitatividade aconteça.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> A *igualdade* aqui suscitada deve ser compreendida de forma ampla, ou seja, incide desde a responsabilidade do Estado em fornecer um patrono à parte que não se encontra em condições econômicas para contratar um por conta própria até a igualdade de oportunidades em cada fase do processo (ex.: fase probatória).

<sup>28</sup> MICHELE TARUFFO, *Justicia Civil*, 2009, p.33.

Desta feita, percebe-se que, sob a ótica probatória, o direito de ação não só assegura às partes o direito à produção de prova dos fatos alegados, como também as concede a utilização de iguais “armas” para defender seus interesses, garantindo o comprometimento com a segurança processual e evitando uma decisão injusta.

### **1.7.2 Direito comparado: direito à prova nos diversos ordenamentos jurídicos**

A prova, conforme afirmado no tópico anterior, é elemento indispensável para a realização de uma tutela efetiva e justa. Para alcançar um perfeito funcionamento da cadeia procedimental, é imprescindível que a fase probatória tenha se exaurido corretamente, ou seja, tenha desempenhado o papel para qual se propôs. Para vislumbrar melhor a referida importância da prova no processo, basta pensar que toda e qualquer decisão judicial deve estar amparada nos fatos alegados e provados no processo.<sup>29</sup>

Pela sua significativa relevância no direito como um todo, o direito à prova ganha *status* constitucional em diversos países, em especial nos Estados Unidos, na Alemanha, na Suíça, na Itália, na Espanha, em Portugal e no Brasil. Assim leciona Joan Picó I Junoy<sup>30</sup>:

El derecho a la prueba aparece recogido por primera vez en la constitucionalismo español em la actual Carta Magna de 1978. Los Textos Fundamentales históricos contienen referencias a otros derechos de naturaleza procesal, como el derecho al proceso debido, al juez natural o legal o a la defensa, omitiendo toda alusión al derecho objeto de análisis. Lo mismo sucede con los textos constitucionales de nuestro entorno jurídico-cultural, como la Constitución Italiana de 1947, la Ley Federal de Bonn de 1949, o las recientes constituciones portuguesa de 1976, y andorrana de 1993.

A constitucionalização do direito à prova no ordenamento jurídico norteamericano se deu através de uma decisão judicial, respeitando as características do sistema *Common law* (regulamentação através de decisões dos tribunais, e não por atos legislativos) que vigora no país. A relação do direito de agir e de se defender em juízo concedeu às partes a possibilidade de se utilizarem de meios idôneos para demonstrarem os fatos declarados e influenciarem no convencimento do julgador.

---

<sup>29</sup> FREDIE DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil*, 2012, p.17.

<sup>30</sup> JOAN I JUNOY PICÓ, *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*, 1996, pp.13-14.

Dessa forma, o direito probatório tornou-se aspecto fundamental do devido processo legal.

Na Alemanha, o direito fundamental à tutela jurisdicional encontra respaldo na Lei Fundamental de Bonn de 1949. O art. 19.4 do referido diploma versa sobre o direito que todo cidadão tem de obter justiça e ainda proclama expressamente a proibição de fazê-la com as próprias mãos. Portanto, a dita norma é, sem dúvida, a fonte de onde jorra o direito à prova no direito alemão.

Já na Suíça o direito à prova é tido como direito público, com fulcro no art. 4º da sua Constituição, dispositivo legal que se refere à igualdade. Ainda do mesmo preceito, a doutrina e jurisprudência local conseguem extrair, dentre outros direitos, o direito de ser escutado antes da decisão judicial, bem como o direito de exprimir-se, ambos relevantes por constituírem a garantia processual essencial ao conceito do direito probatório.

No ordenamento jurídico italiano, por sua vez, o direito à prova passou a ser reconhecido constitucionalmente após interpretações doutrinárias e jurisprudenciais do artigo 24 da Constituição de 1947, que versa sobre o direito de defesa. Constata-se que o pensamento doutrinário sofreu forte influência da Corte *Costituzionale*, passando a admitir o direito à prova como corolário das garantias constitucionais processuais.

No direito espanhol, diferentemente dos ordenamentos anteriores, o direito à prova não é abstraído de outros direitos, pelo contrário está expressamente previsto no artigo 24, nº 2 da Constituição. O legislador assegura, direta e explicitamente, a todos o direito de utilizar-se dos meios de prova necessários para garantir a sua defesa.<sup>31</sup>

Em Portugal, o direito à prova pode ser extraído do art. 20.1 da CRP, o qual trata da garantia à tutela judicial e a defesa. Inspirado nos moldes dos direitos alemão e italiano, o ordenamento jurídico português, a partir da Ac. TC nº 86/88, também passa a reconhecer o direito à prova “como manifestação essencial da garantia de ação e defesa”<sup>32</sup>.

No direito brasileiro, o direito à prova era consagrado antes mesmo da Magna Carta de 1988, através de posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários. Mas reconhece-se que o grande marco se deu com a vigência do referido diploma,

---

<sup>31</sup> CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA.

<sup>32</sup> ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, 1998. p.69.

que, além de assegurar, expressamente, a garantia da ação, do contraditório e da ampla defesa (suporte legal para o direito à prova), concedeu outras formas para resguardar o direito à prova no rol dos direitos e garantias fundamentais, tais como a adoção do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88)<sup>33</sup> — que corresponde ao *due process of law* norte-americano — e a possibilidade dos direitos fundamentais implícitos (art. 5º, §2º, CF/88). Este último destaca-se por aceitar direitos fundamentais advindos de tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte — neste caso, o direito à prova admitido na Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica) é considerado um direito fundamental.<sup>34</sup>

De acordo com o exposto, conclui-se que o direito à prova encontra-se amparado nos principais ordenamentos jurídicos do mundo. Esse respaldo reforça a sua relevância no âmbito processual e a credita como elemento essencial para se obter uma sentença justa.

## **1.8 O Papel do Juiz no Sistema Probatório**

### **1.8.1 Poder instrutório do juiz: considerações iniciais**

O Estado Liberal que vigorava no século XIX, caracterizado pela intervenção estatal mínima nas relações privadas, tinha reflexo direto no processo, em especial na figura do juiz. Como representante do Estado, o magistrado era colocado numa posição de inércia, cuja atuação dependia da provocação das partes, sendo a sua intervenção a menor possível.<sup>35</sup> Esse domínio das partes no processo abriu espaço para que o princípio do dispositivo predominasse. Assim, o juiz era um mero espectador, ao qual apenas cabia acolher o material probatório sem ter qualquer iniciativa sobre o mesmo; restringia-se a aplicar a lei ao caso concreto, figurando como uma verdadeira máquina processual. Durante esse momento, não havia a preocupação com a busca da verdade real e muito menos com a justiça. O processo contentava-se em ser instrumento para resolução de conflitos. Admitia-se a verdade ficta (formal), mesmo se o resultado fosse benéfico para quem não tivesse razão. O processo era visto como um jogo em que as partes

---

<sup>33</sup> “Abrangência da cláusula constitucional do ‘*due process of law*’, que compreende, dentre as diversas prerrogativas de ordem jurídica que a compõem, o direito à prova”. STF, RMS nº 28.517, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01.08.2011, DJe 04.08.2011.

<sup>34</sup> EDUARDO CAMBI, *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*, 2001, p.163.

<sup>35</sup> JOÃO BATISTA LOPES, *A Prova no Direito Processual Civil*, 2002, p.72.

tinham como única preocupação sair vencedoras através do convencimento do magistrado.

Após a Revolução Francesa, sustentada nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, o Estado passou de Liberal para um *status* Social, cuja característica residia em tutelar os interesses da sociedade, tornando-se, dessa forma, um guardião do bem-estar social. O processo, por sua vez, teve que se adequar aos novos ditames apresentados, e, para isso, vislumbrou-se que a ótica privatística vigente já não era mais satisfatória. Houve, então, uma publicização do processo, na qual a função pública ganhava destaque; o processo não mais servia apenas como um meio de resolução de conflitos dos litigantes, mas era voltado para a ordem pública, atuando como mecanismo de manutenção da paz social e preservação do interesse coletivo. Nesse novo quadro instaurado, é evidente que a posição do magistrado clamava por uma mudança; dentro de um processo comprometido com a busca da verdade real e da justiça, não cabia mais um juiz inerte e passivo. Nesse momento, em contraposição ao modelo dispositivo nascia o modelo inquisitorial, marcado pela participação direta do magistrado nas fases processuais, dentre as quais se destaca a probatória. O magistrado, então, passou a receber maiores poderes dentro da demanda, podendo agir sem provocação.

A semelhança entre os dois modelos encontra-se no radicalismo adotado. Enquanto por um lado o julgador não merecia quaisquer poderes, limitando-se a atuar como um aplicador da lei (dispositivo); por outro tornara-se detentor de amplos poderes, intervindo sempre que achasse conveniente, sem depender das partes para isso.

Atualmente, a iniciativa probatória do magistrado, consiste na direção da fase instrutória. Abarca desde a possibilidade de o mesmo requisitar, *ex officio*, as provas necessárias para a instrução do processo até a viabilidade de intervir naquelas que já foram apresentadas pelas partes. Essa iniciativa tem como pilares principais o princípio da busca da verdade real e o do acesso à justiça.

Diante dessa nova perspectiva processual, questiona-se qual a melhor posição adotada pelo magistrado em matéria probatória? Considerando o radicalismo que assola os dois modelos apresentados e a conseqüente insegurança gerada pelos mesmos, surge uma opção mais adequada, amparada no princípio da cooperação. Caracterizado pela colaboração entre as partes (juiz e litigantes), o terceiro modelo rege-se pelo equilíbrio e sensatez ausentes nos modelos anteriores.

Por meio da cooperação, o magistrado e as partes, na investigação judicial, encontram-se numa posição de igualdade cuja finalidade é a eficaz prestação da tutela jurisdicional. Preserva-se a imparcialidade do julgador, que apenas interferirá quando for necessário, e não mais quando achar conveniente. Há até quem afirme tratar-se de uma atuação meramente supletiva ou complementar, isto é, só diante de uma dúvida ou perplexidade quanto à prova apresentada nos autos é que o magistrado poderia determinar providências para sua complementação.<sup>36</sup> Aqui a parte vencedora passa a ser aquela que tem a razão, aquela que tem amparo no direito material.

Destaca-se que a terceira opção mencionada linhas atrás é, tão somente, a adaptação do próprio princípio dispositivo à realidade encontrada, concedendo-lhe uma visão modernista e ponderada. Assim, o terceiro modelo de outrora não passa de uma reformulação do princípio dispositivo. Ademais, insta alinhar que essa revisão não foi implementada em todos os ordenamentos jurídicos, muito menos aceita pacificamente naqueles que resolveram acolhê-la.

### ***1.8.2 Os poderes instrutórios do juiz nos sistemas jurídicos Common law e Civil law***

Antes de retratar sobre a prova nos sistemas *Common law* e *Civil law*, mister se faz tecer breves comentários acerca desses ordenamentos para entender melhor a relação dos mesmos com a fase probatória.

O *Common law* tem seus primeiros registros no ano de 1066, com a conquista normanda da Inglaterra por Guilherme II, Duque da Normandia. A referida conquista permitiu que fosse criado um governo central forte na Inglaterra, onde os tribunais possuíam jurisdição sobre todo o país. Esse domínio dos tribunais centrais fez com que suas decisões, apoiadas na tradição, no costume e nos precedentes, constituíssem um direito unificado, comum para todos, sobrepondo-se às peculiaridades locais. Hodiernamente, o sistema jurídico em tela é mais utilizado pelos países anglo-saxões, como Estados Unidos e Inglaterra, e corresponde, em suma, à busca por uma solução jurídica tendo como referência outras. Logo, o direito, nesses países, ampara-se mais na jurisprudência do que no próprio texto da

---

<sup>36</sup> MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 1980, p.309.

lei. O procedimento adotado pelos tribunais adeptos ao sistema da *Common law* é o *adversarial system*.

Por sua vez, o sistema *Civil law*, inspirado no direito romano e que vigora nos países de origem romano-gêrmanica, tais como Portugal, Alemanha, Espanha, Itália e Brasil, surgiu com o imperador Justiniano, que decidiu reunir todas as leis do continente europeu em um só código, conhecido como *Corpus Iuris Civilis*. Diferentemente do que sucede ao sistema *Common law*, o *Civil law* é caracterizado pela forma escrita e tem como fonte primordial a lei (código) que deve ser aplicada pelos juízes ao caso concreto.<sup>37</sup>

Atinente ao poder probatório do magistrado, esses sistemas jurídicos em nada se assemelham, pelo contrário, consolidam ainda mais as peculiaridades que os distanciam. Nos países que adotam o *Common law*, a iniciativa probatória fica a cargo, preponderantemente, dos litigantes. Cumpre destacar que nesse sistema jurídico predomina o princípio do dispositivo, no qual, conforme já relatado, o juiz acaba por ocupar uma posição mais discreta no processo, deixando o protagonismo para as partes. O advogado possui relevante participação, sendo considerado um fiscalizador social. Para esse sistema, um magistrado mais ativo na fase instrutória implicaria uma afronta, principalmente aos princípios da isonomia e do juiz natural (imparcialidade).<sup>38</sup>

De forma distinta operam os países regidos pelos ditames do *Civil law*, em que prevalece o princípio inquisitorial. Lembrando que aqui atribui-se cada vez mais poderes ao juiz, que detém a direção na fase instrutória. Há uma maior liberdade no que tange à produção probatória, sendo possível não só a produção *ex officio*, como também sua intervenção nas provas já produzidas pelas partes. Os adeptos desse modelo defendem-no das críticas sobre a perda da imparcialidade do juiz e acreditam que diversos são os mecanismos legais adotados para limitar essa atuação e controlar a arbitrariedade, tais como o contraditório, o convencimento motivado e o recurso.

Pode-se afirmar, ainda, que o risco de parcialidade do magistrado não paira apenas sobre ordenamentos jurídicos que adotam o inquisitório e a liberdade de apreciação das provas, mas também sobre aqueles pautados no processo dispositivo e de tarifa legal, que, de igual modo, estão suscetíveis a erros e

---

<sup>37</sup> JOÃO BATISTA LOPES, *A Prova no Direito Processual Civil*, 2002, pp.21-22.

<sup>38</sup> FREDIE DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil*, 2012, p.23.

injustiças.<sup>39</sup> Outrossim, a atuação do juiz na fase probatória assegura a igualdade substancial no processo, resultando em um equilíbrio na situação jurídica das partes, uma vez que nem sempre as mesmas dispõem das condições necessárias para provar os fatos alegados.

Ressalta-se que, independentemente do sistema jurídico vigente, não é frequente a adoção exclusiva do princípio do dispositivo ou do inquisitivo na maioria dos ordenamentos. Sua aplicação fica condicionada ao caso concreto, que irá determinar a escolha de um frente ao outro. Todavia, o poder instrutório do juiz, por maior aceitabilidade que venha tendo, ainda suscita algumas dúvidas, principalmente quanto ao seu limite.

### **1.8.3 Poderes instrutórios do juiz e as restrições probatórias**

É cediço informar que ao juiz incumbe a direção do processo, mas, para que esse controle seja efetivo, é imprescindível a sua participação, especialmente na fase probatória. Ordenamentos jurídicos diversos, como o alemão, o italiano, o português, o brasileiro e o norte-americano, estão cedendo maiores espaços para a atuação do juiz, inclusive no que tange aos poderes instrutórios. Atualmente, o que se percebe é que, independentemente do sistema vigente (*Civil law* ou *Common law*), há um avanço em relação à concessão de poderes probatórios ao magistrado. Essa evolução é pautada no interesse em adquirir um convencimento seguro acerca da veracidade dos fatos apresentados, bem como em realizar de forma efetiva e justa a prestação jurisdicional.<sup>40</sup>

A fase probatória, por ser destinada a influenciar na convicção do magistrado, também deve ser dirigida pelo mesmo, a fim de que, com a sua imparcialidade e competência, possa cumprir com os preceitos legais, atendendo às formalidades necessárias, com a lealdade, o contraditório efetivo e a igualdade entre as partes.<sup>41</sup>

Assumindo uma posição mais ativa no processo, o juiz, de acordo com a direção e o poder instrutório que lhe é confiado, fica com a responsabilidade de decidir sobre a necessidade e conveniência da produção de uma determinada prova, mesmo que esta apresente qualquer elemento passível de restrição, como a

---

<sup>39</sup> DEVIS ECHANDIA, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 1974, p.129.

<sup>40</sup> SÉRGIO LUÍS WETZEL MATTOS, *Da Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil*, 2001.

<sup>41</sup> DEVIS ECHANDIA, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 1974, p.128.

ilicitude. Nesse caso, o limite ao direito à prova não pode ser visto como empecilho aos poderes instrutórios do magistrado; pelo contrário, nessas circunstâncias esse poder deve ser ainda maior, pois a iniciativa probatória recai sobre o juiz, e não sobre a parte interessada.<sup>42</sup>

Outrossim, antes de mais nada, deve-se ter em mente que a tal responsabilidade não está sendo imposta a um ser despreparado ou mesmo um ser desprovido de boa-fé, bons costumes e de idoneidade moral, pelo contrário fala-se de um ser competente, responsável e apto a cumprir com suas obrigações atendendo ao que é ético, moral e legal; e deste ser não se espera outra postura que não a de avaliar de forma criteriosa e minuciosa a possibilidade ou não de se admitir uma prova. Ademais, se o magistrado não fosse essa figura confiável como alarmam, por que o legislador em outras oportunidades resolveu acreditar na valoração do juiz para a aplicação de determinadas normas, em especial as que são redigidas com emprego de conceitos jurídicos indeterminados, como o de “bons costumes” e o de “interesse público”?<sup>43</sup>

Para solucionar esse impasse, deverá o magistrado avaliar os valores em conflito e, só assim, se posicionar. Em caso afirmativo, determinará, *ex officio*, a vinda aos autos da prova ilícita ou a manutenção daquela já apresentada. Insta alinhar a excepcionalidade que norteia o caso. Para que o juiz usufrua desse poder, alguns requisitos (que serão abordados em momento oportuno deste trabalho) devem ser observados, sobretudo a prova em discussão deverá ser indispensável para a solução do litígio.<sup>44</sup>

Ademais, como garantir uma decisão justa quando o processo se pauta em uma prova frágil ou em prova alguma? Terá mais justiça um processo que se apoia em uma prova frágil ou em prova alguma do que aquele que se ampara numa prova obtida ilicitamente? Ao decidir acerca da produção de uma prova, não há qualquer arbitrariedade, mesmo porque o juiz não age com o pensamento de ajudar esta ou aquela parte, mas tão somente de alcançar uma prova efetiva que esclareça os fatos alegados e contribua para a formação de seu convencimento.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Poderes Instrutórios do Juiz*, 2009, p.147.

<sup>43</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas*, 2011, p.940

<sup>44</sup> JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE. *Garantia da Amplitude de Produção Probatória*, 1999, p.189.

<sup>45</sup> CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, *Curso de Direito Civil 1*, 2012, p.789.

Partindo do pressuposto de que a iniciativa probatória não é atividade exclusiva das partes, podendo ao juiz ser atribuído tal poder, os poderes instrutórios do magistrado não constituem limitações ao direito à prova. Somente irá violar esse direito quando se negar às partes princípios e direitos envolvidos, como a ausência do contraditório em relação às provas deduzidas pelo juiz.<sup>46</sup>

#### **1.8.4 Valoração das provas**

##### **a. Máximas de experiência**

As máximas de experiência, com berço no ordenamento jurídico espanhol, enquadram-se no sistema de valoração da prova. Utilizam-se do método indutivo cuja convicção é formada com base em reiteradas situações que, diante de circunstâncias semelhantes, apresentaram os mesmos resultados. Essas situações, vivenciadas pelo juiz ao longo de sua vida profissional, social e prática, o fizeram aprender a interpretar certos acontecimentos.

Através da experiência adquirida, o juiz pode afirmar sobre a existência ou não de um fato a se provar. Por exemplo, de acordo com o comportamento ou as expressões faciais das partes ou das testemunhas, o juiz reconhecerá se os depoimentos apontam para o sentido da verdade ou não. Entre outras situações, pode-se exemplificar: se comprovada a velocidade de 120 km/h de um automóvel, o juiz, aplicando as máximas de experiência, pode concluir que, pela referida velocidade, aumenta-se o risco de acidente.

Apesar de não constituírem normas jurídicas nem meios de prova, as máximas de experiência possuem relevância processual uma vez que servem como mecanismo esclarecedor dos fatos da causa, auxiliando o magistrado na busca da verdade.<sup>47</sup> O que as caracterizam não é a quantidade de casos observados pelo juiz, mas, sim, o resultado desses casos que refletem na identificação do que comumente acontece.

Por se fazer valer da indução, as regras de experiência não se revestem de uma certeza lógica, pelo contrário, são proposições que se aproximam da verdade e que, para terem garantida a sua validade, necessitam de novas situações que apontem para o mesmo fim, sob pena de serem configuradas como falsas.

---

<sup>46</sup> TARUFFO *apud* ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, 1998. p.75.

<sup>47</sup> JOÃO BATISTA LOPES, *A Prova no Direito Processual Civil*, 2002. p.70.

Tendo em vista que o magistrado faz uso das máximas de experiência no momento de sua sentença, as mesmas não precisam ser alegadas e muito menos provadas.<sup>48</sup>

Embora pertençam ao mesmo gênero dos fatos notórios, qual seja o do “saber privado do juiz”, e sejam regidas pelo mesmo regime no que se refere à dispensabilidade de provas, as máximas de experiências e fatos notórios são institutos completamente diferentes.<sup>49</sup> Enquanto as máximas de experiência preocupam-se com a operação mental do juiz, os fatos notórios voltam-se para os acontecimentos de conhecimento geral, ou seja, todas aquelas pessoas inseridas no ambiente sociocultural do juiz, inclusive as partes, têm conhecimento sobre aquele fato.

