



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

(In)admissibilidade de provas ilícitas

Dissemelhança na produção de prova no Direito Processual?

*Dissertação de Mestrado em Direito, na Área de Especialização de Ciências Jurídico-Forenses,
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do
Professor Doutor Luís Miguel Mesquita*

SARA RAQUEL RODRIGUES CAMPOS

Coimbra, 2015

*Aos meus pais, Ernesto e Rosa, pelas pessoas
extraordinárias que são, por me darem o Mundo e por me apoiarem
incondicionalmente,
Ao João e ao Rui, pelos momentos em que me conseguiram
fazer sorrir e por serem os melhores irmãos que poderia ter,
Aos meus avós, tios e primos, por serem uma família
fantástica,
Ao Rúben, por tudo o que é para mim, pela paciência
inesgotável e por nunca me deixar desistir,
À Sara, por ser a melhor pessoa que Coimbra me deu a
conhecer e por percorrer todo este caminho ao meu lado,
Ao Rafa, à Flávia, ao Jer e à Raquel, pela amizade de
sempre,
Ao Doutor Mário, à Doutora Elisabete e à Doutora Magda,
pelas palavras de apoio, pela atenção e por me ajudarem a
enfrentar as adversidades que surgiram no caminho,
À memória do meu avô, José Rodrigues,
Ao meu Orientador, Professor Doutor Luís Miguel
Mesquita, pela preciosa orientação e total disponibilidade,
imprescindíveis para a realização da presente investigação.*

“O problema não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ainda ninguém pensou, sobre aquilo que toda a gente vê.”

Arthur Schopenhauer

ÍNDICE

ABREVIATURAS	7
NOTA INTRODUTÓRIA	8

CAPÍTULO I

A PROVA ILÍCITA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

1. A PROVA	10
1.1. CONCEITO E FUNÇÃO	10
2. DIREITO À PROVA	12
2.1. LIMITAÇÕES DO DIREITO À PROVA	13
2.2. PROVA ILÍCITA.....	15
2.2.1. PROVA ILÍCITA E PROVA INADMISSÍVEL	18
2.2.2. PROVA ILÍCITA E PROVA IMORAL	19
2.2.3. PROVA ILÍCITA E PROVA VICIADA.....	19
2.2.4. PROVA ILÍCITA E PROVA ATÍPICA	19
2.2.5. PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO	20
2.2.5.1. EFEITO-À-DISTÂNCIA NO DIREITO COMPARADO	23

CAPÍTULO II

A PROVA ILÍCITA NO DIREITO PROCESSUAL

1. PROCESSO CIVIL	26
1.1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA	26
1.2. PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES	27

1.2.1.	PRINCÍPIO DA INVESTIGAÇÃO DA VERDADE.....	27
1.2.2.	PRINCÍPIO DA BOA-FÉ.....	29
1.2.3.	PRINCÍPIO DA LIVRE APRECIÇÃO DE PROVAS.....	29
1.2.4.	PRINCÍPIOS DA AQUISIÇÃO PROCESSUAL, DO DISPOSITIVO, DO INQUISITÓRIO E DA COOPERAÇÃO.....	31
2.	PROCESSO PENAL	32
2.1.	COLOCAÇÃO DO PROBLEMA	32
2.2.	PRINCÍPIO DE INVESTIGAÇÃO DA VERDADE.....	33
2.3.	DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITES À PROVA ILÍCITA.....	34
3.	APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 32.º N.º 8 CRP AO PROCESSO CIVIL	35

CAPÍTULO III

TESES DE ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

1.	DIREITO COMPARADO	39
2.	TESES SOBRE A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS.....	41
2.1.	ABORDAGEM DO TEMA.....	41
2.2.	TESES FAVORÁVEIS	41
2.2.1.	DESCOBERTA DA VERDADE MATERIAL.....	41
2.2.2.	IRRELEVÂNCIA PROCESSUAL DA ILICITUDE MATERIAL.....	43
2.2.3.	CELERIDADE PROCESSUAL	43
2.3.	TESES CONTRÁRIAS	44
2.3.1.	INTERESSE NA DESCOBERTA DA VERDADE.....	44
2.3.2.	UNIDADE DO SISTEMA JURÍDICO.....	45
2.3.3.	O DOLO NÃO DEVE APROVEITAR O SEU AUTOR.....	46
2.3.4.	DISSUAÇÃO DE COMPORTAMENTOS ILÍCITOS.....	47
2.4.	TESES INTERMÉDIAS OU MISTAS	47