Observa-se que as regras de experiência não podem ser ignoradas pelo magistrado, devendo ser consideradas no momento da sua decisão sempre com a devida cautela, a fim de não restar prejudicado o julgamento.

#### b. Livre apreciação da prova

Em contraposição ao sistema da prova legal ou tarifada — em que há a subordinação do magistrado às regras legais impositivas ao valor probatório de cada prova<sup>50</sup> —, o princípio da livre apreciação da prova apoiou-se no critério da livre convicção do juiz. No entanto, a tal liberdade aqui defendida não goza de plenitude na medida em que permite-se ao legislador, em dadas circunstâncias, estabelecer um valor para determinada prova, constatando-se a presença da prova legal. Parece não ser absurdo afirmar a existência de um sistema híbrido, caracterizado pelo misto de regras e liberdade.

O fato de em um ordenamento jurídico regido pelo sistema da livre apreciação vigorarem algumas regras legais relacionadas à prova não implica o abandono daquele sistema de valoração ou a sobreposição de um ao outro. Os dispositivos legais, nesse caso específico, devem ser vistos como parâmetros para a livre valoração do magistrado, direcionando-o na sua convicção.

---

<sup>48</sup> ROLAND ARAZI, *La Prueba en la Proceso Civil*, 2008. p.57.

<sup>49</sup> JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Código de Processo Civil Anotado*, 2008. p.429. Vide também nesse sentido: FREDIE DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil*, 2012. p.56; assim como: ROLAND ARAZI, op. cit., p.57.

<sup>50</sup> FRANCISCO MANUEL LUCAS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Processual Civil*, 2010. pp.274-275.

Definido o sistema que rege a valoração das provas em processo civil, sendo a livre apreciação a regra da qual a prova tarifada é a exceção, resta saber qual o liame sustentado entre a liberdade de valoração e a liberdade de utilização da prova. Isto porque a livre apreciação pode ser compreendida sob dois sentidos, quais sejam: a valoração propriamente dita, que nada mais é do que a liberdade apenas no que tange à apreciação das provas; e valoração de forma ampla, na qual a liberdade engloba tanto a valoração como a admissão e utilização da prova.

Partindo do pressuposto de que a admissão, a utilização e a valoração da prova constituem fases probatórias distintas e que, apesar de sequenciadas e interligadas não podem ser mescladas ou suprimidas, não resta dúvida de que, ao tratar da livre apreciação da prova, o seu alcance sempre foi no sentido restrito, ou seja, sua aplicabilidade limita-se ao plano da valoração.

Ademais, como bem leciona ANTUNES VARELA<sup>51</sup>, uma coisa é saber quais os meios admitidos por lei para influir na convicção do julgador (fase da admissibilidade), outra coisa é valorar esses elementos admitidos (fase da apreciação/valoração). Por esse raciocínio, presume-se que, iniciada a fase de valoração, a prova já foi afirmada positivamente nas fases anteriores,<sup>52</sup> isto implica dizer que o exercício do poder de valoração depende do resultado da admissão e utilização da prova.

## **1.9 As Proibições de Prova**

### ***1.9.1 Proibições de prova e as restrições probatórias***

O direito, sob o ponto de vista instrumental, ou seja, mecanismo para obtenção de uma convivência social pacífica, pode sofrer algumas restrições. Estas, por sua vez, são impostas para melhor adequar o exercício do direito à vida em sociedade. É o que se observa no direito à prova, por exemplo.

No sistema probatório, em regra, preza-se pela liberdade à prova, que encontra na permissividade a possibilidade de as partes se utilizarem de todo meio de prova capaz de demonstrar os fatos (alegados) relevantes a ponto de interferirem no convencimento do magistrado. Essa máxima deve ser considerada sob a ótica da legalidade, assim as provas não encontrarão óbices ao serem admitidas no

---

<sup>51</sup> ANTUNES VARELA, *Manual de Processo Civil*, 2004, p.468.

<sup>52</sup> ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, 1998, p.104.

processo.<sup>53</sup> Entretanto, existem “zonas” no “território” da regulação probatória que tratam de normas jurídicas limitadoras, as quais, por importantes razões fundadas no ordenamento jurídico, se sobrepõem ao direito à prova.<sup>54</sup>

Assim como qualquer exceção, são necessários motivos estruturantes e legalmente previstos que justifiquem a privação probatória pretendida.<sup>55</sup> Segundo WALTER, citado por ISABEL ALEXANDRE<sup>56</sup>, devem ser observados certos requisitos (cumulativamente) para que as restrições sejam efetuadas, quais sejam: a) resguardar o interesse público; b) princípio da proporcionalidade (quando existem outros direitos que merecem uma tutela mais forte do ordenamento jurídico); c) preservar o núcleo intangível do direito à prova (garantir que as partes se utilizem de meios úteis e idôneos para demonstrarem a veracidade de suas alegações).

Acaba-se por concluir pelo provérbio, amplamente conhecido, de que o direito à prova não é absoluto, devendo ser interpretado e aplicado à luz de outros direitos, em especial os fundamentais, primando por um equilíbrio no ordenamento jurídico.

Os limites do direito à prova surgem não como manifestação da ética processual, mas principalmente para corrigir certos meios utilizados em um desfasado modelo processual alimentado pela ideia incessante da busca da verdade material. Na visão modernista, persegue-se um processo justo, que não mais admite todas as armas a fim de obter, a qualquer custo, a verdade (real). Logo, é com a finalidade de tutelar a inviolabilidade dos direitos fundamentais e de proteger esse modelo processual justo que ocorrem as restrições probatórias,<sup>57</sup> sendo estas consideradas como ponto primordial para alcançar o desejado equilíbrio.

Essas regras limitadoras, por incidirem sobre um direito fundamental (direito à prova), podem advir das próprias normas constitucionais (*restrições constitucionais diretas ou imediatas*); de reserva legal (*restrições estabelecidas por lei*) — a Constituição expressamente autoriza que uma lei o faça —; ou de limites constitucionais não escritos (*restrições não expressamente autorizadas pela*

---

<sup>53</sup> OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO, *A Ilícitude da Prova: Teoria do Testemunho de Ouvir Dizer*, 2004, p.39.

<sup>54</sup> MICHELE TARUFFO, *La Prueba de los Hechos*, 2005, p.359.

<sup>55</sup> EDUARDO CAMBI, *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*, 2001, p.173.

<sup>56</sup> ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, 1998, p.75.

<sup>57</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE *apud* ISABEL ALEXANDRE, *op. cit.*, p.48. Nesse mesmo sentido, SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *Legalidade da Prova e Provas Proibidas*, 2011, p.577.

*Constituição*), mas com a admissibilidade justificada em face da proteção de outros direitos ou bens.<sup>58</sup>

Ademais, a ampla defesa e o contraditório, em decorrência da influência exercida pela igualdade das partes em seu conteúdo substancial, corroboram a restrição ao direito à prova, tendo em vista que proporcionam às partes a utilização dos mesmos mecanismos probatórios capazes de demonstrar os fatos apresentados, situação que só se torna possível em virtude da delimitação na produção de provas.<sup>59</sup>

A limitação do direito à prova surge da observação dos princípios gerais do processo, em especial a lealdade, boa-fé, espontaneidade da prova e o respeito à pessoa humana.<sup>60</sup> Pode ocorrer em dois sentidos distintos: de forma subjetiva (incide sobre a capacidade; legitimidade; sujeitos) e objetiva (recai sobre a admissibilidade de certos meios de prova, produção e valoração da prova).<sup>61</sup>

Curiosamente, nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, as normas que versam sobre a ilicitude da prova — restrição no âmbito da admissibilidade, pois a sua existência impede a requerida produção de prova, ou seja, torna inadmissível o meio de prova<sup>62</sup> — se utilizam do mecanismo das *restrições imediatas*, pois encontram respaldo na própria Constituição (art. 5º, LVI da Constituição Brasileira e art. 32, nº 8 da Constituição Portuguesa).

Pelo exposto, pode-se extrair que as restrições ao direito à prova são a fonte da qual jorram as proibições probatórias.<sup>63</sup>

### **1.9.2 Proibições de prova**

O primeiro estudo sobre as proibições de prova se deu em 1903 com a obra de BELING (*Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess*), que abordava o tema como limitação da verdade no âmbito criminal.

<sup>58</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003. p.1276.

<sup>59</sup> CELSO BASTOS, *As Provas Obtidas por Meios Ilícitos e a Constituição Federal*, 1994. p. 44 ; JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Garantia da Amplitude de Produção Probatória*, 1999, p. 168.

<sup>60</sup> DEVIS ECHANDIA, *Teoria General de la Prueba Judicial*, 1974, p.539

<sup>61</sup> JOÃO BATISTA LOPES. *A Prova no Direito Processual Civil*, 2002, p. 169.

<sup>62</sup> OTHMAR JAUERNING, *Direito Processual Civil*, 2002, p.280.

<sup>63</sup> OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO, *A Illicitude da Prova: Testemunho do Ouvir Dizer*, 2004, p. 40.

No entanto, esse esboço não atraiu a atenção dos doutrinadores da época<sup>64</sup>, apenas ganhando destaque anos depois, com a realização do 46º Congresso de Juristas Alemães (1966), que tornou as proibições de prova como um dos temas centrais a serem debatidos.<sup>65</sup>

Corroborando a ascensão do tema da proibição da prova, houve a criação de uma norma no ordenamento jurídico alemão que estabelecia limites aos métodos de interrogatório.<sup>66</sup> A partir de então, com a relevância jurídica do tema (proibições de prova), instaurou-se a necessidade de definir o que seriam essas “proibições de provas”, a fim de delimitar seu campo de atuação.

Diversas são as expressões utilizadas para definir essas proibições, tais como “provas proibidas”, “provas inadmissíveis”, “provas ilegais”, “provas ilegítimas” e “provas ilícitas”. Apesar de aparentemente se encontrarem na mesma zona processual, cada denominação dessas possui relação direta com uma determinada fase e, por isso, não devem ser confundidas, conforme distinção a ser realizada posteriormente (Capítulo 2).

Para este tópico, basta ater-se à ideia traçada quando se fala em restrições. É impossível chegar a outra conclusão que não a função de impedimento. Este é o ponto de partida para saber qual o termo que melhor se adéqua a essa situação; só depois deve-se defini-lo. Dentre as denominações citadas acima, pode-se perceber que a que mais se aproxima é “prova proibida”, o que a faz ser base para as demais.

Conceituar e delimitar a incidência das provas proibidas está longe de ser um consenso entre os estudiosos. Contudo, considerando que o legislador adotou a acepção de *meio* para a prova, tornando-a como instrumento para averiguar os fatos alegados, a definição de GÖSSEL parece ser a mais adequada. O autor entende proibições de prova como sendo “barreiras colocadas à determinação dos factos que constituem objecto do processo”<sup>67</sup>.

As proibições de prova, sob o ponto de vista das classificações, dividem-se em: proibição de produção (“produção” em sentido amplo, abrangendo também a própria apresentação ou exibição da prova que já foi produzida, como, por exemplo,

---

<sup>64</sup> NICOLÒ TROCKER, *Processo Civile e Costituzione: Problemi di diritto tedesco e italiano*, 1974, P. 567.

<sup>65</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, 1992. p.20.

<sup>66</sup> ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, 1998, p.47

<sup>67</sup> KARL-HEINZ GÖSSEL *apud* MANUEL DA COSTA ANDRADE, *op.cit.*, p.83.

as provas pré-constituídas) e proibição de valoração (utilização). Essas classificações, pela relevância e abrangência, serão os alicerces deste estudo.<sup>68</sup>

### **1.9.3 Proibições de produção da prova**

Essa forma de limitação recai diretamente sobre o objeto da prova, quer seja um *tema*, um *meio* ou um *método*. As proibições de produção estão muito mais relacionadas com o quesito da admissibilidade do que com o da (im)possibilidade de valoração de certa prova.

a) Proibição de temas: É dito assim quando o próprio conteúdo/fato a ser provado impede a sua demonstração (ex.: art. 554º, nº 2 CPC/PT).

b) Proibição de meios: Essa forma de proibição é determinada quando a utilização processual de certo meio de prova viola outros direitos passíveis de tutela. Para esse tipo de proibição, não há, ainda, no direito processual civil português, uma pacificidade, tendo em vista a ausência de uma norma. Destaca-se por ser o ponto central da presente pesquisa, cuja discussão será realizada no capítulo final.

c) Proibição de métodos: Será considerada no processo civil sob a condição de restar caracterizada a relevância processual da ilicitude acometida na formação da prova. Está diretamente relacionada às provas que conflituam com a integridade física e moral das pessoas (ex.: art. 612º, nº 1 CPC/PT).

### **1.9.4 Proibições de valoração da prova**

As proibições de valoração da prova relacionam-se com a possibilidade de uma prova proibida ser apreciada e utilizada pelo magistrado para influenciar (fundamentar) a sua decisão. Aqui, não cabe mais se preocupar com a admissibilidade da prova, parte-se do pressuposto de que a mesma já se encontra nos autos aguardando apenas o posicionamento do juiz quanto à possibilidade de

---

<sup>68</sup> KARL-HEINZ GÖSSEL, *As Proibições de Prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha*, 1992, p.399. Vide também ISABEL ALEXANDRE, op. cit., p.52. Ainda nesse sentido: MANUEL DA COSTA ANDRADE, op. cit., p.90; e FREDIE DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil*, 2012, p.32.

sua avaliação. Essa espécie de proibição subdivide-se em *proibições de valoração dependente* e *proibições de valoração independente*.

a) Proibição de valoração dependente: Por essa forma de proibição, entende-se que somente não será aproveitada ou utilizada uma prova caso esta tenha sido proibida em sua produção, ou seja, a proibição de produção da prova é condicionante para que haja a proibição de valoração. Assim, o resultado obtido de forma ilegal, através de prova proibida na sua produção, não poderá ser apreciado.

b) Proibição de valoração independente: A proibição de valoração independente, como o próprio nome já diz, implica a desvinculação da proibição de valoração da proibição de produção da prova. Isto é, os impedimentos quanto à valoração podem incidir até mesmo naquelas provas que não possuam normas proibitivas de produção. Essa forma de proibição, no processo penal, tem obrigação de ser, especialmente naquelas situações em que a prova tenha sido obtida mediante violação de direitos fundamentais. Já no processo civil, considerando que as restrições à admissibilidade de temas, meios e métodos (proibição de produção) tanto podem ser encontradas na norma legal como na constitucional, as proibições de valoração independente acabam por ter sua incidência basicamente restrita a duas situações: a) quando as partes ou terceiros, em consonância com o exercício do direito que lhes é devido, não prestam informações, não se submetem a exames ou não entregam documentos; e b) quando, através de um meio de prova legalmente realizado, obtêm-se informações não relacionadas com o fato objeto da investigação.<sup>69</sup>

### **1.9.5 Proibições de prova e as regras de exclusão**

Visando à celeridade processual e à diminuição dos inúmeros processos constantes nos tribunais americanos, o legislador optou por adotar, no ordenamento jurídico, a regra da admissibilidade dos meios de prova considerados relevantes. A exceção, nessas circunstâncias, somente se torna possível mediante uma regra própria de exclusão, que pode ser dividida em dois grupos: a) proibição de

---

<sup>69</sup> ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, 1998, pp.61-62.

determinados fatos, através de certos meios de prova; e b) proibição de determinados fatos, independentemente do meio utilizado.

Há diversos interesses envolvidos na exclusão de certos meios de provas, dentre os quais o de salvaguardar as declarações prestadas, preservar o sigilo profissional decorrente das comunicações entre as partes e seus conselheiros jurídicos, entre outros.

Apesar de, aparentemente, algumas regras de exclusão realizarem funções peculiares das proibições de provas, esses elementos limitadores não podem ser confundidos. A distinção entre ambos consiste no seio da busca da verdade, tendo em vista que para algumas proibições de prova essa limitação constitui apenas uma característica, enquanto para algumas regras de exclusão, aparece como um objetivo. Ademais, distanciam-se, ainda, pelo tratamento adotado em relação às provas obtidas por violação ao direito material, pois no ordenamento angloamericano, diferente dos demais, vigora a admissibilidade das mesmas.

## CAPÍTULO II DAS PROVAS ILÍCITAS

### 2.1 Do Conceito das Provas Ilícitas

É no campo instrutório que as provas ilícitas se manifestam. Embora não considerada uma novidade no sistema processual, a prova ilícita merece uma atenção especial não só pelas peculiaridades que apresenta, mas principalmente pelas discussões doutrinárias que gera.

Diante de um estudo, é imprescindível definir o conceito e a delimitação do que se pretende abordar. Por isso, antes de examinar o cerne do problema da presente pesquisa, necessário se faz conceituar a ilicitude nos meios de prova, bem como o seu alcance.

A legislação processual não traz em si mesma um conceito próprio de ilicitude, cabendo à doutrina o papel de esclarecer esse lapso. Para isto, debate-se se os fenômenos processuais se aproveitam dos conceitos advindos da doutrina civilista — que designam as provas ilícitas como atuações contrárias à lei — ou se resolvem isoladamente. A doutrina moderna acredita que, por se tratar de princípio geral, a definição de ilicitude é uma só para todo o ordenamento jurídico, afastando, assim, qualquer eventual distinção entre os ramos do direito (material e processual).<sup>70</sup>

De acordo com RICCI, citado por ISABEL ALEXANDRE<sup>71</sup>, a ilicitude da prova pode apresentar-se em três sentidos: em relação às a) *provas constituendas*; b) *provas pré-constituendas*; c) *provas constituendas e pré-constituendas*.

A classificação estabelecida impede uma interpretação equivocada de que as provas constituídas, por terem sido firmadas durante o processo, somente estariam relacionadas à violação de ordem processual, enquanto as provas pré-constituídas, por sua razão de ser, estariam associadas exclusivamente à transgressão de norma material.

É completamente possível se deparar com situações em que provas constituídas violam normas de direito material, como, por exemplo, o caso de uma testemunha ter sido constrangida a depor. De igual modo, as provas pré-constituídas podem infringir normas de direito processual, como ocorre na juntada de um

---

<sup>70</sup> VALENTÍN SILVA MELERO. *La Prueba Procesal*, 1963, pp.68-69.

<sup>71</sup> ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, 1998, p.17.

documento sem o devido respeito ao contraditório. Dessa forma, a ilicitude pode ocorrer tanto num momento pré-processual quanto após a instauração do próprio processo.

Mas quais seriam os limites dessa ilicitude? Se for seguir a classificação adotada por RICCI, tem-se que a ilicitude da prova restará configurada mediante infração de regras processuais (ilicitude em relação às *provas constituendas* na visão de RICCI) e substanciais. Tal posição, apesar de conhecida, não é a mais aceita entre os estudiosos, pois se revela um tanto ampla, sendo preferível a adoção de um conceito mais restrito.

Assim, a doutrina moderna passou a considerar provas ilícitas como sendo aquelas provas obtidas apenas por meio de violação do direito material, independentemente de a constatação da ilicitude ter ocorrido dentro ou fora da órbita processual.<sup>72</sup>

Há, ainda, quem compreenda a prova ilícita numa esfera mais limitada, qualificando-a como uma transgressão aos direitos fundamentais. Isso porque a maioria dos casos envolve uma violação a essa categoria de direitos. Todavia, apesar da veracidade da informação, não se pode olvidar que também existem conflitos relacionados a outras normas de ordem constitucional ou legal que não podem ser ignorados. Portanto, é no mínimo precipitado restringir o conceito da prova ilícita à violação de apenas uma classe de direitos específica. Assim, para fins da presente pesquisa, a definição admitida refere-se à infração de uma norma de direito material.

A ilicitude no plano material, elemento constitutivo da prova ilícita, pode se verificar nas fases de formação, obtenção, produção e utilização da prova. O desrespeito às normas materiais é mais frequente na formação; são os casos de documento obtido mediante invasão domiciliar, interceptações telefônicas e gravações de vídeos.

Observa-se que essas se diferem das demais em decorrência da espontaneidade das ações registradas, pois não sofrem qualquer intervenção forçosa para sua composição. Por mais que para alguns tal distinção seja irrelevante, não há como negar sua importância na esfera processual, cujo compromisso é a eficaz prestação jurisdicional através de uma decisão justa. Admitir

---

<sup>72</sup> ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, 1998. Vide também SUSANA HENRIQUES DA COSTA, *Os Poderes do Juiz na Admissibilidade das Provas Ilícitas*, 2006.

a insignificância dessa discriminação seria o mesmo que desprezar a diferença entre uma confissão mediante tortura e uma gravação de vídeo, que, apesar de serem provas ilícitas, possuem peculiaridades próprias.

Partindo do pressuposto de que o processo visa a uma decisão justa e que a busca da verdade encontra-se atrelada a essa finalidade, é inevitável separar uma prova maculada por possíveis inverdades decorrentes do ato ilícito que fora praticado para obtê-la daquela que, não obstante tenha sido colhida com a violação a um direito material, não teve seu conteúdo (verdade) distorcido.<sup>73</sup> O exemplo da confissão mediante tortura elucida bem essa afirmativa, pois a dor sofrida pelo depoente coloca em xeque o teor do depoimento. Por óbvio, é muito provável que o indivíduo sob tortura prefira admitir situações ou atos que não tenham ocorrido a ter que continuar a sofrer a violência a qual está sendo exposto.

Afora a espontaneidade não provoque a exclusão da ilicitude, a mesma constitui um elemento importante e que deve ser observado ao se tratar da admissibilidade de uma prova ilícita, respeitando o caso concreto e à luz da proporcionalidade. Tanto é verdade que, diante de uma testemunha coagida ou de uma confissão sob tortura, não se percebem discussões polêmicas sobre a admissibilidade, como ocorre nos casos de interceptação telefônica ou gravação de vídeo.

Corroborando esse entendimento, o Tribunal da Relação do Porto, ao julgar o Processo nº 1516/08.6PBGMR.P1<sup>74</sup>, estabeleceu a distinção entre a “*absoluta interdição da tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa e a relativa interdição na intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*”. Defendeu que, para caracterizar o segundo tipo de interdição (relativa), dever-se-á estar diante de uma intromissão ou ingerência abusiva, caso contrário terá de ser aceita, desde que se mostre uma medida proporcional e adequada entre os direitos, liberdades e garantias em geral.

---

<sup>73</sup> JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Garantia da Amplitude de Produção Probatória*, 1999, p.186.

<sup>74</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto. Processo nº 1516/08.6PBGMR.P1. Data do Acórdão: 09 de janeiro de 2013. Relator Joaquim Gomes. Votação: Unanimidade. Disponível em: <http://www.gde.mj.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/f3ee53553c2ec00680257b020040e3e3?OpenDocument> . Acesso em: 15 de fevereiro de 2014.

Ainda nesse sentido, o Tribunal da Relação de Lisboa<sup>75</sup>, utilizando-se dos ensinamentos de CASANOVA ABRANTES, assegurou em julgado recente que as provas ilícitas estão divididas conforme o tipo de violação realizada para sua obtenção. Desse modo, asseverou a existência de dois segmentos extraídos das provas ilícitas: o primeiro relacionado às provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral das pessoas, que, pela gravidade apresentada, devem ser consideradas absolutamente inadmissíveis; e o segundo referente àquelas provas que se mostrem susceptíveis de intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações e que, pelas circunstâncias de sua obtenção, devem ser tidas como relativamente inadmissíveis, tendo sua admissão que ser analisada de acordo com o caso concreto.

Essa discussão não tem o intuito de reformular o conceito de prova ilícita — permanecendo aquele que a configura como prova obtida mediante violação de direito material —, mas tão somente de ressaltar que cada prova ilícita apresenta peculiaridades e, por isso, devem ser examinadas cuidadosamente, caso a caso.

## **2.2 Distinções Necessárias**

### **2.2.1 Prova ilícita e prova ilegítima**

Os primeiros estudos sobre prova ilícita e ilegítima foram realizados por Nuvolone. Referência na distinção entre proibições de prova de ordem processual e de ordem substancial, o citado autor entendia que o elemento determinante para diferenciá-las não tinha como alicerce o diploma em que estavam previstas, como, por exemplo, o código civil ou o código de processo civil, mas, sim, a sua natureza íntima. Logo, uma proibição terá natureza processual quando sua causa estiver relacionada com os interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo; e terá natureza material quando estabelecida, essencialmente, em função dos direitos individuais, mesmo diante de uma possível relação com os interesses processuais.

---

<sup>75</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. Processo nº 1130/10.6YXLSB.L1-2. Data do Acórdão: 26 de setembro de 2013. Relatora Teresa Albuquerque. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/67ac59241f2f73e280257c5800565fcf?OpenDocument&Highlight=0,proibi%C3%A7%C3%A3o,de,prova>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2014.

Destaca-se que a violação, independentemente de ser decorrente de natureza processual ou material, constitui uma ilegalidade. Contudo, enquanto no primeiro caso é considerada como ilegítima, no segundo é ilícita.

Assim, partindo do que foi lecionado por Nuvolone e adotado atualmente pelas mais diversas doutrinas, conclui-se que prova ilegítima é aquela resultante da inobservância das normas processuais e prova ilícita é a obtida com violação de direito material; sendo ambas pertencentes ao gênero de provas vedadas.

### **2.2.2 Prova ilícita e prova imoral**

Antes de tecer qualquer distinção entre prova imoral e ilícita, necessário se faz conhecer um pouco sobre a relação entre a moral e o direito. A definição de moral está intimamente ligada aos costumes. Pode-se conceituá-la como conjunto de conduta ou comportamento adquirido e destinado a um grupo determinado.

LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO<sup>76</sup>, citando KELSEN, leciona que o direito tem como essência a moral e conclui que nem toda moral é direito, mas tudo o que é direito deve respeitar a moral, deve ter a mesma sintonia que a moral. Ainda acrescenta, o referido autor, que a conduta prevista nas normas jurídicas, proibitivas ou não, são regidas pelas regras da moral e, portanto, o que for contrário à moral não pertence ao campo jurídico.

A relação entre direito e moral vai além de considerar o direito parte da moral. Ambos se correlacionam com a ética, disciplina filosófica que se limita a estudar e regular o comportamento do homem em sociedade. É por meio da ética que se estabelecem os preceitos jurídicos aos quais o julgador encontra-se vinculado, devendo aplicá-los segundo os padrões vigentes.

Se a moral é tida como elemento de manifestação da dignidade e honestidade, à imoralidade cabe o comportamento desonesto, malicioso e antiético. Assim, por prova imoral entende-se aquela que tem em seu âmago a deslealdade e a indecência.

Para ilustrar a presença da imoralidade no campo probatório, citam-se os seguintes casos: pai que grava uma suposta conversa sua com seu filho menor cuja probabilidade de indução (manipulação) é bastante considerável; e testemunha que

---

<sup>76</sup> LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, *Gravações Clandestinas e Ambientais no Processo Civil: As Provas Imorais*, 2011, p.1015

exige dinheiro para depor. É inquestionável que esses tipos de prova desrespeitam as premissas morais e, por isso, não devem ter espaço na seara jurídica, restando-lhes apenas a exclusão e inadmissão processual.

Percebe-se que, diferentemente do que sucede com a prova ilícita, na qual a ilegitimidade moral lhe é extrínseca, na prova imoral a imoralidade alcança a própria essência do meio de prova.

### **2.2.3 Prova ilícita e prova inadmissível**

A prova inadmissível é aquela que, por alguma razão, não pode ser aceita no processo. Tal prova não se vincula ao subjetivismo do magistrado, pelo contrário, sua condição é determinada por diversos elementos que independem da participação do juiz, como, por exemplo, uma expressa proibição legal ou um requerimento apresentado fora do prazo. Por não permitir a livre apreciação, a prova inadmissível é considerada por alguns espécie ou subespécie da prova ilegal.

A insignificância processual de uma prova não é critério suficiente para configurá-la como inadmissível. Esclarece-se que, muito embora também deva ser rejeitada pelo juiz, a prova desnecessária tem como motivo impeditivo a sua inutilidade para a resolução da lide. Já a prova inadmissível se serve de outras causas que não permitem seu ingresso no processo.

A distinção entre prova ilícita e prova inadmissível se assenta, principalmente, no momento de incidência. Como mencionado linhas atrás, a prova inadmissível corresponde à possibilidade de um determinado meio de prova ser admitido ou não no processo, vislumbra-se aqui um juízo de oportunidade, enquanto a prova ilícita, por ser fruto de um ato ilícito que tenha acontecido dentro ou fora da esfera processual, paira na valoração do direito material quanto ao modo de obtenção ou utilização da prova.

### **2.2.4 Prova ilícita e prova atípica**

Para estabelecer diferenças entre prova ilícita e prova atípica, é importante que primeiro se tenham breves comentários sobre os meios de prova.

Meio de prova, em suma, é o instrumento através do qual um ato pode ser provado. Divide-se em meios de prova típicos e atípicos. Serão considerados

típicos aqueles que encontrem expressa previsão legal, tais como a prova documental, pericial e testemunhal. Ao passo que os meios de prova atípicos, como o próprio nome determina, não dispõem de previsão no ordenamento jurídico.

Sobre provas atípicas, a doutrina espanhola reserva suas divergências. Tanto há defensores da admissibilidade de outros meios de provas não previstos em lei como há patronos que condenam esse posicionamento por crerem se tratar de *numerus clausus* a norma que dispõe acerca dos possíveis meios de provas (*artículo 299.1* da Ley de Enjuiciamiento Civil - LEC). Defronte o conflito mencionado, o posicionamento adotado pela corrente majoritária espanhola, inclusive por AROCA<sup>77</sup>, merece ser compartilhado.

A LEC determina, em seu *artículo 299.3*<sup>78</sup>, a possibilidade de outros meios de prova não previstos expressamente serem admitidos no processo, desde que sejam relevantes para a demonstração do fato. Entretanto, mesmo com tamanha clareza, a interpretação majoritária tem sido diversa da que aparentemente corresponderia à única correta. Acredita-se que houve equívoco do legislador ao formular a norma e que, ao em vez de “meio de prova”, ele quis fazer referência à “fonte de prova”. Isto porque meio de prova consiste em uma atividade processual e, como tal, deve sujeitar-se ao princípio da legalidade. Assim, amparada pelo raciocínio de que, em atenção ao princípio da legalidade, outros meios de provas além dos previstos não poderão ser admitidos no processo, bem como acreditando que o juiz não pode realizar atividades processuais diversas das reguladas por lei, a corrente majoritária considera a norma do *artículo 299.1*, que estabelece quais meios de provas podem ser apresentados em juízo, taxativa e limitadora.

Concluem que é impossível determinar todos os tipos de fontes, diferentemente do que ocorre com os meios de provas, que são taxativos. Por tal razão, o art. 299.3 da LEC incide sobre as fontes, e não sobre os meios. Complementam afirmando que todas as fontes, mesmo aquelas não previstas, podem ingressar no processo, desde que seja por algum meio de prova regulado por lei.

---

<sup>77</sup> JUAN MONTERO AROCA, *La Prueba en el Proceso Civil*, 2012, p.149.

<sup>78</sup> LEC: Artículo 299. *Medios de prueba*.[...] 3. *Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias.* Disponível em: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/lec/default.htm>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2014.

Em contraposição à doutrina espanhola, a doutrina italiana ensina de forma diversa. O posicionamento majoritário é a favor das provas atípicas. Contudo, a divergência se instala nos fundamentos apontados para defendê-las. TARUFFO<sup>79</sup>, ao doutrinar sobre o procedimento probatório, mais especificamente sobre a relevância e admissibilidade como critério de regulação jurídica da prova, acaba por adentrar no assunto das provas atípicas. O renomado autor destaca a importância de se observar a ordem a ser seguida ao analisar os critérios de relevância e admissibilidade, considerando o primeiro como pressuposto do segundo; assim, apenas seria necessário questionar a admissibilidade de uma prova se a mesma fosse tida como relevante. Fundamenta esse pensamento no princípio da economia processual, pois tal sistemática evita delongas processuais desnecessárias. Ensina ainda que a relevância não pode ser vista como qualidade da prova, mas como característica constitutiva da mesma, no sentido de que só o que for relevante pode ser definido como prova no processo. Ademais, ao analisar o critério da relevância, TARUFFO adverte que a função negativa, qual seja o da exclusão processual das provas não relevantes, fica mais em evidência do que a função positiva, a da inclusão, que implica na possibilidade de admitir no processo todas as provas relevantes. A partir de então, o autor traça um paralelo entre os sistemas jurídicos *Civil law* e *Common law* acerca daquelas provas que não estão previstas por lei.

No sistema *Civil law*, muitos desconhecem a função inclusiva da relevância, passando a considerar apenas a sua função negativa (exclusão). Apesar da certeza lógica da existência da função inclusiva, a afirmação de que toda prova relevante deve ser admitida no processo passa a ser duvidosa quando, aproveitando-se de uma regulação jurídica que prevê alguns tipos de provas, sustenta-se que o rol legal das provas é taxativo, até mesmo na falta de uma norma que expressamente não admita no processo provas não previstas por lei.

No sistema *Common law*, embora no ordenamento vigore princípio oposto ao da inclusividade do critério da relevância, há normas que admitem as provas atípicas. Na ausência dessas normas, o posicionamento adotado tem sido no sentido de que o catálogo legal não exclui, em absoluto, a possibilidade de ingresso das provas não previstas. No entanto, vale salientar que esta não é uma visão unânime, há ainda opiniões contrárias. Acreditar que o rol legal dos meios de provas

---

<sup>79</sup> MICHELE TARUFFO, *La Prueba de los Hechos*, 2005, p.364.

é exaustivo seria o mesmo que se ater a um formalismo desnecessário, principalmente quando deparado com a ausência de uma norma expressa que determine quais os meios de provas inadmissíveis. Sustentar que os meios atípicos não podem ser admitidos no processo é ir de encontro com a própria ideia probatória que considera prova como tudo aquilo que serve para determinar um fato.

Parece que a admissibilidade das provas atípicas, adotada pela Itália, é a posição que mais se coaduna com a realidade jurídica, sendo seguida, inclusive, pelo Brasil e por Portugal. Todavia, neste último, o entendimento não é dominante, em razão do art. 345º do Código Civil, que versa sobre a nulidade da convenção de excluir algum meio de prova legal ou admitir meio de prova diverso dos previstos em lei. A interpretação do referido dispositivo divide opiniões no que tange às provas atípicas. De um lado, patronos como LEBRE DE FREITAS<sup>80</sup> defendem a sua inadmissibilidade; enquanto ANTUNES VARELA, J.M. BEZERRA E SAMPAIO E NORA<sup>81</sup>, entre outros, acreditam na sua admissão. Há ainda uma terceira posição, da qual partilha ISABEL ALEXANDRE<sup>82</sup>, que, apesar de interpretar o art. 345º do Código Civil como norma aplicada tão somente ao caso específico da convenção, admite com restrição as provas atípicas.

Uma prova atípica não pode ter sua inadmissibilidade prontamente decretada pelo simples fato de constituir meio de prova diverso daqueles previstos em lei.<sup>83</sup> Ressalta-se que a própria lei, acreditando na contribuição que esse tipo de prova possa fornecer ao processo, principalmente em relação ao conhecimento dos fatos, admite o seu ingresso.<sup>84</sup>

Ademais, não pode ser confundida com prova ilícita, ilegítima e imoral ou ter seus valores preliminarmente associados à ilicitude. Pelo contrário, determinar uma prova como atípica é ater-se exclusivamente à ausência de previsão legal, jamais podendo se aproveitar dessa classificação para considerá-la como imoral, ilícita ou ilegítima. No entanto, não se pode negar que as provas ilícitas e as provas atípicas possuem elos de conexão em determinados momentos, tais como: provas

---

<sup>80</sup> JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A confissão no direito probatório : um estudo de direito positivo*, 2013, p. 293.

<sup>81</sup> ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA. *Manual de Processo Civil: De Acordo com o Decreto-lei 242/85*, 2004, p.469.

<sup>82</sup> ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, 1998, p.46.

<sup>83</sup> CARLOS VINICIUS SOARES CABELEIRA, *A Ilícitude da Aplicação da Norma que Veda a Admissibilidade da Prova Ilícita no Processo Civil*, 2009.

<sup>84</sup> J. P. REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 2011, p.583. Vide também FREDIE DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil*, 2012.

ilícitas podem ser vistas como atípicas; ambas possuem questionamentos quanto à (in)admissibilidade, conforme discutido anteriormente; e, por fim, há, ainda, quem defenda o uso da prova ilícita a “título de prova atípica”.<sup>85</sup>

O fato de uma prova que viola uma norma de direito material não poder ser configurada como típica não a qualifica como atípica. Essa é a situação da prova ilícita, que, embora surja de uma prova prevista no ordenamento, não é considerada típica em decorrência da infração ao direito substancial que a reveste. Assim, aceitar uma prova ilícita como atípica seria se aproveitar de uma forma para encobrir a transgressão de uma regra material.

### 2.3 Do Enquadramento Legal

As provas ilícitas estão previstas no mandamento constitucional insculpido no art. 32º, nº 8, *verbis*: “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”.

Tal comando encontra-se inserido na parte que trata das garantias de processo criminal, não fazendo qualquer menção ao processo civil. A ausência de uma norma que vede a utilização das provas ilícitas no processo civil provoca grandes discussões acerca da sua inadmissibilidade nesse campo processual.

Para muitos, essa carência normativa pode ser resolvida por meio da analogia, tendo em vista que o motivo basilar da vedação no processo criminal — qual seja a proteção aos direitos fundamentais tidos como invioláveis — é perfeitamente aplicável ao processo civil. Nesse mesmo sentido, posiciona-se o Tribunal da Relação de Lisboa no processo nº 618/11.6TMLSB-A.L1-6<sup>86</sup> e o Tribunal da Relação de Guimarães no processo nº 435234/09.8YIPRT-A.G1<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, 1998, p.34.

<sup>86</sup> Tribunal da Relação de Lisboa. Processo nº 618/11.6TMLSB-A.L1-6. Relatora Fátima Galante, 28/11/2013. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/96b7e985efbfd93c80257c610038f11b?OpenDocument&Highlight=0,proibi%C3%A7%C3%A3o,de,prova>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2014.

<sup>87</sup> Tribunal da Relação de Guimarães. Processo nº 435234/09.8YIPRT-A.G1, Relator José Rainho, 16/02/2012. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/ab509203321d898d802579ea00576d95?OpenDocument&Highlight=0,proibi%C3%A7%C3%A3o,de,prova>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2014.

Outrossim, ISABEL ALEXANDRE<sup>88</sup> ensina que a ausência de dispositivo no âmbito civil não pode ser considerada como justificativa para afastar a aplicação do art. 32, nº 8º da CRP. Isso porque os fatores de ordem histórica e preponderância da prática de abusos no processo criminal foram circunstâncias determinantes que contribuíram para que o legislador constituinte direcionasse a proibição das provas ilícitas à área penal.

Outros, como CASANOVA ABRANTES<sup>89</sup>, discordam da interpretação extensiva do dispositivo em questão. Contrapondo-se ao arrazoado por ISABEL ALEXANDRE, o referido autor não se satisfaz com o silêncio do legislador, pois acredita que o constituinte teve diversas oportunidades para se manifestar e sanar o provável “esquecimento”, mas optou por ficar inerte. Conclui, então, que a lacuna pode muito bem não se tratar de um mero descuido do legislador, e sim ser fruto de um ato intencional do mesmo, que, julgando desnecessária a regulação no processo civil, se ateve a criar e manter a norma vedatória apenas ao processo criminal.

Ante os pensamentos expostos, fica evidente que a ausência de dispositivo no âmbito do processo civil não pode servir de fundamento para a admissibilidade de todo e qualquer meio de prova. O fato de inexistir a proibição expressa não implica a inexistência da própria ilicitude, pelo contrário, deve subsistir o conceito de ilicitude da prova mesmo diante da falta de regulação que proíba seu ingresso no processo. No entanto, há de se considerar que a lacuna torna-se um permissivo processual no sentido de possibilitar que a decisão sobre a admissibilidade ou não das provas ilícitas no processo civil seja averiguada à luz do caso concreto, respeitando os preceitos legais das normas processuais.

Ressalta-se que os tribunais portugueses têm aplicado a analogia e, por tal razão, a presente pesquisa ultrapassa a barreira da discussão sobre a incidência do art. 32, nº 8 da CRP no processo civil e se propõe a analisar o imperativismo do próprio dispositivo.

---

<sup>88</sup> ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, 1998, p.242.

<sup>89</sup> J.F. SALAZAR CASANOVA ABRANTES, *Provas Ilícitas em Processo Civil: Sobre a Admissibilidade e Valoração de Meios de Prova Obtidos pelos Particulares*, 2004, p.116.

## 2.4 As Provas Ilícitas e os Direitos Fundamentais

### 2.4.1 Dos direitos fundamentais

Ao procurar definir o que são direitos fundamentais, necessário se faz esclarecer primeiro o campo terminológico. São adotadas diversas denominações que acabam por confundir qual o real significado dos direitos fundamentais, dentre as quais destacam-se: “direitos naturais”, “direitos do homem”, “direitos humanos”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais”, “liberdades públicas” e “direitos fundamentais do homem”.<sup>90</sup>

Observa-se que cada nomenclatura aponta para um horizonte, ou seja, possui um significado próprio que muitas vezes não corresponde completamente ao conteúdo dos direitos fundamentais. “Liberdades públicas”, por exemplo, termo bastante empregado pela doutrina francesa e adotado especialmente por ADA PELEGRINI GRINOVER no Brasil, traduz uma definição limitada, restritiva e insuficiente, na medida em que se relaciona diretamente com os direitos públicos subjetivos e direitos individuais, desconsiderando, assim, os direitos econômicos e sociais. O vocábulo “direitos individuais” também restringe a incidência dos direitos fundamentais, uma vez que se conforma em acolher apenas o indivíduo de forma isolada. Já as expressões “direitos do homem” e “direitos humanos” (esta última bastante encontrada nos documentos internacionais) se destacam por defenderem o ser humano como único titular de direitos, afirmando não existir direito que não seja do homem.<sup>91</sup> Ora, o que se pode perceber é que a maioria das denominações apresentadas pecaram por incorrer no mesmo erro, qual seja o de limitar significativamente o conceito de direitos fundamentais.

Desta feita, com intuito de resguardar todo e qualquer direito que tenha a essência de fundamental, independentemente de possuir caráter individual, econômico ou social, a maioria dos autores têm-se utilizado simplesmente do próprio termo “direitos fundamentais”. A referida expressão, além de evitar equívocos, por se tratar de uma expressão genérica, implica ainda um conjunto de normas protetoras contra o arbítrio estatal, tendo como finalidade básica a dignidade humana.

---

<sup>90</sup> JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2006, p.175.

<sup>91</sup> Idem.

#### 2.4.1.1 Teorias dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, assim como a Constituição, seguem padrões de interpretações. Existem várias teorias, todas de grande relevância para a hermenêutica constitucional, pois a aplicação de uma pode ocasionar consequências significativas, até mesmo provocar mudança no conteúdo ou transformação material da própria ordem constitucional. São empregadas comumente como pontos de vista e são de livre escolha do intérprete, que as selecionará de acordo com a natureza do caso. As teorias mais citadas e discutidas por renomados estudiosos serão abordadas neste tópico, quais sejam: teoria liberal, teoria da ordem dos valores, teoria institucional e teoria social.<sup>92</sup>

##### a) Teoria liberal

A teoria liberal caracteriza-se por definir o indivíduo como elemento central, colocando ao seu redor a sociedade e o Estado. Esse pensamento fundamenta-se na ideia de que o indivíduo, como titular dos direitos fundamentais, encontra-se em posição oposta e superior ao Estado. Assim, se de um lado a liberdade do indivíduo deve ser vista, em tese, como ilimitada, do outro as ações estatais, inclusive a intervencionista, deve esbarrar em certas limitações.<sup>93</sup> Para a referida teoria, a natureza dos direitos fundamentais é exclusivamente individual e deve priorizar a participação da cidadania na formação da vontade soberana.