2.4.1.	O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ	47
2.4.2.	DISTINÇÃO ENTRE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E VIOLAÇÃO DE OUTROS DIREITOS	48

CAPÍTULO IV

POSIÇÃO ADOTADA

1.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
1.1.	INADMISSIBILIDADE MITIGADA	50
1.1.1.	ÚNICO MEIO DE SE PROVAR UM FACTO	51
1.1.2.	PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	52
1.1.3.	ESTADO DE NECESSIDADE PROCESSUAL	57
1.1.4.	O PROJETO-LEI BRASILEIRO	59
	NOTAS CONCLUSIVAS	61
	BIBLIOGRAFIA	64
	JURISPRUDÊNCIA	68

ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

Al. – Alínea

Art. – Art.

Arts. – Art.s

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão)

CC – Código Civil (português)

CF – Constituição Federal (brasileira)

Cfr.- Confira

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CRP- Constituição da República Portuguesa

Ed. – Edição

LEC – Ley de Enjuiciamiento Civil (Código de Processo Civil espanhol)

LOPJ – Ley Orgánica del Poder Judicial

Op. Cit. – Obra citada anteriormente

Pág. – Página

Págs. – Páginas

Proc. - Processo

TR – Tribunal da Relação

V.g. – Verbi Gratia

Vol. - Volume

NOTA INTRODUTÓRIA

Sendo o ser humano imperfeito, abandonado numa sociedade com interesses difusos e múltiplos, é inevitável que surjam conflitos vários, cabendo ao direito, mediante o recurso à justiça pública, dirimir os mesmos de forma efetiva. Para que tal seja possível, este Direito terá de assentar numa base material e sólida, numa perspetiva de alcance dos fins que encerra em si mesmo – na realização da justiça e descoberta da verdade do processo – sendo as provas fulcrais para que aqueles sejam atingidos.

Assim, constitui objeto da presente dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, o estudo das provas ilícitas e as doutrinas que ladeiam a admissibilidade e valoração das mesmas no processo civil e no processo penal, tendo por base uma contraposição crítica-reflexiva entre estas (distintas) áreas processuais no que ao direito probatório diz respeito.

A inexistência de disposições legislativas no ordenamento jurídico que delimitem de forma direta e façam referência à problemática da ilicitude das provas no direito civil, mostra a notória falta de interesse do legislador no que diz respeito ao ramo do direito probatório, situação agravada pela falta de interesse de autores estrangeiros, razão pela qual, em diversos momentos, será necessário fazer referência a obras relativas ao processo penal. Situação oposta preconiza este último ramo de direito, em virtude da própria genética, dado que as autoridades públicas intervêm na fase de recolha de provas e, para evitar que surjam casos de prática de abusos por parte daquelas, carece de uma maior tutela.

Desde logo, face à sua índole “multidisciplinar”, teremos de recorrer a critérios de direito material (civil, penal ou outros ramos de direito substantivo) e de direito constitucional¹, tornando-se imperativo realizar uma análise detalhada dos preceitos que se afigurarem essenciais para a discussão da temática proposta.

Serão várias as questões que se colocarão ao longo do presente ensaio mas este dividir-se-á, essencialmente, em quatro partes.

Numa primeira, será feita uma breve abordagem ao direito à prova e aos limites que lhe são impostos, nomeadamente no que às provas ilícitas diz respeito, delimitando o seu conceito, identificando as suas várias espécies e distinguindo-o de figuras afins.

¹ “(...) nota-se uma forte interferência do direito constitucional, na medida em que a ilícita obtenção de um meio de prova consubstancia, não raro, uma violação de direitos fundamentais, a que o julgador não pode ficar indiferente”. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, Almedina, Coimbra, 1998, página 14.

De seguida, debruçar-nos-emos sobre o quesito primordial da nossa exposição, analisando o tratamento das provas ilícitas no processo civil e no processo penal – destacando os princípios inerentes à investigação da verdade, o papel do juiz enquanto sujeito processual no direito português e no direito comparado e analisando as normas que sustentam, ou não, uma possível analogia entre ambos os ramos processuais.