Percebe-se que os direitos fundamentais eram observados sob uma perspectiva subjetiva, pois cuidava-se apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado, em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica.

Para GOMES CANOTILHO<sup>94</sup>, a teoria liberal não merece credibilidade, pois, além de não corresponder inteiramente à tradição dos direitos humanos, esquece-se de alguns elementos que não podem ser eliminados para a consecução de seus objetivos, tal como a necessária intervenção dos poderes públicos para garantir a real liberdade constitucional.

---

<sup>92</sup> PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 2013, p.613.

<sup>93</sup> Idem.

<sup>94</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 2003, p.507.

## b) Teoria da ordem dos valores ou teoria dos valores

Para a teoria da ordem dos valores, os direitos fundamentais não são considerados meras normas, pelo contrário, devem ser vistos como verdadeiros valores. Contrapondo-se ao subjetivismo da teoria liberal, a teoria dos valores aposta na objetividade para alcançar a justiça e realizar a proteção dos direitos do cidadão.

A grande crítica dessa teoria não incide sobre a possibilidade de afirmar a existência de valores, muito menos em considerar a Constituição um sistema de valores, mas, sim, sobre o resultado que a atribuição desses valores representa. A partir do momento em que se estabelecem valores, abre-se margem para a formação de uma hierarquia, caracterizada subjetivamente. Assim, na prática o problema se instala na aplicação desses valores às situações concretas, pois, ao compatibilizá-los na mesma dimensão objetiva, haverá uma restrição à multifuncionalidade dos direitos fundamentais, uma vez que estar-se-á preferindo um direito fundamental em detrimento de outro.

Outra censura consiste no efeito advindo do seu uso, pois a sua aplicação implica na transformação dos direitos fundamentais em um sistema fechado (isolado), distante do resto da Constituição.<sup>95</sup>

## c) Teoria institucional

A teoria institucional é marcada pelo pensamento de SCHIMITT, que entendia que toda norma, todo conceito, todo texto constitucional e até mesmo os direitos fundamentais tendem a transformarem-se em instituição ou garantia institucional.

Revelando a passagem dos direitos individuais aos direitos sociais, a teoria em questão sofreu duras críticas, especialmente contextuais, dentre as quais aponta-se a pluralidade de sentidos utilizados para conceituar instituto e instituição, que frequentemente resulta em aplicações contraditórias entre a jurisprudência e a literatura científica.<sup>96</sup>

Com a teoria institucional, ganham destaques a instituição e o valor. Ademais, daqui decorre a revalorização da lei, onde se amplia o círculo modular da

---

<sup>95</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 2003, pp.507-508.

<sup>96</sup> PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 2003, p.613.

normatividade destinado à proteção dos direitos fundamentais. A liberdade, abstrata na teoria liberal, passa a ser vista sob o sentido finalístico.

Ressalta-se que a teoria institucional aproxima-se da teoria dos valores, ao passo que afasta dos direitos fundamentais a dimensão unicamente subjetiva; e prioriza a ponderação entre os direitos fundamentais e os restantes bens de valores.<sup>97</sup>

#### d) Teoria social

A teoria social examina os direitos fundamentais sob três dimensões: *dimensão individual*, *dimensão institucional* e *dimensão processual*. Apesar de prezar pela liberdade no sentido abstrato, como a teoria liberal, a teoria social difere-se das demais por defender o intervencionismo estatal como necessário à realização de certos direitos, como, por exemplo, os sociais.<sup>98</sup>

Cresce juntamente com a teoria social o componente processual que implica numa participação mais ativa dos cidadãos para a defesa de seus interesses, permitindo que os mesmos atuem de forma mais intensiva na efetivação das prestações necessárias para o desenvolvimento de seus direitos.

### **2.4.2 Colisão de direitos fundamentais**

Por vezes, podem ocorrer situações em que dois ou mais direitos fundamentais estejam sendo discutidos em causa em posições antagônicas. Quando isso acontece, está-se diante do fenômeno conhecido como “colisão de direitos fundamentais”. Como bem leciona ROBERT ALEXY<sup>99</sup>, para existir a colisão de direitos fundamentais, basta que o ordenamento jurídico contenha um catálogo de direitos fundamentais, como são os casos das Constituições Brasileira e Portuguesa.

Ao partir do pressuposto de que entre esses direitos não há uma hierarquia de normas, ou seja, as normas não estão dispostas numa escala que varia de acordo com seu grau de importância, solucionar esse conflito não é tarefa simples, e, justamente pela dada complexidade com que se apresenta, é que os tribunais estão divergindo ao atuar nessas circunstâncias.

---

<sup>97</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 2003, p. 508.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 509.

<sup>99</sup> ROBERT ALEXY, *Constitucionalismo Discursivo*, 2011. pp.56-57.

Para GOMES CANOTILHO<sup>100</sup>, haverá uma colisão de direitos fundamentais quando o titular de um direito fundamental ao exercê-lo acaba por colidir com outro direito fundamental exercido por outro titular. Corroborando o esse entendimento, VIEIRA DE ANDRADE<sup>101</sup>, de forma complementar, leciona que dois ou mais direitos fundamentais estarão em conflito quando os mesmos forem protegidos simultaneamente pela Constituição e ocuparem posições diversas em um caso concreto.

Existem muitos casos clássicos de colisão de direitos fundamentais: o direito à informação, que entra constantemente em conflito com o direito à intimidade; a própria liberdade de imprensa, que, por diversas vezes, se opõe ao direito à privacidade; entre outros casos. Nas situações apontadas, percebe-se, claramente, as posições adversas adotadas por cada direito, pois, enquanto de um lado o direito à informação e à liberdade de expressão prezam pelo caminho da transparência e livre circulação de informação, do outro os direitos da personalidade se atrelam ao sigilo, à preservação e à não exposição das informações.

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça<sup>102</sup>, de 06 de setembro de 2011, que versa sobre uma ação de paternidade, ilustra bem o conflito de interesses. Trata-se de um caso típico de colisão de direitos fundamentais, onde, de um lado, a favor do filho investigante, posiciona-se o direito à identidade pessoal (artigo 26º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa), o direito à integridade pessoal (artigo 25º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa) e o direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa) e, do outro, em benefício do pai investigado, tem-se o amparo do direito de reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa) e também o direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa).

O pretense pai, dentre as alegações apresentadas em sua defesa, suscitou a caducidade do direito de investigação de paternidade, que tinha como fundamento o artigo 1817º, nº 1, do Código Civil. O mencionado artigo corresponde

---

<sup>100</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, op. cit., p.643.

<sup>101</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2012, p. 299.

<sup>102</sup> Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 1167/10.5TBPTL.S1. Relator: Gabriel Catarino, 06/09/2011. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1fd884e4045821458025790c00335bb0?OpenDocument>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2014.

a uma tentativa de assegurar unicamente o direito de reserva da intimidade da vida privada e familiar do suposto pai. Ocorre que tal dispositivo não pode ser examinado isoladamente, pois existem outros direitos fundamentais em discussão. Por isso, o Supremo Tribunal de Justiça ao decidir sobre a inconstitucionalidade da norma que versa sobre a caducidade do direito de investigação de paternidade, assim como ao resolver o conflito dos direitos fundamentais existentes na ação, opta por adotar o sistema da ponderação. Em sua fundamentação, o STJ parte da máxima de que entre os direitos fundamentais não há hierarquia, e, por conseguinte, afirma que a solução para os conflitos que envolvem esse tipo de direito não pode se alicerçar em uma preferência abstrata.

Brevemente, pois será analisado no tópico seguinte, o método escolhido tem por início a análise do âmbito e do grau do conteúdo dos direitos fundamentais em confronto, para que só depois passe a diagnosticar em que medida e com que peso cada um dos direitos está presente na situação de conflito. Trata-se de uma avaliação de cunho jurídico, cujo objetivo é detectar se estão em causa aspectos de maior ou menor intensidade valorativa em função da respectiva proteção constitucional.

Do caso em análise, extrai-se que é possível solucionar uma colisão entre direitos fundamentais traçando uma linha gradual da coexistência dos direitos conflitantes, não se utilizando de uma hierarquia, mas, sim, estabelecendo recíprocos sacrifícios e aplicando o juízo de proporcionalidade visando, assim, obter a menor lesão possível entre os direitos em discussão.

Como visto no capítulo anterior, os direitos fundamentais podem sofrer restrições até mesmo impostas pelo próprio legislador. Contudo, mesmo sendo de ordem legal, deve-se ter cautela ao estabelecer tais limites, apenas podendo fazê-lo em situações que a restrição se reste necessária. Como bem afirma VIEIRA DE ANDRADE<sup>103</sup>, caso o sacrifício de um direito fundamental não seja preciso ou não seja exigível tanto quanto o legislador alega, aquela restrição prevista não é legítima e viola o preceito constitucional que determina o direito fundamental em causa.

Para a solução da colisão de direitos fundamentais, é imprescindível que se determine a natureza do caso concreto através da análise do tipo, conteúdo,

---

<sup>103</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2012, p. 303.

forma e demais circunstâncias objetivas do fato conflitual, para que, em posse dessas informações, seja proferida uma decisão jurídica justa.

#### 2.4.2.1 Técnica da ponderação de interesses

A técnica da ponderação, empregada como método de decisão, visa solucionar conflitos normativos que envolvam valores iguais e que não possam ser resolvidos por mecanismos tradicionais (hierarquia, ordem cronológica e especialidade).

Primeiramente, deve ser tentada a harmonização dos bens em conflito ou concordância prática. Apenas em caso de se restar frustrada a conciliação entre os direitos colidentes é que o intérprete utilizar-se-á do sopesamento ou da ponderação propriamente dita, a fim de dizer a qual interesse irá ceder.

Apesar da insegurança desenhada pela ausência de uma resposta precisa nos casos complexos relacionados aos direitos fundamentais, a ponderação não pode ser descartada. Isso porque, quando utilizada corretamente, prezando pela prudência e proporcionalidade, bem como pelos valores constitucionais, o referido modelo acaba por atingir as expectativas geradas, aproximando-se do ideal de justiça.

Ainda que apareçam juntas e associadas, a ponderação e a proporcionalidade não devem ser confundidas. A proporcionalidade tende a ser adotada em casos mais específicos e complexos, além de incidir, via de regra, quando a concordância prática não for possível. Já a ponderação atua num plano mais amplo. Todavia, é incontestável a conexão entre ambas, principalmente quando se percebe que não podem ser aplicadas isoladamente, pois a ponderação para sua concretização reveste-se da proporcionalidade, e vice-versa.

Para compreender bem a ponderação, mister se faz trazer os ensinamentos de ROBERT ALEXY<sup>104</sup>, que apresenta a melhor definição para a técnica em comento, assim como elucida claramente a conexão desta com os seus elementos intrínsecos (equilíbrio, proporcionalidade e justiça). O ilustre jurista faz referência à “lei da ponderação”, que consiste em uma regra válida para todas as ponderações de princípios, independentemente do seu tipo. Tal medida estabelece

---

<sup>104</sup> ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 1993, p.161.

que, quanto maior é o grau de não satisfação ou de restrição de um princípio, tanto maior tem que ser a importância de satisfação do outro.

#### a) Concordância prática

Difícilmente será possível a concretização plena dos direitos fundamentais em conflito. Na maioria dos casos de colisão, há sempre dois direitos opostos em confronto, fator que impossibilita a total eficácia dos mesmos, assim como a inexistência de qualquer prejuízo para as pessoas. Para assegurar um grau de efetividade das normas nessas situações, a solução encontrada foi a utilização do método da concordância prática.<sup>105</sup>

Sendo aplicada na colisão de direitos fundamentais e considerada como princípio de interpretação constitucional, a concordância prática, ou harmonização, é a medida que busca, através da imposição de limites e condicionantes recíprocos, harmonizar os bens jurídicos em conflito a fim de evitar a supressão de uns em prol de outros além do que seria exigível.<sup>106</sup> Nesse sentido, ao utilizar-se da concordância prática, o jurista aposta na conciliação entre os valores em causa para que não haja a exclusão completa de qualquer um deles, e sim a preservação do máximo possível de seus respectivos conteúdos.

### **2.4.3 Provas ilícitas e a colisão com os direitos fundamentais**

Conforme analisado nas restrições ao direito à prova, restou claro que as partes não dispõem de um direito absoluto, mas de um direito passível de sofrer limitações. Sabe-se que tais restrições existem a partir do momento em que um direito passa a interferir em outro digno de maior amparo legal.

A prova possui incontestável relevância processual. O fato de os meios probatórios serem instrumentos suscetíveis de limitações não diminui em nada a sua importância para o processo.

É de conhecimento comum que a prova ilícita insere-se no rol das proibições probatórias por corresponder a uma transgressão ao direito material de

---

<sup>105</sup> GEORGE MALMERSTEIN, *Curso de Direitos Fundamentais*, 2013, p.379.

<sup>106</sup> JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 2003, p.228. Vide também: MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO, *O Sistema dos Princípios e Regras e o Princípio da Proporcionalidade na Compreensão das Garantias Constitucionais do Processo Civil*, 2007, p.500.

outrem. No entanto, cumpre destacar que, apesar de relacionar-se ao direito material como um todo, os casos mais polêmicos e complexos são aqueles nos quais a prova obtida infringe direito fundamental. Esse índice não é casual, pelo contrário. A violação a um direito fundamental representa maior impacto frente aos aplicadores da lei, pois teoricamente o desrespeito ocorre em relação a direitos revestidos de valores supremos, que deveriam ser, em sua máxima, resguardados e defendidos constitucionalmente.

Para alguns estudiosos, os direitos fundamentais são considerados invioláveis, dignos de uma (super) proteção diferenciada e ocupantes de uma posição hierarquicamente superior em relação aos demais. Para esses juristas, que defendem a intangibilidade desses direitos, a preponderância dos mesmos é inquestionável e, por isso, a técnica da ponderação não deve ser aplicada. Portanto, asseveram que, diante de uma prova ilícita que tenha violado direitos fundamentais, a postura mais adequada deve ser a sua exclusão automática do processo. Ou seja, os direitos fundamentais conduzem sempre a uma proibição de prova.<sup>107</sup>

Contudo, há de se ressaltar que não se trata de uma posição unânime. Para outros estudiosos, até mesmo para certos tribunais, a idolatria aos direitos fundamentais parece ultrapassada, além de não corresponder à solução mais justa do litígio. Pois, ainda que se reconheça a necessidade de salvaguardar tais direitos, em especial o direito à intimidade, à vida privada, ao domicílio, às correspondências e telecomunicações (como o legislador demonstrou em várias passagens do ordenamento jurídico português), não se pode esquecer que os mesmos não são absolutos, sendo, portanto, passíveis de restrições, inclusive pelo próprio direito à prova, quando necessário.<sup>108</sup> Asseveram que esses confrontos (direito à prova/direito fundamental x direito fundamental) nada mais são do que uma colisão de direitos fundamentais e, por tal razão, a admissibilidade de uma prova ilícita, nesses casos, deverá ser examinada de acordo com a proporcionalidade.

Nesse mesmo sentido, prezando pela justiça, os tribunais, especialmente na Alemanha e na França, têm aplicado uma interpretação mais restritiva às normas que obstaculizam injustificadamente a averiguação dos fatos. Partem do

---

<sup>107</sup> ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas no Processo Civil*, 1998, p.114.

<sup>108</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, em 03-07-2014. Processo nº 1162/11.7TTTCBR.C1. Relator: Ramalho Pinto. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/41b4ee648e79d5e880257d48004d4cd9?OpenDocument>. Acesso em: 09 de setembro de 2014.

pressuposto de que o juiz, para formar seu convencimento, não considera somente um ou outro fato isoladamente, mas usa com fins probatórios todos os fatores concomitantes que cercam o fato principal.<sup>109</sup> Assim, não se deve, sem antes analisar os direitos conflitantes e examinar a conexão com os fatos relevantes, extinguir do processo uma prova apenas sob o argumento de que esta viola um direito fundamental.

Percebe-se que a discussão sobre a admissibilidade processual de uma prova obtida mediante violação de direito fundamental configura, então, uma colisão de direitos. Todavia, a forma sob a qual esse impasse se resolve divide opiniões, não sendo possível apontar a técnica da ponderação como uma solução unânime.

É nesse campo de divergência que o próximo capítulo se instala, abordando as principais teses a fim de buscar a medida mais adequada para a resolução dos conflitos que envolvam a admissibilidade das provas ilícitas, inclusive quando a colisão se dá em relação aos direitos fundamentais.

---

<sup>109</sup> ERICH DOHRING, *La Prueba: Su Práctica y Apreciación*, 1972, pp.8-11.

## CAPÍTULO III TESES RELACIONADAS ÀS PROVAS ILÍCITAS

### 3.1 Teses da Inadmissibilidade das Provas Ilícitas

O caso “Vigo vs Formenti”, que ocorreu na Itália, em 1934, é considerado o marco da teoria da inadmissibilidade nos tribunais. Na época, a Corte de *Cassazione* de Milão, em atenção ao direito de propriedade, se posicionou de forma contrária quanto aos escritos “alheios” apresentados como prova. A decisão teve como base a ideia de que o sujeito que se apossa ilicitamente das cartas de propriedade de outrem não pode utilizá-las como prova, sendo a mesma, portanto, rejeitada. O entendimento que vigorava tinha a propriedade como fonte de proibições de prova, pois era considerada elemento indispensável à dignidade do homem.<sup>110</sup>

LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO<sup>111</sup>, ao citar TROCKER, afirma que os estudos de BELING sobre as vedações probatórias apontavam a necessidade de uma harmonização e adaptação entre os interesses processuais e os direitos individuais a fim de resolver situações conflituosas.

O legislador alemão, em 1950, numa tentativa de definir as formas intoleráveis de obtenção probatória, determinou expressamente a exclusão de maus-tratos; sofrimentos físicos; uso de substâncias aptas a alterar, reduzir ou oprimir a capacidade de entendimento e as faculdades mnemônicas do sujeito; assim como toda forma de violência moral ou pressão dolosa realizada com expedientes inadmissíveis ou promessas de vantagens ilícitas. No entanto, a referida norma (§136, a, do Código de Processo Penal Alemão – *Strafprozessordnung*) não alcançou seu verdadeiro significado. Em decorrência da sua natureza penalística, teve sua atuação limitada ao campo do processo penal, recaindo apenas sobre os órgãos públicos, como os casos de polícia e magistratura criminal, e não se estendendo aos particulares.<sup>112</sup>

Em 1954, o Tribunal Federal alemão resolveu corrigir desvios semelhantes e, pela primeira vez, reconheceu a aplicação das vedações probatórias nas relações privadas. Essa decisão foi o marco para uma nova interpretação ao

---

<sup>110</sup> LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, *Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas*, 1995. p.42. Vide também: MARIA CUNHA SILVA ARAÚJO DE CARVALHO, *Prova Ilícita*, 2002, p.962.

<sup>111</sup> LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, op. cit., p.42.

<sup>112</sup> Ibidem, pp.46-47.

dispositivo mencionado, ampliando, assim, seu campo de incidência para os particulares. Desde então, as Cortes inferiores passaram a seguir a orientação de inadmitir e inutilizar meios de provas obtidos com violação à dignidade humana (art. 1º da Constituição Alemã) e ao direito à livre formação de personalidade (art. 2º da Constituição Alemã).<sup>113</sup> Surge, então, a corrente da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Apesar do considerável lapso temporal entre aquelas decisões e os dias atuais, não há dúvidas de que a corrente da inadmissibilidade subsiste na discussão da prova ilícita. Os adeptos têm como lema a inutilização da prova ilícita no processo, independentemente do caso concreto. Isso implica afirmar que, em qualquer circunstância, a prova ilícita deverá ser rejeitada pelo juiz e excluída da esfera processual, sem levar em consideração a relevância do direito controvertido.<sup>114</sup> Tal radicalismo se funda em diversificadas teses, das quais as principais serão analisadas a seguir.

### **3.1.1 Unidade do sistema jurídico**

Para alguns, a visão unitária do sistema jurídico é o fundamento primordial para a inadmitir uma prova ilícita. Preza-se, aqui, por uma interpretação única e sólida do sistema jurídico, onde o mesmo deve ser visto como um todo, e não de forma fragmentada e isolada.<sup>115</sup> Por essa ótica, aceitar um ato ilícito no processo seria o mesmo que afrontar não só o direito, positivado ou não, mas especialmente os princípios de direito que estão tutelados em constituições assecuratórias.

Ressalta-se que o ordenamento tem como prioridade a preocupação com o direito lesado, não lhe sendo peculiar reconhecer e resguardar atos praticados com violação ao mesmo. Dessa forma, admitir o uso da prova ilícita resultaria numa postura contraditória do ordenamento, pois, ao passo que estaria buscando garantir e proteger certos direitos, como os individuais, também estaria incentivando a sua violação.<sup>116</sup>

---

<sup>113</sup> MARIA CUNHA SILVA ARAÚJO DE CARVALHO, *Prova Ilícita*, 2002, p.962.

<sup>114</sup> CARLOS ALBERTO MOLINARO e MARIÂNGELA GUERREIRO MILHORANZA, *Da Prova Ilícita no Direito Processual*, 2007, p.13.

<sup>115</sup> SUSANA HENRIQUES DA COSTA, *Os Poderes do Juiz na Admissibilidade das Provas Ilícitas*, 2006, p.87.

<sup>116</sup> CELSO BASTOS, *As Provas Obtidas por Meios Ilícitos e a Constituição Federal*, 1994. p.45.