A terceira parte incidirá fundamentalmente na discussão, ainda que com maior incidência prática, das teorias que melhor se adequam aos fins do processo e à proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, tendo por base um princípio da proporcionalidade que tem como objetivo encontrar um equilíbrio entre os interesses da sociedade e a defesa dos direitos fundamentais do indivíduo. Essencial será ainda estudar os casos, bastante recorrentes na jurisprudência, relativos à prova ilícita por derivação – teoria dos frutos da árvore envenenada – isto é, se uma prova lícita que é extraída de uma prova ilícita poderá ser admitida no processo.

Por fim, a quarta parte será respeitante ao direito português, partindo da análise do direito comparado, apontando algumas vias possíveis de abordagem do tema das provas ilícitas à luz de uma *“nova cultura judiciária (...) para a qual deverá contribuir decisivamente um novo modelo de processo civil, simples e flexível, despojado de injustificados formalismos e floreios adjetivos”* o que *“contribuirá decisivamente para inviabilizar e desvalorizar comportamentos processuais arcaicos, assentes na velha praxis de que as formalidades devem prevalecer sobre a substância do litígio e dificultar, condicionar ou distorcer a decisão de mérito”*.²

² MESQUITA, Miguel, *Código de Processo Civil*, Almedina, Coimbra, 2014, pág. 13.

CAPÍTULO I

ASPETOS TEÓRICOS

A PROVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

1. A PROVA

1.1. CONCEITO E FUNÇÃO

Apesar de sempre ter tido uma importância extrema para o desenvolvimento do Direito Processual, o instituto da prova transcende o próprio Direito, é comum a todas as ciências e atividades que pretendem reconstruir os fatos ocorridos no passado, como sucede com um jornalista ou um historiador que, no âmbito das suas investigações, usam provas para demonstrar a si mesmos e aos seus leitores tudo o que ocorreu num passado próximo ou distante.

Relativamente ao processo, que se caracteriza por ser a reconstrução de fatos juridicamente relevantes que integram as relações sociais que o Direito pretende regular, será fundamental investigar a veracidade dos fatos que são narrados pelas partes litigantes e, neste ponto, a prova é essencial, não exercendo aquele a sua função sem esta.

Nas palavras de LUIS MINGARRO³, *“La prueba constituye una de las claves fundamentales para entender el cosmos jurídico en su conjunto (...) es el vínculo esencial entre la realidad, lo que existe, y la realización de la justicia, objetivo fundamental del Derecho”*, acrescentando que *“Decía de la prueba el maestro GUASP: «De otras instituciones podría decirse metafóricamente que son la médula, el cerebro o el corazón del derecho procesal (...) un buen régimen de prueba es lo único, en efecto, que puede garantizar el contacto del proceso(...) con el conjunto de verdades que de un modo u outro han de ser recogidas por el proceso para que éste desempeñe eficazmente su misión»*. No que ao processo civil diz respeito, este mesmo autor considera que a prova, tal como sucede no processo penal, conduz a uma realidade objetiva que se transforma em convicção psicológica do juiz, ainda que o “sistema respiratório do processo” é muito mais

³ MINGARRO, Luis Martí, Prólogo da obra *La Prueba Ilícita Pena* de Eduardo Castrillo e Miguel Morato, 5.º Ed., Aranzadi, 2010, pág. 19.

estrito naquele segundo ramo de direito, por existirem determinados limites – a dignidade da pessoa e a presunção de inocência⁴⁵.

Assim, a prova, entendida como meio, encontra a sua definição no art. 341.º CC, ao referir que “*as provas têm por função a demonstração da realidade dos fatos*”, ou seja, são elementos objetivos de natureza diversa que se introduzem no processo e que contribuem para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado facto, afigurando-se fundamentais para a descoberta da verdade e para atingir uma decisão que se quer correta e justa. Deve, assim, ser criada no espírito do julgador uma convicção psicológica, assente num “alto grau de probabilidade”⁶ de que determinado facto alegado pela parte terá acontecido.

De acordo com MANUEL DE ANDRADE⁷, o conceito de prova pode ser apresentado mediante diversas definições doutrinárias: i) como atividade probatória dirigida aos fins próprios da investigação; ii) como resultado probatório, consistindo na demonstração efetiva da realidade de um facto e da veracidade da correspondente afirmação; iii) como argumento probatório, representando qualquer elemento que tenha produzido a convicção do juiz; iv) como meio de prova, sendo todo o elemento sensível através do qual, mediante atividade percetiva ou simplesmente indutiva, o juiz pode, segundo a lei, formar a sua convicção acerca dos fatos da causa.