Como analisado no capítulo anterior, para o mundo jurídico o conceito de ilicitude é uno, ou seja, em qualquer área que se apresente o ilícito não deixará de ser injurídico. Supera-se, então, a visão goldschimidtiana que disseminava existirem conceitos distintos de contrariedade para cada ramo do direito (processual e material), por pertencerem a planos diferenciados.<sup>117</sup> Desse modo, para essa teoria, toda prova obtida mediante violação de uma norma material, como ilícito material que é, não pode, sob a perspectiva processual, ser vista de modo diferenciado e tida como válida.<sup>118</sup>

No entanto, o princípio da livre apreciação da prova era visto como uma barreira para a corrente da inadmissibilidade. Interpretado de forma extensiva e desordenada, o referido princípio passou a acumular resultados negativos, uma vez que os juízes, sob tal alegação, passaram a admitir todos os tipos de provas que julgaram necessários. Alguns estudiosos, como NUVOLONE, ALLORIO e VESCOVI, a fim de evitar que provas ilegais ingressassem no processo, sustentavam que a livre apreciação era um princípio vigente apenas sobre as provas obtidas em conformidade com a lei, não tendo qualquer efeito em relação àquelas contrárias à legislação pátria. Portanto, a livre apreciação resta-se limitada pela própria legalidade no que se refere a formação e a admissão de uma prova. Cuida-se em afirmar que a livre apreciação não está condicionada ao sistema das provas legais, mas, sim, que o juiz deve observar a legalidade no momento da admissão de uma prova, em decorrência da unidade do sistema jurídico.

NUVOLONE, em seus estudos, ressalta que o ordenamento não pode ser compreendido em compartimentos estanques, pois ele é uno. Sendo assim, a prova ilícita gera ao prejudicado o direito de requerer a sua inadmissibilidade em juízo.<sup>119</sup>

Além de NUVOLONE, ALLORIO na Itália e VESCOVI no Uruguai<sup>120</sup>, também representam essa teoria ECHANDIA na Colômbia<sup>121</sup> e KELLNER, SIEGERT e LENCKNER na Alemanha.<sup>122</sup>

---

<sup>117</sup> NICOLÒ TROCKER, *Processo Civile e Costituzione: Problemi di diritto tedesco e italiano*, 1974, P. 597. Vide também: MARIA CUNHA SILVA ARAÚJO DE CARVALHO, *Prova Ilícita*, 2002, p.963.

<sup>118</sup> NILTON CÉSAR ANTUNES DA COSTA, *Proibição da Prova Ilícita no Processo*, 2003, p. 995.

<sup>119</sup> LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, *Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas*, 1995, p.44. Vide também ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Liberdades Públicas e Processo Penal: As Interceptações Telefônicas*, 1976, pp.142-143; e NILTON CÉSAR ANTUNES DA COSTA, op. cit., p. 995.

<sup>120</sup> ADA PELLEGRINI GRINOVER, op.cit., pp.143-144. Vide também LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, op.cit., p.142.

<sup>121</sup> DEVIS ECHANDIA, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 1974. p.539.

<sup>122</sup> ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, 1998, p.189.

Em clara oposição, CORDERO acredita na separação dos ramos do direito, ou seja, defende que diante de um ilícito material não é possível declarar sua inadmissibilidade processual. Percebe-se que o intuito não é tornar lícito um material ilícito; a ilicitude irá permanecer, o que se afasta é a condicionante material, ou seja, não se deve configurar inadmissível processual por somente se tratar de um ilícito material.

Fundamentar a inadmissibilidade de uma prova ilícita na unidade do sistema jurídico não parece ser o mais sólido dos alicerces, pois esse mesmo argumento apresenta elementos favoráveis à admissibilidade de uma prova ilícita (como será apreciado no momento oportuno). Outrossim, deixar de admitir uma prova pelo ilícito material que acomete, sem considerar o caso concreto, contraria a visão unitária ora defendida, tendo em vista que nesse litígio também há outros direitos materiais violados e que, de igual modo, fazem parte do ordenamento jurídico.

### **3.1.2 Ofensa à Constituição**

A preocupação em resguardar os direitos postulados nas constituições, em especial os direitos fundamentais, fez surgir a tese da ofensa à Constituição como óbice à utilização da prova ilícita. Evidente que esse entendimento fica adstrito àquelas situações em que a prova tenha sido obtida através de uma transgressão a normas constitucionais, entendendo-se aqui não só as normas propriamente ditas, mas também os princípios gerais da Constituição.

Os patronos dessa teoria acreditam que a prova, nesses casos, foi acometida por uma inconstitucionalidade, fator determinante e suficiente para considerá-la inadmissível no processo, mesmo que o diploma processual seja omissivo.<sup>123</sup> Esse pensamento foi desenvolvido pelos tribunais e encontra amparo nas jurisprudências italiana, alemã e norte-americana.<sup>124</sup>

Essa tese não pode prosperar. Negar o direito à prova ou recusar a proteção a um direito constitucional ocultado por trás da prova ilícita não configurariam também uma ofensa à Constituição? Então, como é possível sustentar

---

<sup>123</sup> ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Liberdades Públicas e Processo Penal: As Interceptações Telefônicas*, 1976, p.145.

<sup>124</sup> *Ibidem*, pp.143-145. Vide também SUSANA HENRIQUES DA COSTA, *Os Poderes do Juiz na Admissibilidade das Provas Ilícitas*, 2006, pp.87-88.

a inadmissibilidade de uma prova ilícita com base em uma ofensa constitucional se, por vezes, a própria vedação também o é? Portanto, discriminar uma prova ilícita exclusivamente por ferir a Constituição, sem analisar as circunstâncias e os direitos envolvidos no caso concreto não consubstancia uma decisão adequada.

### **3.1.3 Interesse na descoberta da verdade**

Muito embora o fundamento do interesse da descoberta da verdade seja, normalmente, associado à corrente favorável à admissibilidade da prova ilícita (conforme será demonstrado posteriormente), há quem curiosamente se utilize desse argumento para justificar a teoria da inadmissibilidade. Ressalta-se que, quando empregado nestes casos, se reveste de um sentido diferente, devendo ser analisado sob a ótica da credibilidade dos elementos que colaboram para apurar a verdade na situação em concreto.

Partindo do pressuposto de que o processo persegue a verdade, questiona-se se essa verdade pode ser alcançada com fulcro numa prova ilícita, tendo em vista que a mesma, aparentemente, não repassa a confiança devida.

Caso a teoria em comento fosse adotada, dever-se-ia, primeiramente, considerar a divisão conceitual das provas ilícitas, distinguindo-as entre provas ilícitas absolutas e provas ilícitas relativas, conforme já debatido anteriormente (*vide* 3.1 Do Conceito das Provas Ilícitas).

Naqueles tipos de prova ilícita constituídos forçosamente, tais como a coação de testemunha e a confissão sob tortura, a ausência de espontaneidade resulta numa grande probabilidade de alteração do seu conteúdo, fator que justificaria a preocupação de considerar esse meio de prova como instrumento fidedigno ou não para apuração da verdade. Entretanto, o que dizer daqueles meios que apenas captam e reproduzem situações reais, sem sofrerem qualquer interferência no conteúdo? Percebe-se que aqui já não caberia a alegação de falta de credibilidade.

Outrossim, como bem ensina SATTI, citado por ISABEL ALEXANDRE<sup>125</sup>, a credibilidade não depende da avaliação positiva da admissibilidade; de igual modo, o critério de exclusão de uma prova ilícita não pode ter como fundamento a credibilidade da mesma. Isso porque nem todos os meios de provas permitidos pela

---

<sup>125</sup> ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, 1998, p.188.

própria legislação aduzem a confiança desejada, como é o exemplo da prova testemunhal, meio de prova admissível, porém marcado pela insegurança que fornece.

Portanto, pelas razões apresentadas, conclui-se que a referida tese não deve progredir como argumento motivador para a inadmissibilidade de uma prova ilícita.

### **3.1.4 O dolo não deve aproveitar o seu autor**

CARNELUTTI, ao tecer comentários sobre o caso “Vigo vs Formenti”, acaba por expor seu pensamento no que tange à admissibilidade de documentos obtidos ilicitamente. O autor encontra amparo na legalidade e alude que o ordenamento jurídico, em regra, não concede direito de exibição do documento àquele que, não sendo proprietário ou coproprietário, deseja fazer uso em juízo de certo documento que se encontra em poder de outrem. Ademais, CARNELUTTI enfatiza que a exibição do documento obtido ilicitamente deve ser considerada ineficaz, uma vez que não faria qualquer sentido conceder mais vantagem a alguém que pratique uma conduta ilícita do que a quem aja de forma lícita.<sup>126</sup>

A posição adotada por CARNELUTTI sofreu algumas críticas, a exemplo da suscitada por TROCKER, CAPPELLETTI e VIGORITI, que apontaram o momento histórico como explicação plausível para formação do pensamento, já que naquela época o direito de propriedade era considerado elemento indissociável da dignidade do homem. Apesar das opiniões contrárias, os ensinamentos de CARNELUTTI não podem ser ignorados, principalmente no que tange ao preceito de que a ilicitude não deve se aproveitar ao seu autor.

Na Espanha, a tese de que o ato ilícito não deve originar vantagem para o seu autor já era conhecida. MANRESA & NAVARRO<sup>127</sup> defendiam a inutilização no processo de documento que havia sido adquirido ilegalmente. No mesmo sentido, SILVA MELERO<sup>128</sup> empregava que os meios de prova obtidos ilicitamente não deveriam ser admitidos no processo e, caso o fossem, deveriam ser

---

<sup>126</sup> ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, 1998, pp.195-196.

<sup>127</sup> Conferir em JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Porva ilícita (Da sua relevância no Processo Civil)*, 1986, p. 15.

<sup>128</sup> VALENTÍN SILVA MELERO, *La Prueba Procesal*, 1963, p. 67.

desconsiderados ao fim da decisão. Ainda corroborando esse entendimento, Serra Domingues acrescenta a importância de ser observado o princípio da igualdade das partes, acreditando que, para sua efetiva concretização, apenas devem ser consideradas para fins judiciais aquelas provas realizadas de acordo com a lei, na presença judicial e com a assistência das partes.

O entendimento de que o autor da prova obtida ilícitamente não pode ser beneficiado, apesar de bastante contundente, não merece prosperar, pois há a possibilidade de a referida prova apresentar elementos desfavoráveis a quem a trouxe e, em decorrência do princípio da aquisição processual, passa a constituir elemento adquirido do processo.<sup>129</sup> É sabido que, até o momento de sua produção, nem o conteúdo nem as vantagens provindas da prova ilícita são processualmente conhecidos, sendo impossível detectar qual das partes realmente se beneficiará de tal ato. Portanto, não há como afirmar que o autor da prova ilícita irá se aproveitar do dolo cometido.

### **3.2 Teses da Admissibilidade da Prova Ilícita**

Em contraposição à tese da inadmissibilidade, tem-se a corrente da admissibilidade das provas ilícitas. Os adeptos dessa teoria defendem que o interesse na investigação da verdade deve prevalecer sempre no processo, mesmo que, para alcançá-la, seja necessário aceitar a produção de provas ilícitas.

O ideal de justiça adotado passa a ser, então, o do conhecimento verdadeiro dos fatos. Isso implica dizer que a reconstrução da realidade é tida como princípio maior do processo e, por tal razão, deve ser considerada como a única via possível para se obter justiça. Dessa forma, abdicar de uma prova relevante por esta ter sido adquirida ilícitamente seria o mesmo que desprezar elementos essenciais de convicção do juiz, fator que impossibilitaria a prolatação de uma decisão justa no processo.<sup>130</sup>

Ademais, aplicam o princípio do livre convencimento, pois acreditam que deste decorre a permissão concedida ao juiz para, subjetivamente, avaliar e decidir acerca de uma prova ilícita, caso julgue necessário.

---

<sup>129</sup> HELDER MARTINS LEITÃO, *Dos Princípios Básicos em Processo Civil*, 1999. p.130.

<sup>130</sup> LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, *Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas*, 1995. p.41. Vide também: JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *A Constituição e as Provas Obtidas Ilícitamente*, 2011, p.939.

Ressalta-se que a intenção não é afastar a ilicitude, mas tão somente evitar que existam duas ou mais sanções para um só fato. Isso porque sobre a transgressão já incidem punições, nas áreas civis, penais ou disciplinares, aos responsáveis, e o impedimento de índole probatória resultaria no acúmulo de sanções. Veda-se, portanto, o fenômeno do *bis in idem* (repetição de sanção sobre um mesmo fato).<sup>131</sup>

Nesse sentido, é possível deduzir que a delimitação da incidência de punição da violação dentro do ramo material fortalece o princípio da autonomia das normas processuais em relação às normas materiais. Assim, as provas, para serem admitidas no processo, independem da forma como foram obtidas, apenas podendo ser rejeitadas aquelas adquiridas com violação a normas processuais. Desta feita, a ilicitude ocorrida no plano material deve ter suas consequências restritas ao mesmo espaço, ou seja, somente deverá resultar ao seu infrator sanções de natureza civil, penal ou administrativa concebíveis pelas transgressões cometidas no momento em que se obteve a prova, não devendo avançar para a esfera processual. Neste caso, só prejudicaria a admissão da prova ilícita no processo se a violação estivesse contida na lei processual.<sup>132</sup>

Há ainda na doutrina quem fundamente a admissibilidade de um prova ilícita no princípio *factum infecti fieri nequit* (o que está feito não pode ser desfeito), segundo o qual o Tribunal não pode ignorar o que já foi realizado. Uma vez produzida em juízo, ainda que eivada de uma irregularidade material, a prova não pode deixar de ser valorada. Ao analisar a prova, o Tribunal certifica que a mesma foi processualmente adquirida.

Para justificar a autonomia do direito processual em relação ao direito material, estudiosos, principalmente na Itália, encontram amparo na máxima “*male captum bene retentum*” (mal colhida, porém bem recebida). Demonstram que a ilicitude do ato não implica necessariamente na maculação processual e sua consequente nulidade. Pelo contrário, acreditam que a prova ilícita precisa ser aceita

---

<sup>131</sup> J.F. SALAZAR CASANOVA ABRANTES, *Provas Ilícitas em Processo Civil: Admissibilidade e Valoração de Meios de Provas Obtidos por Particulares*, 2004, p.105.

<sup>132</sup> ANDRÉ VASCONCELOS ROQUE, *As Provas Ilícitas no Projeto do Novo Código Civil Brasileiro: Primeiras Reflexões*, 2010, p.11.

e valorada, pois entendem que a irregularidade atinge, apenas, o meio de obtenção, e não o seu conteúdo.<sup>133</sup>

Sendo assim, afastam a moralidade dos resultados da prova, optando, claramente, pela verossimilhança. A prova, para ser admitida, basta associar-se à verdade dos fatos, não importando a forma como tenha sido produzida. Afastam a conexão entre a ilicitude do ato e a ilicitude da utilização da prova, onde aquela não induz necessariamente a ilicitude processual. Destarte, para os adeptos da teoria da admissibilidade, a prova, independentemente da sua obtenção, é elemento imprescindível à investigação da verdade, interesse processual que deverá sempre prevalecer.<sup>134</sup>

A vulnerabilidade da tese ora abordada se dá pelo apego exacerbado à verdade dos fatos. E aqui é importante lembrar o que foi esclarecido logo no primeiro capítulo, a verdade, apesar de essencial para a obtenção de uma decisão justa, não deve ser encarada como fim em si mesma, mas como diretriz processual, servindo de bússola para guiar os atos processuais. Isso porque a sua concretude não é possível, mas a proximidade com ela é.

Outrossim, restou demonstrado ao longo da presente pesquisa que não se pode falar em absolutismo no direito. O sistema jurídico é um campo favorável à harmonização das normas, as quais devem ser interpretadas conjuntamente. São passíveis de restrições quando interferem no direito alheio e, mesmo diante de uma ingerência, devem ser analisadas a fim de evitar quaisquer excessos.

Portanto, por mais relevante que seja a verdade para o processo, é inconcebível que seja alcançada a qualquer custo. Primeiro, pela impossibilidade de atingi-la e, depois, por existirem direitos tutelados constitucionalmente que devem ser observados no caso concreto. A verdade será a vertente processual que norteará o julgador nas situações conflituosas, provocando-o e motivando-o a promover a justiça.

---

<sup>133</sup> EDELAMARE BARBOSA MELO, *Provas Ilícitas*, 2000, p.399. Nesse sentido: LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, *Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas*, 1995, p.41; SUSANA HENRIQUES DA COSTA, *Os Poderes do Juiz na Admissibilidade das Provas Ilícitas*, 2006, pp.86-87.

<sup>134</sup> Conferir em JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Porva ilícita (Da sua relevância no Processo Civil)*, 1986, p. 14. Vide também: J.F. SALAZAR CASANOVA ABRANTES, *Provas Ilícitas em Processo Civil: Admissibilidade e Valoração de Meios de Provas Obtidos por Particulares*, 2004, p.104.

### 3.3 Tese Intermediária

Como pode ser retirado dos tópicos anteriores, o conflito vigente sobre a admissibilidade das provas ilícitas encontra-se dividido por duas teses radicais, uma destinada a defender a admissibilidade de forma absoluta e a outra defendendo a inadmissibilidade em quaisquer circunstâncias.

Ocorre que o direito não tem espaço para extremismos, tampouco o excesso pode ser tomado como pacificador de conflitos. Na verdade, tem-se observado falhas e consequências indesejadas com a adoção de posições radicais que, a partir de uma aplicação exagerada de uma visão unilateral, apenas colaboram para a majoração do problema.<sup>135</sup> Ademais, para grande parte dos estudiosos, as teses radicais não se coadunam com o próprio ordenamento jurídico, uma vez que não priorizam a solução justa e equilibrada do conflito e, por isso, não devem ser aceitas.

Em meio aos posicionamentos radicais, surge uma teoria cuja diretriz busca conciliar o método que impede a utilização da prova ilícita com o que permite sem limitações. Apoiado no princípio da proporcionalidade, a corrente intermediária acredita na possibilidade de ponderar dois juízos distintos; de um lado encontra-se o direito à prova e a uma decisão justa (acrescido em determinadas situações de outro direito fundamental), e, do outro, a norma de direito material violado, que, em sua maioria, trata-se de um direito fundamental.

O entendimento é de que a verdade não pode ser alcançada a qualquer preço, mas também não deve ser ignorada. Por isso, a pretensão dessa tese não recai sobre a verdade em si, mas dela se aproxima a fim de que seja prolatada uma decisão justa e adequada para o caso concreto.

O legislador constituinte, ao inserir a norma que versa sobre a vedação das provas ilícitas na CRP, visou proteger os cidadãos de eventuais violações aos direitos fundamentais que lhes são inerentes. No entanto, uma interpretação rígida pode causar prejuízos irreparáveis, e foi na tentativa de dirimir esses danos que a jurisprudência e a doutrina se incumbiram da responsabilidade de demonstrar as consequências de uma interpretação inflexível.<sup>136</sup>

---

<sup>135</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas*, 2011, p.943.

<sup>136</sup> EDUARDO CAMBI, *A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância*, 2006, p.70.

Adotar uma interpretação literal para o dispositivo constitucional que veda as provas ilícitas seria o mesmo que reconhecer a existência de limites absolutos para o direito à prova. Ora, conforme já restou esclarecido em momento oportuno, as restrições probatórias somente podem acontecer diante de fundamentos reais que justifiquem a limitação imposta, sendo, portanto, uma exceção, e não uma regra. Além de que não se pode olvidar que os direitos fundamentais são desprovidos de caráter absolutista, devendo ser interpretados de forma relativa, a qual permite um abrandamento da taxatividade dada pela sua redação.<sup>137</sup>

Outrossim, não há que se negar que aqueles que optam pela intransigência da norma sofrem de uma contradição inexplicável, pois, ao passo que defendem a inadmissibilidade da prova ilícita para proteger os direitos por ela transgredidos, consentem a violação de outros valores constitucionais mais relevantes. Desse modo, resta mais uma vez comprovada que a (in)utilização da prova ilícita resulta em uma colisão de direitos fundamentais. Logo, o juiz, para solucionar esse conflito de interesses, deverá, através de uma interpretação sistêmica da Constituição, harmonizar dois ou mais direitos constitucionais contrapostos, com o propósito de não cometer injustiças e evitar abusos.

Diferentemente do sentido adotado pela corrente obstativa, o argumento da visão sistêmica na tese intermediária tem a finalidade de adequar a interpretação normativa ao contexto da totalidade do ordenamento jurídico. O ideal de sistema unitário permanece, contudo a leitura das normas se modifica. Ou seja, enquanto lá a prova ilícita deve ser inadmitida por não condizer com o sistema único, uma vez que afronta direitos protegidos pelo ordenamento; aqui esse mesmo sistema defende a compatibilização das normas, possibilitando a utilização de uma prova ilícita se a mesma salvaguardar interesses mais relevantes do que os violados. Permite-se, então, que o magistrado realize um juízo de ponderação dos bens em causa.

A atuação do juiz aspira por justiça e, para realizá-la, é imprescindível que o magistrado esteja munido de informações que lhe forneçam o conhecimento necessário dos fatos para que possa vir a aplicar a lei em favor daquele que realmente esteja com a razão. Caso o fato exista e deixe de ser conhecido por formalidades impostas por uma interpretação literal das normas e isso resulte em

---

<sup>137</sup> CELSO BASTOS, *As Provas Obtidas por Meios Ilícitos e a Constituição Federal*, 1994.

influência direta na convicção do julgador, não há que se falar em justiça, mas, sim, em óbice inalterado à consecução da decisão justa.<sup>138</sup>

Desse modo, a interpretação sistemática irá auxiliar o magistrado em sua função, fornecendo-lhe as condições necessárias para que a efetiva prestação jurisdicional seja realizada. Para tal desígnio, o uso da proporcionalidade é indispensável, pois é o mecanismo pelo qual o juiz irá promover o balanceamento dos interesses e valores conflitantes no intuito de determinar qual irá prevalecer e em que medida o outro será sacrificado.<sup>139</sup>

Os defensores da tese intermediária, em atenção à norma vedatória, reconhecem a inadmissibilidade como regra incontestável das provas obtidas ilicitamente, mas acreditam que, como toda regra, há exceções, por isso também é conhecida como “inadmissibilidade mitigada”<sup>140</sup>. Assim, a prova ilícita poderá ser admitida em determinadas circunstâncias, como, por exemplo, nas situações em que se mostre como único meio possível e razoável para apurar a verdade e também quando visar proteger eventualmente outro direito relevante em causa.

Registra-se que a tese intermediária, despontada inicialmente entre as doutrinas e jurisprudência, vem se consolidando cada vez mais, aproximando-se da previsão legal. O ordenamento jurídico brasileiro representa bem a busca por esse avanço. De forma ousada, a redação original do Projeto de Lei nº 166/2010, que objetivou a reforma do Código de Processo Civil Brasileiro, no seu art. 257º, parágrafo único, inseriu a possibilidade de o juiz analisar, diante do caso concreto, a admissibilidade das provas obtidas ilicitamente, de acordo com a ponderação de interesses e dos direitos fundamentais envolvidos.

Apesar de não ter sido aprovada, a tentativa já pode ser vista como uma inovação que fortalece ainda mais o posicionamento da corrente intermediária, bem como acentua a capacidade do magistrado em interpretar e aplicar a norma de forma justa. Assim, parece cada vez mais difícil afastar a proporcionalidade da análise da prova ilícita.

---

<sup>138</sup> ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, *A Eficácia do Meio de Prova Ilícito no Código de Processo Civil Brasileiro*, 2011, p. 933.

<sup>139</sup> EDUARDO CAMBI, *A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância*, 2006, p.71.

<sup>140</sup> ANDRÉ VASCONCELOS ROQUE, *Provas Ilícitas no Novo Código de Processo Civil*, 2010, p.19.

Como defensores da corrente intermediária destacam-se LUÍS MIGUEL MESQUITA<sup>141</sup>, J.F. SALAZAR CASANOVA ABRANTES<sup>142</sup>, JOSÉ JOÃO ABRANTES<sup>143</sup>, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA<sup>144</sup>, EDUARDO CAMBI<sup>145</sup>, FREDIE DIDIER JR.<sup>146</sup> e LUIZ GUILHERME MARINONI<sup>147</sup>.

### **3.3.1 Proporcionalidade**

Com início no direito alemão, o princípio da proporcionalidade vem sendo adotado em diversos sistemas jurídicos, inclusive no Brasil e em Portugal. Tem suas raízes fincadas no direito administrativo, mas vem ganhando espaço também no direito constitucional. Além de amparar os magistrados na solução dos conflitos, a aplicação da proporcionalidade tem ajudado a conter abusos interpretativos. O abrandamento no modo de compreensão das normas tem sido uma realidade e vem progredindo cada vez mais no pensamento jurisprudencial.

Conhecida como “lei da ponderação” por alguns<sup>148</sup>, a proporcionalidade implica numa interpretação balanceada da norma constitucional ou infraconstitucional, ou seja, a norma jurídica apresentada em um caso concreto não deve ser interpretada isoladamente, deverá ser sopesada aos demais interesses e direitos na causa, de modo a dar uma solução mais justa ao conflito.

Seu respaldo legal divide opiniões. Há, como no direito americano, quem incline-se em afirmar que o princípio da proporcionalidade trata de um substrato material do devido processo legal substantivo, cuja característica máxima é a permissão dada ao Poder Judiciário para examinar o caráter justo ou arbitrário do ato sob exame, a fim de conciliar o exercício do poder e a proteção dos direitos dos cidadãos.<sup>149</sup>

Destaca-se que o ordenamento norte-americano aplica o princípio da razoabilidade, que, apesar da semelhança de objetivos em relação à

---

<sup>141</sup> Posição adotada durante o ensinamento oral nas aulas da Disciplina Processo Civil I do curso de Mestrado de 2011/2012 na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

<sup>142</sup> J.F. SALAZAR CASANOVA ABRANTES, *Provas Ilícitas em Processo Civil: Sobre a Admissibilidade e Valoração de Meios de Prova Obtidos pelos Particulares*, 2004.

<sup>143</sup> JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Provas ilícitas (Da sua relevância no Processo Civil)*, 1986, pp.36 e 37.

<sup>144</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas*, 2011.

<sup>145</sup> EDUARDO CAMBI, *A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância*, 2006.

<sup>146</sup> FREDIE DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil*, 2012.

<sup>147</sup> LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Processo de Conhecimento*, 2012.

<sup>148</sup> NELSON NERY JR., *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 2013, p.278.

<sup>149</sup> MARIA CUNHA SILVA ARAUJO DE CARVALHO, *Prova Ilícita*, 2002, pp.967-970.

proporcionalidade, com ela não pode ser confundida. A razoabilidade visa afastar atos absurdos, evitando a ignorância sobre aquilo que é normal, enquanto a proporcionalidade vai mais além, reveste-se de um caráter amplo, que tem como finalidade a busca pelo equilíbrio e pela harmonia.<sup>150</sup> Outro ponto de distinção encontra-se na estrutura desses preceitos, uma vez que a razoabilidade se limita ao exame de apenas um entre os três indicadores da proporcionalidade, qual seja a compatibilidade entre meios e fins (adequação).<sup>151</sup>

Por outro lado, inspirado na doutrina alemã, a maioria dos juristas encontram no Estado de Direito a fundamentação jurídica que melhor legitima o princípio da proporcionalidade. Visto como indissociável da essência e da natureza do próprio Estado de Direito<sup>152</sup>, o referido princípio possui *status* constitucional, devendo ser observado sob pena de violação à Norma Suprema.

ROBERT ALEXY<sup>153</sup>, em sua clássica obra sobre os direitos fundamentais, ensina sobre o elo inabalável que conecta a teoria dos princípios e a proporcionalidade. Assinala que a proporcionalidade, juntamente com seus três elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), resulta da natureza principiológica. Logo, conclui que a proporcionalidade, em virtude de suas características e peculiaridades, não pode ser considerada de outra forma que não como um princípio geral de direito.

Por mais que alguns ordenamentos jurídicos ainda se mostrem resistentes ao uso da proporcionalidade, principalmente no âmbito do processo civil, parece incontestável que esse princípio constitui elemento intrínseco de todo sistema que se apoia no Estado de Direito.

Já outros ordenamentos aceitam a proporcionalidade em casos pontuais, levando em consideração, entre outros fatores, o ramo processual em que esteja inserida. É o caso das provas ilícitas, que, curiosamente, têm uma interpretação mais flexível no processo criminal do que no processo civil, podendo até serem admitidas na esfera penal, como, por exemplo, nas situações em que a sua utilização culmine em benefício para o réu.<sup>154</sup>

---

<sup>150</sup> LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *O Proporcional e o Razoável*, 2002, pp.28-29.

<sup>151</sup> MARIA CUNHA SILVA ARAUJO DE CARVALHO, *Prova Ilícita*, 2002, p.969.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p.970; e PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 2013.

<sup>153</sup> ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 1993, p.1000.

<sup>154</sup> NELSON NERY JR., *Proibição da Prova Ilícita: Novas Tendências do Direito*, 1997, p.18; ANTONIO SCARANCE FERNANDES, *Processo Penal Constitucional*, 2007, p. 94; EDELAMARE BARBOSA MELO, *Provas Ilícitas*, 2000, p.399.

Em Portugal, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido como proibição de excesso, foi elevado à condição de preceito constitucional. Consagrado em diversos dispositivos constitucionais — especialmente no art. 18º, nº 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. 266º, nº 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) —, o princípio da proporcionalidade constitui limite constitucional à liberdade de conformação do legislador.<sup>155</sup>

De acordo com o que foi demonstrado no capítulo anterior, diante da colisão de direitos constitucionalmente protegidos o critério mais adequado para a solução desses conflitos é o da ponderação de interesses, através do qual os bens envolvidos serão analisados de acordo com as circunstâncias apresentadas pelo caso concreto, a fim de encontrar a decisão que mais se coaduna com a ordem constitucional.

Desta feita, é possível afirmar que a admissibilidade da prova ilícita apenas se valerá dos critérios da proporcionalidade se restar demonstrada a relevância dos direitos por ela tutelados perante os direitos conflitantes (ponderação).

Percebe-se que discutir a existência da proporcionalidade no ordenamento jurídico português parece não ser mais preciso, pois os tribunais portugueses, em alguns julgados, já vêm certificando essa presença, especialmente no que tange à prova ilícita. Isso porque, antes de se posicionarem contrariamente à admissão da prova ilícita, procuram examinar se o caso concreto apresenta condições e circunstâncias que ensejariam a aplicação da proporcionalidade; constatando a negativa dos requisitos, decidem pela inutilização da prova ilícita.

A título de ilustração, o acórdão proferido no processo nº 435234/09.8YIPRT-A.G1, pelo Tribunal da Relação de Guimarães<sup>156</sup>, em sua parte final, ao decidir pela inadmissibilidade de uma gravação telefônica não o faz apenas

---

<sup>155</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 2003, p.382.

<sup>156</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, em 16-02-2012. Processo nº 435234/09.8YIPRT-A.G1. Relator: José Ráinho. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/ab509203321d898d802579ea00576d95?OpenDocument>. Acesso em: 11 de março de 2014.

com respaldo no dispositivo constitucional, mas fundamenta também pela ausência da necessidade de ponderação. Aduz que, compulsando os interesses em causa, não resta comprovado tratar-se de prova insubstituível e imperiosa, além de o caso não apresentar justificativas que autorizem a admissão de tal prova e, portanto, sentencia indeferindo o uso da prova ilícita.

Do mesmo modo, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto<sup>157</sup> no processo nº 1534/11.7JAPRT.P1 rejeita uma prova ilícita por concluir que a mesma não possuía relação com o objeto da causa, tão menos seria relevante para a descoberta da verdade e para promoção de uma decisão justa, verificando, nesse momento, que os interesses em causa não eram suficientes para o cabimento da ponderação.

Observa-se que os próprios tribunais, ao inadmitirem a prova ilícita, não têm se limitado a fundamentar suas decisões exclusivamente com fulcro no dispositivo vedatório da referida prova. Pelo contrário, optam por motivar seus posicionamentos a partir de uma visão circunstancial da prova, ou seja, analisam se a mesma contém justificativas favoráveis à sua admissão. Ao adotarem tais medidas, acabam por legitimar a existência da proporcionalidade, pois, caso não acreditassem, valer-se-iam apenas da normativa proibitória da prova ilícita.

Diante do exposto, é possível extrair a seguinte conclusão: ora, se a técnica da ponderação tem sido considerada no processo civil português diante de colisões de direitos envolvendo provas ilícitas, mesmo que o resultado seja a sua inadmissão, então indiretamente acaba por admitir que é possível existir, em determinados litígios, direitos mais relevantes do que os direitos fundamentais tidos como inatingíveis, a exemplo do direito à intimidade e à vida privada. Isso porque, se realmente esses direitos fossem invioláveis, como certos juristas alegam, inexistiriam conflitos e, por conseguinte, a necessidade do uso da ponderação, já que, como absolutos que são, sempre se sobressairiam.

O último julgado mencionado linhas atrás, do Tribunal da Relação do Porto, representa bem esse entendimento. Ao decidir pela inadmissibilidade da prova ilícita, o tribunal a fundamenta na falta de conexão com o objeto da causa e na

---

<sup>157</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 08-05-2013. Processo nº 1534/11.7JAPRT.P1. Relatora: Maria do Carmo Silva Dias. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/196bdcaedcf3016c80257b730036d9e5?OpenDocument&Highlight=0,grava%C3%A7%C3%A3o,de,conversas> . Acesso em: 11 de março de 2014.

irrelevância processual da prova apresentada, isto implica dizer que, se preenchidos esses dois requisitos, a prova ilícita antes inadmitida poderia vir a ser aceita. Assim, uma vez demonstrado que os interesses tutelados pela prova ilícita são mais relevantes do que os confrontados no caso concreto, passar-se-ia a avaliar se a medida adotada (prova ilícita) é proporcional ao fim pretendido (decisão justa).

Corroborando esse entendimento, algumas decisões já se amparam na proporcionalidade para aceitá-las processualmente. Destaca-se, primeiramente, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto<sup>158</sup>, em sede do processo nº 159/07.6TVPRT-D.P1, que, ao reconhecer a ausência de dispositivo legal que expressamente se refira à prova ilícita no âmbito do processo civil, assevera a necessidade de se ter sempre presente que o fim do processo é a composição justa de um litígio, o que implica na apuração da verdade. Ao se posicionar, esclarece:

**Quer-nos parecer, assim, que a orientação que admite a prova com algumas restrições, consoante o caso concreto e os interesses em conflito**, independentemente de se aceitar com maior ou menor reserva a aplicação analógica do art. 32º da Constituição, **é a mais razoável e a que melhor se ajusta aos princípios e normas em vigor**, sem esquecer, obviamente, a relevância que a prova, cuja junção se pretende, tem no caso concreto. [9]

**Na verdade, uma protecção sem limites a certos direitos fundamentais “deixaria em muitos casos sem efectiva tutela o próprio direito de acção” e os direitos fundamentais poderiam vir a ser invocados em claro abuso de direito.** [10]” (Grifo nosso)

Percebe-se, claramente, que há preferência por uma interpretação relativa das normas fundamentais frente à rigidez e inflexibilidade inerente à interpretação literal. Tal medida favorece a efetiva prestação jurisdicional e auxilia na redução de abusos. E conclui:

Assim, **efectuando uma ponderação dos mesmos, in casu**, de acordo com o princípio da prevalência do interesse preponderante e segundo um **critério de proporcionalidade na restrição de direitos e interesses constitucionalmente protegidos**, como decorre do nº 2 do art. 18º da CRP e tendo presente que nem sempre **será de concluir pela prevalência do último, a verdade é que, aqui, não sendo prestadas as informações em causa, ficaria irremediavelmente comprometida a posição da parte que a requereu (a autora) bem como a descoberta da verdade.**” (Grifo nosso)

Constata-se que, ao considerar a visão sistêmica do ordenamento jurídico, bem como a preservação da essência das normas conflitantes e o intuito de

---

<sup>158</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 25-05-2009. Processo nº 159/07.6TVPRT-D.P1. Relatora: Maria José Simões. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/005d854fb9d5e574802575c400489a23?OpenDocument> . Acesso em: 11 de março de 2014.

se proferir uma decisão justa, a tese adotada não pode deixar de ser a intermediária, através da qual há a tentativa de harmonização dos interesses em conflito, estabelecendo o valor que irá prevalecer e em que medida o outro deverá ser sacrificado.

Diante da norma constitucional vedatória que expressamente proíbe o uso da prova ilícita, muitos podem questionar qual seria a justificativa plausível para aplicação da proporcionalidade, principalmente se partirem do pressuposto de que o legislador utilizou-se da técnica da ponderação ao incluir o referido dispositivo e acabou por optar pela proteção de outros direitos. Tal indagação é pertinente e pode até gerar uma certa desconfiança quanto à aplicação da proporcionalidade nos casos que envolvam a prova ilícita.

Todavia, a dúvida suscitada apenas tem razão de ser se analisada sob enfoque superficial. Afirmar que a proporcionalidade deveria ser afastada por acreditar que a norma constitucional ponderou tudo o que havia para ponderar, eliminando, assim, a necessidade de qualquer outra ponderação por parte do juiz, somente seria possível se a incidência do dispositivo ocorresse em casos uniformes, homogêneos, que em nada se diferenciariam.

Na prática, mesmo diante de um sistema jurídico ideal, nenhum constituinte tem a capacidade de dispor do tempo, das informações e condições necessárias para pressentir e regular todas as situações conflituosas que poderiam vir a surgir na aplicação dos princípios. Ainda que assim o fosse, correria o risco iminente de perder a aptidão para adequar-se às novas necessidades sociais, uma vez que careceria de efetividade em virtude do aprisionamento ao passado.<sup>159</sup>

De fato, se houve o uso da técnica da ponderação, os únicos interesses ponderados foram o direito à descoberta da verdade e a proteção ao direito material violado, razão pela qual a única regra válida é a da proibição da prova ilícita para viabilizar a descoberta da verdade.

Portanto, ainda é perfeitamente possível utilizar-se da ponderação e proporcionalidade para solucionar conflitos envolvendo as provas ilícitas. A ponderação ocorrerá, então, entre o direito material que se deseja tutelar e o direito material violado pela prova ilícita. Nestes casos, que representam controvérsias complexas, é inconcebível que se afirme existir apenas uma solução correta.

---

<sup>159</sup> CARLOS BERNAL PULIDO, *La Racionalidad de la Ponderación*, 2008, pp.48-49.

O direito não é uma ciência exata onde a norma é fórmula única para todos os cenários. Aplicar uma norma requer do magistrado um conhecimento complexo do sistema jurídico, bem como da realidade social, e não um mero saber técnico, pois deverá empregá-la de acordo com as circunstâncias apresentadas no caso concreto. A lei não exaure o direito, uma vez que neste, assim como na arte, o verdadeiro se encontra na face oculta do visível.

### **3.3.2 (Sub)princípios do princípio da proporcionalidade**

Os princípios do princípio da proporcionalidade, na visão de ALEXY, deveriam ser entendidos como regras, pois não se tratam apenas de diretrizes a serem perseguidas para a aplicação da proporcionalidade em sentido amplo, mas, sim, de requisitos, exigências ou pressupostos que devem, obrigatoriamente, ser satisfeitos, sob pena de torná-lo inoperante. Todavia, mesmo diante do relevante posicionamento do ilustre jurista, a classe majoritária prefere se referir aos elementos como princípios ou subprincípios da proporcionalidade.

Esses subprincípios devem ser apreciados de acordo com um grau evolutivo, obedecendo a uma ordem lógica. Assim, o princípio da adequação é pressuposto básico para que o princípio da necessidade seja analisado e, conseqüentemente, o exame deste é condição *sine qua non* para a averiguação do princípio da proporcionalidade em sentido restrito.

#### **a. Princípio da adequação**

O princípio da adequação implica que a medida adotada deve ser apropriada para a consecução de um determinado fim, ou seja, o caminho que leva à satisfação de um direito deve ser compatível com o fim que ele persegue. Assim, apenas será considerado como adequado aquele meio que, com sua utilização, o fim pretendido é alcançado.

Nos dizeres de CANOTILHO<sup>160</sup>, o princípio da adequação de meios, ou da conformidade, destina-se ao controle da relação meio-fim e, por tal razão, presume a apuração e a comprovação de que o ato escolhido pelo poder público é adequado para a prossecução dos fins desejados, bem como condiz com as justificativas utilizadas para sua adoção.

---

<sup>160</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 2003, p.383.

#### b. Princípio da necessidade

Pelo princípio da necessidade, também conhecido como princípio da exigibilidade ou da menor ingerência possível, deve-se entender que não existia meio igualmente eficaz e menos gravoso para o indivíduo do que o que fora adotado para a consecução do fim desejado.<sup>161</sup> Deve ser observada a necessidade da medida, não podendo exceder os limites de conservação do fim a que se destina.

Para alguns, corresponde ao princípio da “escolha do meio mais suave”, pois, diante das medidas possíveis, deve ser escolhida aquela que apresenta menor potencial ofensivo aos interesses do cidadão. Desse modo, diante do caso concreto, deverá ser adotada aquela medida tida como necessária e exigível na sua forma pessoal, material, espacial e temporal.

#### c. Princípio da proporcionalidade em sentido restrito

O subprincípio da proporcionalidade em sentido restrito, considerado por alguns autores como princípio da “justa medida”, representa um controle sobre a avaliação subjetiva, indicando a justeza da solução encontrada.<sup>162</sup>

Assim, após a apreciação da adequação e da necessidade, deverá ser indagado se o resultado obtido é proporcional ao fim pretendido. Haverá, então, um juízo de ponderação entre o meio e fim, no qual, como leciona CANOTILHO<sup>163</sup>, pretende-se “pesar as desvantagens do meio em relação às vantagens do fim”.

### **3.3.3 Proporcionalidade e o subjetivismo do julgador**

A aplicação da proporcionalidade é atividade exclusiva do juiz. Para os críticos, esse é elemento que macula o emprego da proporcionalidade nos conflitos, em especial naqueles envolvendo as provas ilícitas. Isso porque o posicionamento adotado pelo magistrado pode vir a confrontar preceitos legais, principalmente se o mesmo não considerar a conjuntura normativa e as circunstâncias do caso concreto.

Diante do subjetivismo, o risco pode até existir, mas deve repugnar o “terrorismo” que se dissemina. A probabilidade desse incidente acontecer é mínima

---

<sup>161</sup> ROBERT ALEXY, *Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade*, 2003; GILMAR MENDES, *Curso de Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2012.

<sup>162</sup> Idem.

<sup>163</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, p.383.

e remota. Defender a inaplicabilidade prática da proporcionalidade com fulcro no subjetivismo seria o mesmo que insinuar que os juízes são incompetentes e incapazes de exercer suas funções, o que, de fato, não pode prosperar.

Conforme já discutido em momento oportuno, diante da insegurança do subjetivismo, deve-se acolher a orientação de BARBOSA MOREIRA<sup>164</sup> de que o magistrado não pode ser visto como uma pessoa despreparada ou desprovida de boa-fé, pelo contrário, a partir do momento que assume tal função, presume-se um ser dotado de idoneidade moral, caráter ilibado e provido de valores éticos e legais e que, acima de tudo, preza pela justiça. Ademais, como afirma EDUARDO CAMBI<sup>165</sup> negar o subjetivismo seria o mesmo que contestar a existência de posicionamentos variados acerca de uma mesma realidade.

Indubitavelmente, ao juiz recai a responsabilidade de interpretar e aplicar as regras e princípios jurídicos ao caso concreto, a fim de prolatar decisões adequadas e justas. E aqui, relembra-se que o próprio ordenamento jurídico, em diversos momentos, confia na valoração do magistrado quando estabelece normas cujos conceitos jurídicos são indeterminados.<sup>166</sup>

A função primordial do magistrado é interpretar a regra jurídica. A norma não é um fim em si mesma e necessita dessa iniciativa para que seja aplicada adequadamente ao caso concreto. Cada interpretação corresponde a uma recriação, tendo em vista que os textos legais não são meios inextensíveis de expressão, mas diretrizes que se flexionam às transformações da vida.

Por mais legalista que deva ser o juiz no exercício de sua função, não se pode dele afastar a incumbência de aplicar a lei vigente de forma justa. Isso implica dizer que o órgão jurisdicional não fugirá do conteúdo normativo, apenas deverá fazer uso do mesmo com prudência, atendendo às sugestões da realidade social, a fim de evitar decisões incoerentes com o sistema jurídico e social.

Pode-se, então, afirmar que a atuação do juiz tem como resultado indissociável o esclarecimento das estruturas da lei para que os leigos e a sociedade em geral possam compreendê-las e observá-las, consolidando a confiança no Poder Judiciário. Por tais razões, o magistrado não deve ser visto como uma ameaça, mas

---

<sup>164</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas*, 2011, p.940.

<sup>165</sup> EDUARDO CAMBI, *A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância*, 2006, pp.76-77.

<sup>166</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, p.941.

considerado como um elo de comunicação que interliga os ditames legais aos anseios e valores sociais.<sup>167</sup>

Outrossim, apesar de incontestável o liame entre a proporcionalidade e o subjetivismo do magistrado, não se pode afirmar que por tal razão a mesma é irracional, nem tampouco que seu alicerce se perfaz, exclusivamente, nas apreciações subjetivas do julgador.<sup>168</sup>

Negar o viés racional que tem a ponderação de bens seria o mesmo que não reconhecer a racionalidade a tudo aquilo que constitui o ofício do juiz, tendo em vista que a fundamentação jurídica reveste-se, necessariamente, de valorações.<sup>169</sup> Os próprios princípios da proporcionalidade (analisados a seguir) constituem o lado racional da ponderação, uma vez que representam medidas de controle, limitando a atuação do julgador a fim de evitar a prática de abusos e eventuais desproporcionalidades.

Desse modo, a atribuição fundamental do juiz (interpretar), aliada à observância dos padrões, faz com que a versatilidade das normas, intrínseca à aplicação do princípio da proporcionalidade, não submeta os cidadãos a um critério arbitrário dos magistrados na análise da licitude das provas.

Ademais, atribuir ao juiz o poder de balancear os valores em conflito a fim de decidir sobre a admissibilidade de uma prova ilícita e, por conseguinte, solucionar a lide de forma justa se coaduna muito mais com as diretrizes marcantes do processualismo moderno do que a imposição simples e pura da correntes radicais da admissibilidade e inadmissibilidade.<sup>170</sup>

### **3.3.4 Tese intermediária: posição que se coaduna com a tutela constitucional dos menores**

Em diversas oportunidades restou demonstrado que não se coaduna com um Estado democrático de direito a adoção de valores constitucionais absolutos, devendo todos serem submetidos a uma harmonização a fim de evitar que um sufoque o outro.<sup>171</sup> Isso implica afirmar que no ordenamento jurídico merecem

---

<sup>167</sup> PIERO CALAMANDREI, *Estudos de Direito Processual na Itália*, 2003, pp.86-88.

<sup>168</sup> CARLOS BERNAL PULIDO, *La Racionalidad de la Ponderación*, 2008, p.47.

<sup>169</sup> WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*, 2001, p.206.

<sup>170</sup> JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Prova ilícita (Da sua relevância no Processo Civil)*, 1986, p. 37.

<sup>171</sup> MANOEL JORGE E SILVA NETO, *Curso de Direito Constitucional*, 2006, p.466.

proteção da Constituição outros tantos valores que podem, em situações concretas, conter extensões e contornos mais elevados que o direito de não ter contra si prova ilícita produzida, devendo, nesses casos, buscar aquele que estiver em melhor sintonia com a dignidade da pessoa humana.

A vedação das provas ilícitas, antes mesmo de proteger a privacidade do indivíduo, tem como finalidade maior assegurar o soberano respeito pelo valor máximo da ordem constitucional portuguesa, qual seja: a dignidade da pessoa humana. Logo, caso uma prova ilícita, numa situação real, esteja tutelando um direito que tem mais identidade com a dignidade da pessoa humana do que o direito violado, deverá, então, ser aceita. Sendo assim, a corrente que defende a inadmissibilidade confronta o próprio ordenamento jurídico, tendo em vista que a posição adotada conflita com o propósito da própria norma vedatória da prova ilícita.

No entanto, deve-se ter cuidado para não confundir a regra com a exceção. A revelação de que em certas situações a prova ilícita poderá proteger um bem jurídico de maior relevância do que os direitos violados não significa que a mesma deverá ser admitida em todas as circunstâncias. Pelo contrário, reforça ainda mais a excepcionalidade de sua aceitação, que apenas será possível a partir da ponderação dos interesses em conflito. Urge ressaltar que a proporcionalidade, utilizada para justificar o uso da prova ilícita, tem como âmago salvaguardar a dignidade das pessoas envolvidas.<sup>172</sup>

Cumprido destacar que um dos campos mais férteis para a admissibilidade da prova ilícita em caráter excepcional é o Processo Civil das Famílias, por, muitas vezes, envolver valores jurídicos de importância superior à privacidade, tais como a destituição do poder familiar, as ações de alimentos e guarda de menor.

As normas jurídicas das relações familiaristas, caracterizadas pela dinamicidade, se dedicam a regular a própria vida privada e, por conseguinte, sofrem influências de movimentos sociais e valorativos que lhes causam constantes transformações com o intuito de atender às exigências humanas. A dificuldade encontrada desde a regulação persiste nas fases de interpretação e aplicação dessas normas, pois ao juiz é exigida não só habilidades jurídicas, como também a sensibilidade para compreender as suas particularidades e os óbices probatórios decorrentes das mesmas.<sup>173</sup>

---

<sup>172</sup> MARIA BERENICE DIAS, *Manual de Direito das Famílias*, 2007, p.85.

<sup>173</sup> CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, *A Prova Ilícita no Processo Civil das Famílias*, 2010, p.480.

Para assegurar, nesses casos especiais, decisões justas e adequadas, o Estado não só deve se preocupar com os direitos fundamentais transgredidos com a obtenção da prova ilícita, mas com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais, igualmente importantes, que dependem de sua produção. Nessas circunstâncias, a insistência pela inadmissibilidade poderá gerar graves efeitos, motivo pelo qual justifica-se a sua flexibilização.<sup>174</sup>

Basta mencionar, por exemplo, o emblemático caso que chegou até o Superior Tribunal de Justiça (Brasil), de intoxicação de menores pela própria genitora através da manipulação do remédio Lexotan. Segue uma breve síntese dos fatos: a mãe tinha marido, duas filhas e um amante médico. Quando o esposo viajava ela ministrava “Lexotan” às meninas para facilitar seu relacionamento extraconjugal. O marido, suspeitando do comportamento da esposa, gravou a conversa telefônica entre ela e o amante, e conseguiu registrar que tal situação era verídica. Na tentativa de condenar a esposa, o marido a denunciou penalmente (tóxico) e apresentou como prova a gravação. Todavia, a mesma ajuizou ação de mandado de segurança, instando no desentranhamento da decodificação da fita magnética. Neste caso, o Tribunal se posicionou a favor da intimidade individual da esposa, tendo como fundamento a obtenção ilegal da prova.

E aqui não há como fugir da repetida reflexão: se fosse considerado em um cenário processual cível das famílias, como, por exemplo, a ação de alteração de guarda dos filhos? De fato, o desentranhamento da prova ensejaria consequências devastadoras, uma vez que atingiria valores jurídicos proporcionalmente mais relevantes do que a intimidade, quais sejam a proteção à vida e a integridade física das crianças. Afinal, qual outro meio seria capaz de provar o uso de substância tóxica? Um exame toxicológico, talvez. Mas não se pode esquecer a teoria do fruto da árvore envenenada. No caso em tela, o referido exame não poderia servir como prova, afinal a informação sobre o Lexotan só foi possível através da gravação e, portanto, devido à conexão entre elas, também estaria viciada e ilícita. Percebe-se, então, mais um agravante nessas demandas, a dificuldade em produzir provas.

Diante de uma inadmissibilidade de prova ilícita, indaga-se, por exemplo: como provar uma tortura psicológica sofrida por um menor numa ação de guarda? E

---

<sup>174</sup> LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Processo de Conhecimento*, 2012. p.393.

ainda: será que, nesses casos, a ilicitude probatória não pode ser afastada pelo prisma da legítima defesa? É incontestável as peculiaridades que cercam os processos envolvendo conflitos familiares.<sup>175</sup>

CASANOVA ABRANTES<sup>176</sup>, ao explicar os argumentos favoráveis à admissibilidade da prova ilícita, destaca um exemplo que se coaduna perfeitamente com o tópico em tela. A ilustração incide sobre uma ação de alimentos, em que o genitor afirma estar desempregado e, por tal razão, nega-se a pagar os alimentos. Todavia, o filho em uma das visitas à casa do pai pegou documentos contratuais e os respectivos valores pagos e levou até a casa da mãe. Esta, por sua vez, passou a ter conhecimento dessa relevante informação.

Posicionar-se pela inadmissibilidade do referido documento seria o mesmo que consentir com a condição de miséria que assola o filho. Se o modo como o meio probatório fora obtido implica numa recriminação, não menos reprovável deve ser a postura de um pai que prefere omitir uma importante informação e opta por deixar o filho em circunstâncias degradantes.

Tais hipóteses são apenas algumas amostras, dentre as inúmeras encontradas nas lides familiares, da existência de outros interesses axiologicamente superiores ao direito à privacidade no tocante à concretização da dignidade humana. Comprova-se que o afastamento de uma prova ilícita, nesses casos, pode ser, além de crucial, configurado como uma violação a direitos tutelados constitucionalmente. Para os que ainda persistem em inadmitir, uma pergunta simples deve ser feita: a ilicitude alegada encontra-se na forma de obtenção da prova ou na consequência de sua recusa? Sim, o questionamento é pertinente, pois a opção pela inadmissibilidade também resulta em uma afronta a normas materiais amparadas pela Constituição.

Por mais que o processo civil de família seja o campo que melhor elucide a admissibilidade da prova ilícita, não se pode afirmar que o mesmo é um palco livre de regras. Pois, ainda aqui, há o respeito pela norma vigente e, por consequência, vigora, em geral, a inadmissibilidade.

No entanto, a intransigência não deve proceder, até mesmo por se tratar de situações excepcionais. Nesses casos (excepcionais), deve-se prezar pela

---

<sup>175</sup> ROLF MADALENO, *A Prova Ilícita no Direito de Família e o Conflito de Valores*, 2007, p.571.

<sup>176</sup> J.F. SALAZAR CASANOVA ABRANTES, *Provas Ilícitas em Processo Civil: Sobre a Admissibilidade e Valoração de Meios de Prova Obtidos pelos Particulares*, 2004, pp.104-105.

vontade do legislador em proteger a dignidade da pessoa humana, e por isso é que, em determinadas circunstâncias, a flexibilização do dispositivo dá-se por justificada.

No mesmo sentido, decidiu o Tribunal da Relação de Lisboa<sup>177</sup>, em acórdão proferido em 2006. A ação tratava de *alteração da regulação do poder paternal de dois filhos menores*. Proposta pelo genitor, teve como causa o perigo grave sofrido pelos menores, uma vez que o autor constatou, na ausência da genitora, que a mesma facilitava, na residência que dividia com os filhos, a entrada de pessoas relacionadas ao consumo de estupefacientes. Alegou que o acesso não tinha hora certa e que comumente se estendia até o período noturno, situação desagradável para os menores, que, além de terem o sossego desrespeitado, ainda tinham que presenciar discussões em voz alta e com uso de termos impróprios.

Diante dos fatos, o tribunal solicitou que a polícia verificasse a veracidade das alegações. Esta, por sua vez, atendendo ao pedido judicial, anexou aos autos informações sobre o suscitado. Dentre os documentos acostados pela polícia, encontrava-se uma descrição de diligências realizadas e um relatório de vigilância. Em posse dessas e demais provas, o tribunal resolveu conceder a guarda dos filhos menores ao genitor e fixou à genitora os períodos que gozaria da companhia dos mesmos. Registra-se que em todas as oportunidades os prazos para que as partes pudessem se manifestar em relação a qualquer documento ou decisão foram rigorosamente respeitados.

Tomada pelo inconformismo da sentença, a genitora recorreu. Entre os argumentos utilizados no recurso, dois merecem destaque pela conexão apresentada com o objeto em estudo: a) o tribunal, ao fundamentar a decisão, fez uso de uma prova ilícita (relatório de vigilância); b) o tribunal não admitiu a junção aos autos de uma gravação de áudio em que um dos menores afirma que a madrasta lhe bate.

Na primeira situação, a problemática trava-se em torno da possível violação ao direito à intimidade e vida privada e familiar. De início, o tribunal opta pela objetividade e assegura que em nenhum momento a decisão fundamentou-se, apenas, no relatório de vigilância, pelo contrário ateve-se às demais provas, que já se mostravam suficientes para a solução do litígio. No entanto, o tribunal, com o

---

<sup>177</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº 321/05.6TMFUN-C.L1-7, de 09 de junho de 2006. Relatora: Maria do Rosário Morgado. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/0/87a9b38e2cc75ea6802575e00057d236?OpenDocument>. Acesso em: 14 de março de 2014.

intuito de dirimir quaisquer dúvidas acerca do questionamento, resolveu adentrar no mérito da discussão e expôs seu posicionamento em relação à prova ilícita, qual seja:

**Parece assim mais adequado, pelo menos no que toca a certos direitos fundamentais[5] (como será o caso do direito à intimidade), perante uma eventual colisão de direitos, encontrar a solução à luz da ponderação dos interesses em jogo, averiguando, caso a caso, qual o direito fundamental atingido e as circunstâncias que rodearam a actuação “lesiva”.**

[...]

Nesta perspectiva, não decorrendo da lei a proibição absoluta de admissibilidade daquele elemento de prova, **considerando a espécie de providência requerida e os seus fundamentos, bem como as circunstâncias em que foi obtido o aludido elemento de prova, fazendo, por sua vez, como se impõe, o confronto dos interesses em litígio, inclinamo-nos para reconhecer a sua admissibilidade.**<sup>178</sup> (Grifo nosso)

Está-se perante o uso da proporcionalidade em circunstâncias excepcionais. Considerando as peculiaridades do caso concreto e constatando a cautela da situação, o tribunal se posicionou a favor da prova ilícita. Ainda esclareceu que o art. 32, nº 8 da CRP não tem uma interpretação pacífica quanto à sua aplicação ao processo civil, até mesmo porque em outras situações o legislador adota, com clareza, tratamento diferenciado entre os ramos processuais existentes (penal e civil). A decisão, através da ponderação dos valores em causa, fez prevalecer a proteção aos interesses dos menores, acreditando tratar-se de bem jurídico superior ao direito à intimidade violado.

O princípio da proporcionalidade não tem o condão de tornar lícita uma prova obtida com violação a uma norma constitucional. Pelo contrário, reconhece a ilicitude da mesma, entretanto, permite que o juiz, diante do caso concreto, examine os valores contrapostos a fim de escolher aquele que melhor se coaduna com uma decisão adequada e justa, assim como garantir o objetivo constitucional de preservar a dignidade da pessoa humana.<sup>179</sup>

Ademais, já existem situações no processo civil em que o julgador recorre à ponderação para solucionar os conflitos de interesses. Afinal, o juiz não deixa de se utilizar da ponderação ao deferir um exame de DNA em ação de paternidade, atribuindo um valor maior à identidade da pessoa. Em nada se difere quando

<sup>178</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº 321/05.6TMFUN-C.L1-7, de 09 de junho de 2006. Relatora: Maria do Rosário Morgado. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/0/87a9b38e2cc75ea6802575e00057d236?OpenDocument>. Acesso em: 14 de março de 2014.

<sup>179</sup> ROLF MADALENO, *A Prova Ilícita no Direito de Família e o Conflito de Valores*, 2007, p.570.

autoriza a quebra do sigilo bancário<sup>180</sup> para apurar a capacidade econômico-financeira do devedor de alimentos. São situações que colaboram com a flexibilização interpretativa das normas, adaptando-as à realidade social em que se encontram.

Frisa-se que o fato de a demanda estar relacionada ao direito de família não configura razão suficiente para admitir a prova ilícita. Tanto é assim que o tribunal não admitiu a junção aos autos de uma gravação de áudio em que um dos menores afirma que a madrasta lhe bate, objeto da segunda alegação da recorrente.

O tribunal, de forma prudente e sábia, afirma que, do despacho de indeferimento, a genitora teve a oportunidade de impugná-lo no momento oportuno e não o fez. Consequentemente, a questão não pode ser reapreciada sob pena de ofensa do caso julgado. A recusa do tribunal tem razão de ser, pois há margem para desconfiança pelo fato de a genitora não ter impugnado a inadmissibilidade no momento em que teve, deixando apenas para fazê-lo em sede de recurso, tornando os seus interesses ocultos.

Transcendendo a justificativa procedimental analisada pelo tribunal, insta alinhar que a rejeição da audição da gravação anexada pela genitora se deu corretamente. Num primeiro momento, pode-se ter a impressão de que, por ter admitido uma prova ilícita, o tribunal estaria obrigado a aceitar outra prova de igual natureza.

No entanto, apreciando detalhadamente ambas as provas, percebe-se que a gravação anexada peca pela falta de credibilidade, como será demonstrado. A captação da voz é de um menor, pessoa considerada vulnerável para fins de direito e que, por tal razão, poderia ter sido, facilmente, manipulado para prestar quaisquer informações, principalmente se a gravação tiver sido realizada pela ou na presença

---

<sup>180</sup> A quebra do sigilo bancário não somente ocorre nos casos de pensão alimentícia. Também tem sido admitida em outras ações, a exemplo da ação declarativa de anulação e restituição que teve Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, processo nº 159/07.6TVPRT-D.P1.S1, de 17 de dezembro de 2009. Relator: Hélder Roque. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/afc9ab905314256e802576a1004f9d9c?OpenDocument>. Acesso em: 14 de março de 2014. No mesmo sentido de quebra do sigilo bancário, cita-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, processo nº 415/09.9TCGMR-A.G1, de 22 de fevereiro de 2011. Relatora: Helena Melo. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/56ba860a1586e2e98025785d00529d61?OpenDocument&Highlight=0,efectiva,presta%C3%A7%C3%A3o,jurisdicional>. Acesso em: 14 de março de 2014. Ainda sobre o tema: Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, processo nº 46/11.3YRGMR, de 12 de abril de 2011. Relatora: Ana Cristina Duarte. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/66d4e3da7fd062dc802578c0003a4388?OpenDocument&Highlight=0,efectiva,presta%C3%A7%C3%A3o,jurisdicional>. Acesso em: 14 de março de 2014.

da mãe. Curiosamente, trata-se de uma gravação isolada, em que apenas um dos menores se manifesta. Outrossim, durante todo o procedimento se restou demonstrado que os menores mantinham uma boa relação com o pai e sua companheira. Expor a dita prova e valorá-la seria o mesmo que se apoiar numa prova frágil. Ainda estaria, de forma desnecessária, constrangendo o menor e, provavelmente, provocando uma interferência na sua personalidade.

Diferentemente do que ocorre com o relatório de vigilância, no qual comprovou as más condições em que os menores viviam quando estavam sob a guarda da genitora. Além de que as informações deduzidas pela polícia foram seguras ao confirmar o envolvimento desta com consumidores de estupefacientes, fator inadmissível para o bom desenvolvimento dos menores.

Portanto, não há como negar que a solução adotada pelo tribunal foi a mais adequada para o caso concreto, onde buscou cercar-se de todas as provas necessárias para a resolução do conflito.

Percebe-se que, para a admissibilidade de uma prova ilícita, deve estar reunido um conjunto de fatores que contribuem para o abrandamento da norma, tais como a dificuldade de produzir provas, a credibilidade das provas apresentadas, a constatação da existência de um único meio probatório, a sensibilidade do caso concreto e, principalmente, a intenção de defender bens jurídicos superiores ao direito à privacidade.

Por isso é que também se vê que, numa ação de separação judicial, a prova ilícita dificilmente é aceita, apesar dos esforços e da frequente utilização de escutas telefônicas, gravações clandestinas, correio eletrônico, detetives particulares, entre outros meios de comprovação de fatos alegados, como a infidelidade. Esse insucesso dar-se pela falta de elementos essenciais, quais sejam estar em causa situações que demonstrem a indispensabilidade daquela prova e tratar-se de valores que se sobreponham à privacidade.

A relevância do princípio da proporcionalidade para a fase probatória no processo civil é indiscutível, em especial no que tange ao juízo de família. O julgador, ao deferir o uso de uma prova, o faz ao considerar alguns fatores, como as peculiaridades que circundam a situação, a necessidade de preservar um direito superior ao direito violado e a essencialidade de tal prova para a justa solução do litígio. Por fim, não se pode olvidar que as restrições dos direitos fundamentais

decorrem em favor e na defesa da ordem jurídica, podendo ser afastadas quando não condizem com tal finalidade.

### 3.4 Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada

A teoria dos frutos da árvore envenenada, desenvolvida pela Suprema Corte Americana (*fruits of the poison tree*), aduz que os frutos advindos de uma árvore contaminada por ela estarão viciados.

No plano das provas ilícitas, onde comumente uma prova ilícita propicia outra, a referida teoria determina que as provas consideradas lícitas em si mesmas que forem obtidas a partir de uma prova ilícita também estão contaminadas.<sup>181</sup> Isso porque acredita-se que a prova derivada da ilícita não teria sido encontrada se não fosse a ilicitude da primeira, fato que estabelece a conexão entre ambas.<sup>182</sup> A comunicação entre elas ocorre de tal modo que as secundárias são conhecidas como “provas ilícitas por derivação”. Destarte, uma prova só pode ser contaminada se for consequência direta ou indireta da ilícita.

Entretanto, mesmo com o evidente liame, existem situações nas quais a contaminação pode ser afastada. A jurisprudência norte-americana, seguida pela maioria dos ordenamentos jurídicos, elencou duas dessas hipóteses: limitação da fonte independente e limitação da descoberta inevitável. A última consiste na afirmação de que o fato advindo da prova ilícita seria descoberto, mais cedo ou mais tarde, por outros meios. Dessa forma, pode-se deduzir que ocorre uma descaracterização do nexos causal da contaminação e, conseqüentemente, inexistem motivos para retirar a eficácia dessa prova. Já a limitação da fonte independente, como o próprio nome denuncia, assevera que a prova alcançada não decorre da prova ilícita, mas, sim, de uma fonte independente e, por tal razão, não deve ser considerada como uma prova viciada de vício.

---

<sup>181</sup> FREDIE DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil*, 2012. p.39; Vide também NELSON NERY JR., *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 2013, p.284. E SUSANA HENRIQUES DA COSTA, *Os Poderes do Juiz na Admissibilidade das Provas Ilícitas*, 2006, p.91.

<sup>182</sup> MARIA CUNHA SILVA ARAÚJO DE CARVALHO, *Prova Ilícita*, 2002, p.970.

### 3.5 Prova Emprestada

Outro ponto de discussão envolvendo as provas ilícitas incide sobre a prova emprestada. Nesse caso, deve-se indagar se uma prova ilícita aceita em um determinado processo pode surtir efeito em uma lide diversa. A resposta está longe de ser pacífica.

Para alguns, o fato de a prova ter sido admitida em um processo afasta prontamente qualquer motivo em defesa de uma inadmissibilidade em outro. Isso porque os motivos desencadeados a favor da inadmissibilidade já teriam sido violados e, portanto, não haveria justificativa plausível para persistir em uma proteção.<sup>183</sup>

Em posição adversa, uma outra corrente se manifesta contrariamente à prova emprestada. Defende que a admissibilidade da prova ilícita em um processo não deve ser estendida à outro, pois cada processo tem a sua particularidade. Logo, os fundamentos utilizados para sustentar a prova ilícita em caso podem não ser aplicados a outro.<sup>184</sup> Assim, seria absurdo admitir uma prova ilícita pelo simples fato de essa prova já ter sido aceita em outro processo. De fato, ambas as correntes não estão totalmente equivocadas. De um lado, é possível aproveitar a interpretação flexível das normas, assegurado o respeito ao sistema jurídico; de outro, extrai-se a cautela de prezar pelas condicionantes de cada caso.

Em consonância com o exposto na presente pesquisa, conclui-se que a admissão de uma prova ilícita em um processo não enseja necessariamente a sua admissão em outro. É bem verdade que a violação ao direito preservado já foi realizada, mas deve-se analisar as circunstâncias de cada caso concreto, pois, mesmo se tratando de uma única prova, as condições (de tempo, espaço, etc.) a que está submetida têm suas peculiaridades que não podem ser ignoradas.

### 3.6 Noção de Vida Privada e a sua Abusiva Intromissão

O resguardo à vida privada, previsto no art. 80º do Código Civil Português, integra a tutela da personalidade moral inserida no art. 70º do mesmo

---

<sup>183</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas*, 2011, p.949. Nesse sentido: EDUARDO CAMBI, *A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância*, 2006, p.61.

<sup>184</sup> JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas*, 2011, p.949.

diploma legal, além de possuir assento constitucional. A Constituição, em diversas passagens, preza pelo sigilo da vida privada do indivíduo, tais como no art. 26º, nº 1 e 2 (direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar); no art. 32º, nº 8 (proteção contra a abusiva intromissão na vida privada); e no art. 34º (inviolabilidade do domicílio e da correspondência).<sup>185</sup>

A vida privada corresponde a uma esfera particular da natureza do homem. Representa o direito que o indivíduo tem de ficar só, de refletir, de poder avaliar suas atitudes e formar suas convicções. Apesar da complexa vida em sociedade, acrescida do avanço tecnológico, existem fatos que dizem respeito, exclusivamente, a cada pessoa, sem a necessidade de serem revelados.

A vida privada é de tal importância para o ordenamento jurídico que outros direitos existem para garanti-la. Por isso, pode-se afirmar que incorpora não apenas o direito de recolher-se, mas também outros direitos a ela associados, como o respeito à vida familiar, doméstica e sentimental; a reserva do domicílio, da correspondência e de outros meios de comunicação privada; a preservação dos dados pessoais informatizados, dos rendimentos patrimoniais e demais elementos privados da atividade profissional e econômica.

O entendimento de proteção à vida privada amplia sua incidência a fim de acompanhar o surgimento dos modernos meios técnicos disponíveis. Assim, na visão de CANOTILHO<sup>186</sup>, a reserva à vida privada deve ser compreendida em dois direitos menores: a) o direito de impedir o acesso a informações e dados da vida privada; e b) o direito de que ninguém divulgue as informações que tenha conhecimento sobre a vida privada de outrem.

Para garantir a devida proteção à vida privada, o Estado, além de não poder violar tal direito, tem a obrigação de estabelecer mecanismos, como as sanções previstas na lei penal e civil, que impeçam que essa transgressão ocorra por entidades públicas ou privadas.

Limitando-se ao objeto do presente trabalho, mister se faz analisar a reserva da vida privada sob o ângulo da proteção constitucional prevista no art. 32º, nº 8. Segundo CANOTILHO<sup>187</sup>, o emprego do termo “abusiva intromissão” deve ser entendido “[...] *quando efectuada fora dos casos previstos na lei e sem intervenção*

---

<sup>185</sup> RABINDRANATH VALENTINO ALEIXO CAPELO DE SOUZA, *O Direito Geral de Personalidade*, 2011, p.317.

<sup>186</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2006, p.467.

<sup>187</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2006, p.524.

*judicial (art. 34º-2 e 4), quando desnecessária ou desproporcionada ou quando aniquiladora dos próprios direitos (cfr. Art. 18º-2 e 3)”.*

Apesar do renomado jurista (CANOTILHO) não fazer qualquer referência quanto à cumulatividade dessas circunstâncias, ISABEL ALEXANDRE<sup>188</sup> defende que a primeira é pressuposto básico para a existência das outras duas, ou seja, afirma que elas só irão existir se o ato estiver dentro da legalidade. Para a mencionada autora, o legislador, ao preferir o termo “abusiva intromissão” em vez de “ilícita intromissão”, quis considerar hipóteses de que o ato, mesmo preenchendo os requisitos legais, se apresente de forma desnecessária, desproporcional ou aniquiladora de direitos. Considera que o vocábulo visa destacar ainda mais o caráter garantístico do dispositivo em comento.

Todavia, é cediço informar que o elemento basilar da Constituição é a dignidade da pessoa humana e que, por isso, se no caso concreto existir direito outro que melhor a preserve em detrimento do direito à vida privada, a restrição a este restará justificada e em consonância com os preceitos constitucionais, ou seja, estará amparada legalmente. O respaldo legal em comento somente é possível porque o direito à vida privada não tem caráter absoluto<sup>189</sup>, sendo passível de restrição frente a outros direitos que demonstrem, no caso concreto, superioridade.<sup>190</sup>

Em contraposição ao entendimento adotado por ISABEL ALEXANDRE, CASANOVA ABRANTES<sup>191</sup> sustenta que o constituinte, ao empregar o termo “abusiva intromissão”, quis fazer referência àqueles atos realizados sem o propósito de serem utilizados como meio probatório. Defende que o legislador teve a intenção de diferir a intromissão abusiva das demais, uma vez que, se o vocábulo não existisse, o resultado interpretativo seria diverso. Assim, acredita que nem toda intromissão deve ser considerada como abusiva e, quando assim não for, poderá, dependendo das circunstâncias apresentadas no caso concreto e do princípio da proporcionalidade, vir a admitir uma prova obtida ilicitamente.<sup>192</sup> Esta posição

---

<sup>188</sup> ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas no Processo Civil*, 1998, p.259.

<sup>189</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, op. cit., p.524.

<sup>190</sup> RABINDRANATH VALENTINO ALEIXO CAPELO DE SOUZA, *O Direito Geral de Personalidade*, 2011, p.344.

<sup>191</sup> J.F. SALAZAR CASANOVA ABRANTES, *Provas Ilícitas em Processo Civil: Sobre a Admissibilidade e Valoração de Meios de Prova Obtidos pelos Particulares*, 2004, pp.124-125.

<sup>192</sup> Vide também MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes, o Objecto e a Prova na Ação Declarativa*, 1995, p.231.

converge com a presente pesquisa, bem como parece se definir como a que melhor se coaduna com o ordenamento jurídico.

### 3.7 Exemplos Típicos de Provas Ilícitas

#### a. Gravações

As gravações nada mais são do que a captação de vozes feita na presença física dos donos das mesmas (diretas) ou no momento em que estas estão sendo transportadas por aparelhos de comunicações (indiretas). Podem se manifestar em três situações: a) gravações de falas de duas ou mais pessoas, feitas com o consentimento destas; b) gravações de falas de duas ou mais pessoas, com a concordância de uma ou algumas delas; c) gravações realizadas por um terceiro — interceptador (pessoa alheia à comunicação) — sem o conhecimento dos interlocutores. Esta última hipótese configura o que se conhece como *interceptação* se for realizada da forma indireta, ou seja, na ausência dos intervenientes do diálogo.<sup>193</sup>

Há ainda as gravações feitas por um dos interlocutores. Estas, na maioria dos ordenamentos jurídicos, não são consideradas como intromissão à vida privada e, por conseguinte, não são qualificadas como ilícitas. No Brasil, são conhecidas como “gravações clandestinas” e, diferentemente do que sucede com as interceptações, sua admissibilidade não provoca tanta polêmica. Apenas poderá ser considerada como ilícita caso a divulgação da própria conversa viole à intimidade de uma pessoa, como, por exemplo, exposição de um segredo profissional.<sup>194</sup>

Portugal, por sua vez, adota uma postura semelhante à do Brasil, fazendo as adaptações necessárias. Para ser aceita, a referida gravação não pode configurar “abusiva intromissão” (art. 32º, nº 8 CRP) nem desrespeitar o direito à palavra (art. 26º, nº 1 CRP)<sup>195</sup>, direito este passível de importante proteção no ordenamento jurídico português, em decorrência da contextualização que se aprisiona. A reprodução da palavra não representa o fato como ocorreu, pois o espaço e o tempo não correspondem ao mesmo do momento em que foi proferida e gravada.

---

<sup>193</sup> RENATO MACIEL DE SÁ JÚNIOR, *A Prova Fonográfica*, 1983, p.154.

<sup>194</sup> LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, *Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas*, 1995, p.93.

<sup>195</sup> ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas no Processo Civil*, 1998, pp.274-275.

Já a doutrina e a jurisprudência espanhola adotaram um entendimento mais liberal em relação às gravações. Estabelecem que a captação feita por um dos interlocutores não se trata de violação ao direito fundamental.<sup>196</sup>

Indubitavelmente, a gravação, ao ser requerida como meio de prova, fere a intimidade e vida privada, bens constitucionalmente protegidos. Todavia, não se pode esquecer que a vida em sociedade não permite a imposição de valores radicais sobre tais direitos. Isso porque é possível se deparar com interesses acolhidos por normas constitucionais que se sobressaem ao interesse do recolhimento do indivíduo, como, por exemplo, o direito à vida (art. 24º, nº 1 CRP). É incompreensível o pensamento daqueles que defendem, nesses casos, excessivamente a proteção de certos direitos, como a intimidade e vida privada, em face do direito à vida ou à proteção de menores.

Conforme asseverado em diversas oportunidades, cada situação tem suas peculiaridades, que em hipótese alguma podem ser ignoradas, sob pena de comprometimento da própria justiça. Desconhecer essas particularidades seria consentir com a prolatação de decisões idênticas e injustas. Ademais, o próprio art. 9º, alínea *b* da CRP assegura a aplicação da proporcionalidade nesses casos, ao determinar que o Estado tem como tarefa fundamental respeitar os princípios do Estado de direito democrático.

#### b. Filmes e fotografias

O entendimento que se tinha por prova documental sofreu algumas modificações, pois era impossível permanecer com a compreensão anterior diante das inovações tecnológicas que assolam a vida em sociedade. Essa nova visão afasta aquele pensamento de que o documento apenas pode ser apresentado sob suporte físico de papel, passando a enquadrar as fotografias, gravações e filmagens, desde que respeitadas as normas vigentes.

No entanto, não se pode generalizar, pois ainda existem ordenamentos resistentes a esse posicionamento, a exemplo da Espanha, onde a reprodução de sons e imagens é equiparável aos documentos, mas não é considerada como tais. Isso porque carecem dos elementos que constituem os documentos, tais como: a) expressão escrita de um ato ou pensamento humano; b) suporte que possa ser

---

<sup>196</sup> RAFAEL BELLIDO PENADÉS, *La Prueba Ilícita y su Control en el Proceso Civil*, 2010, p.89.

levado ao tribunal e ser unido aos autos; c) não é necessário que possa ler-se sem auxílio de um aparato; d) atividade probatória não exigir prova de provas (exemplo: perícia para averiguação da autenticidade). Registra-se que a fotografia, apesar de não regulamentada no Código de Processo Civil e no Código Civil, não apresenta problema quanto à sua admissão, pois costuma fazer-se acompanhar de um documento escrito.<sup>197</sup>

Documentos ou não, a realidade é que os filmes e fotografias têm sido apresentados como meios de prova no processo civil. Resta saber se esses meios são admissíveis. Para solucionar tal dúvida, é imprescindível conhecer quais direitos podem ser transgredidos pela produção audiovisual.

O Código Penal Português preenche essa lacuna quando determina em seu art. 199º que incorre em crime quem filmar ou fotografar alguém, mesmo que de forma lícita. O referido dispositivo visa resguardar a intimidade e vida privada, quando aqueles meios estiverem relacionados à vida privada do indivíduo.

Já nas situações cujo conteúdo é diverso ao da vida privada, o direito salvaguardado é o de imagem. Diferentemente do direito à palavra, o direito à imagem mostra-se mais restrito, revelando-se sob três formas: a) direito de cada um de não ver o seu retrato exposto sem seu consentimento; b) direito de não o ver apresentado em forma gráfica ou montagem ofensiva e malevolamente distorcida ou infiel; e c) direito de determinar a própria aparência externa.

Insta alinhar que, considerando sua extensão, a apresentação de fotografias e imagens em juízo não corresponde à violação do direito à imagem em qualquer de suas feições e, por isso, devem ser admitidas, salvo se configurarem abusiva intromissão na vida privada do indivíduo.

### c. Diários ou escritos íntimos

O diário ou os demais tipos de escritos íntimos representam o desejo do autor em manifestar seus pensamentos mais ocultos. Consiste numa forma de ele (autor) se expressar, de externar o seu ponto de vista sobre circunstâncias que lhe são peculiares. Ao realizar tal ato, o autor tem plena convicção do domínio de seus escritos, acreditando que a partir desse controle será possível determinar as pessoas que, além dele, terão acesso àquelas informações.

---

<sup>197</sup> JUAN MONTERO AROCA, *La Prueba en el Proceso Civil*, 2012, pp.477-478.

Entretanto, não é impossível se deparar com uma situação em que terceiros indesejados, ou até mesmo aqueles autorizados a conhecer das informações contidas nos referidos escritos, se aproveitem dos dados e os utilizem contra o próprio autor em uma via processual. Nesses casos, assim como abordado nas gravações, a admissibilidade como meio probatório não é uma questão pacífica e de fácil deslinde. Uma possível valoração, em que o conteúdo seja de natureza íntima, pode resultar em ofensa ao direito à reserva da intimidade da vida privada e ao direito de personalidade do autor, ambos protegidos constitucionalmente.

Para ISABEL ALEXANDRE<sup>198</sup>, o direito português não permite a utilização da ponderação de interesses para examinar a admissão de um diário ou quaisquer outros escritos íntimos, pois tal uso consubstanciaria violação ao direito material (direito à reserva da intimidade da vida privada), configurando um ilícito probatório e, por consequência, inadmissível processualmente.

Porém, conforme afirmado em diversas oportunidades, todos esses documentos devem ser examinados caso a caso, a partir de uma análise dos interesses em causa, bem como das condições circunstanciais incidentes, a fim de evitar que decisões injustas sejam proferidas.

---

<sup>198</sup> ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas no Processo Civil*, 1998, p.280.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANTES, José João. *Prova ilícita (Da sua relevância no Processo Civil)*. In Revista Jurídica da Associação Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nº 7, Julho-Setembro, 1986.

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

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Rev. Ruth Zimmerling. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

\_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. *Ratio Juris*, Vol. 16, n. 2, junho de 2003.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2010.

ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de. *Noções Elementares de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ARAZI, Roland. *La Prueba en el Proceso Civil*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. Madri: Editora Civitas, 1996.

\_\_\_\_\_. *La Prueba en el Proceso Civil*. 7ª ed. Pamplona: Thomson Reuters, 2012.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. Gravações Clandestinas e Ambientais no Processo Civil: As Provas Imorais. In: *Atividade Probatória*. Vol. IV. Coleção Doutrinas Essenciais: Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BASTOS, Celso. As Provas Obtidas por Meios Ilícitos e a Constituição Federal. *Revista do Advogado*. São Paulo, nº 42, 1994.

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: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

CABELEIRA, Carlos Vinicius Soares. *A Ilícitude da Aplicação da Norma que Veda a Admissibilidade da Prova Ilícita no Processo Civil*. Processo, Verdade & Justiça. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CALAMANDREI, Piero. *Estudos de Direito Processual na Itália*. Trad. Karina Fumberg. Revisão e atualização Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol.1, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*. 2ª ed. Roma: Dell'Ateneo, 1947.

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

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

CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA. Disponível em: <http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>. Acesso em: 24 de agosto de 2012.

COSTA, Nilton César Antunes da. *Proibição da Prova Ilícita no Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

DOHRING, Erich. *La Prueba: Su Practica y Apreciación*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Europa America, 1972.

ECHANDIA, Devis. *Teoria General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1974.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A Prova Ilícita no Processo Civil das Famílias. In: ALBUQUERQUE, Fabíola; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina de (coords.) *Famílias no Direito Contemporâneo: Estudos em Homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Salvador: Juspodivm, 2010.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil*. Volume 1. Parte Geral. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O Sistema dos Princípios e Regras e o Princípio da Proporcionalidade na Compreensão das Garantias Constitucionais do Processo Civil. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (Coords.). *Constituição, Jurisdição e Processo*. Sapucaia do Sul: Notadez Informações, 2007.

FREITAS, José Lebre de. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Processo Civil: Conceito e Princípios*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. *A confissão no direito probatório : um estudo de direito positivo*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da Reforma do Processo Civil*. Vol. I. 2ª ed. 3ª reimp. Coimbra: Almedina, 2010.

GÖSSEL, Karl-Heinz. As Proibições de Prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, v. 2, n. 3, jul.-set. 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: As Interceptações Telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976.

JAUERNING, Othmar. *Direito Processual Civil*. 25ª ed. Tradução F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.

LEITÃO, Helder Martins. *Dos Princípios Básicos em Processo Civil*. 3ª ed. Porto: Editora Almeida e Leitão Ltda., 1999.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. Disponível em: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/lec/default.htm>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2014.

LIMA, Alcides de Mendonça. A Eficácia do Meio de Prova Ilícito no Código de Processo Civil Brasileiro. *In: Atividade Probatória*. Vol. IV. Coleção Doutrinas Essenciais: Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. 2ª. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MADALENO, Rolf. A Prova Ilícita no Direito de Família e o Conflito de Valores. *In: Constituição, Jurisdição e Processo*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.

MALMERSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. Vol. 2. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, J. P. Remédio. *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. *Da Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

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

MELO, Edelamare Barbosa. Provas Ilícitas. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*. Número 8. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, jan./dez. de 2000.

MENDES, João de Castro. *Manual de Processo Civil*. Lisboa: Coimbra Editora, 1963.

MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. A Prova. *RePro*, nº16. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. Da Prova Ilícita no Direito Processual. *Revista Forense*, Vol. 393, ano 103, Set.-Out. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as Provas Ilícitamente Obtidas. *In: Atividade Probatória*. Vol. IV. Coleção Doutrinas Essenciais: Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PENADÉS, Rafael Bellido. La Prueba Ilícita y su Control en el Proceso Civil. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Maio-Ago. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

PICÓ, Joan I Junoy. *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*. Barcelona: J.M Bosch Editora, 1996.

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.

ROQUE, André Vasconcelos. As Provas Ilícitas no Projeto do Novo Código Civil Brasileiro: Primeiras Reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. Ano 4, 6º vol., jul.-dez. Rio de Janeiro, 2010.

SÁ JÚNIOR, Renato Maciel de. A Prova Fonográfica. *Revista dos Tribunais*. V. 72, n. 574, São Paulo: agosto, 1983.

SABATE, Luis Muñoz. *Técnica Probatoria*. Barcelona: Editorial Praxis, 1967.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Volume II. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª edição. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2006.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*. n. 798, 91º ano, abril de 2002.

SILVA, Sandra Oliveira e. *Legalidade da Prova e Provas Proibidas* In Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 21, nº 4. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. Lisboa: LEX, 1997.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Processo Civil*. 2ª ed. Lisboa: LEX, 2000.

\_\_\_\_\_. *As Partes, o Objecto e a Prova na Ação Declarativa*, Lisboa: Lex, 1995.

SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livro do Advogado, 2001.

TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2005.

\_\_\_\_\_. *Páginas sobre Justicia Civil*. Madri: Marcial Pons, 2009.

TROCKER, Nicolò, *Processo Civile e Costituzione: Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè Editore, 1974.

VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. *A Illicitude da Prova: Teoria do Testemunho de Ouvir Dizer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; SAMPAIO E NORA. *Manual de Processo Civil: De Acordo com o Dec.-lei 242/85*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.