Segundo RUI RANGEL, a prova define-se como “*a atividade ou o conjunto de operações destinadas à formação da convicção do juiz, sobre a veracidade dos fatos controvertidos que foram carreados para o processo pelas partes e que se encontram selecionados na base instrutória*”⁸

⁴ “*O princípio da presunção de inocência é um princípio fundamental num Estado de Direito democrático, cuja função é, sobretudo (mas não só), a de reger a valoração da prova pela autoridade judiciária*”, Ac. do TR do Porto, de 28-05-2014, proc. 471/10.7GDGDM.P1, Relator Neto de Moura.

⁵ Neste sentido, MINGARRO refere que a prova penal pode ser comparada a um diamante: limpa e dura como uma joia pura, para que sua nitidez garanta o respeito pela dignidade e a dureza para ser capaz de cruzar o limiar da presunção de inocência sem alterar os valores da mesma – *ibidem*, pág. 20.

⁶ Referimo-nos tão-só a uma certeza relativa, dado que a certeza absoluta, própria das ciências matemáticas, é impossível de atingir pelo facto de que os factos sobre os quais versa a prova são ocorrências da vida real dificilmente reconstituídos na sua plenitude. ANDRADE, *Manuel de, Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1976, pág. 191.

⁷ *Ibidem*, págs. 189 e 190.

⁸ RANGEL, Rui, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3.º ed. rev. e ampliada, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 22

ALBERTO DOS REIS, por sua vez e na aceção que, a nosso ver, mais sucinta e claramente define a prova, refere que esta “*é o conjunto de operações ou atos destinados a formar a convicção do juiz sobre a verdade das afirmações feitas pelas partes*”.⁹

Posto isto, será seguro concluir que a prova incide sobre matéria de facto e não sobre matéria de direito, ou seja, o que forma a convicção do juiz são as ocorrências concretas da vida real, os juízos periciais de facto e os acontecimentos do foro interno da vida das pessoas e não a indagação, interpretação e aplicação das regras jurídicas¹⁰, tal como refere o art. 5.º n.º3 CPC.

2. DIREITO À PROVA

O direito à prova surge como corolário do direito de ação e defesa¹¹, plasmado no art. 20.º n.º 1 CRP¹² que garante a todos “*o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos*”,

O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 86/88 de 22 de agosto, considerado de relevo nas palavras de I. ALEXANDRE¹³, refere neste sentido a garantia constitucional do direito à tutela jurisdicional para proteção dos direitos e interesses dos cidadãos, implica que estes possam “*oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discretear sobre o valor e resultado de umas e outras*”.

Com base neste direito protegido constitucionalmente, se as partes veem reconhecido o seu direito de aquisição das provas, desde que consideradas admitidas e relevantes, surge também a obrigação de o juiz ter de as admitir, de acordo com o disposto no art. 413.º CPC, caso contrário tal direito seria “*inútil e ilusório*”¹⁴, uma vez que de nada

⁹ REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. III, 3.º ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 239

¹⁰ VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e, *Manual de Processo Civil*, 2.º ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985, págs. 408 e 409.

¹¹ De acordo com GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, apesar de se encontrar inserido tal preceito no capítulo relativo aos direitos fundamentais, aquela garantia de acesso ao direito e aos tribunais não se esgota na defesa daqueles mesmos direitos, estando o direito à proteção jurídica e quaisquer direitos ou interesses legalmente protegidos abrangidos, naturalmente, por tal disposição. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.º Ed. Revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007. anotação ao art. 20.º, pág. 410.

¹² Neste sentido, o Ac. do TR de Lisboa, de 30-06-2011, proc. 439/10.3TTCSC-A.L1-4, Relatora Isabel Tapadinhas, refere que “*a restrição incompatível da faculdade de apresentação de prova em juízo impossibilitaria a parte de fazer valer o direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva*”.

¹³ *Op. cit.*, pág. 69.

¹⁴ TARUFFO, M., *Il diritto alla prova nel processo civile*, Riv. Di. Dir. proc. 1984, A. XXXIX – N. 1, pág. 92

valeria existir o direito de apresentação de provas nos termos supramencionados, se o juiz tivesse livre arbítrio quanto à aceitação das mesmas.

2.1. LIMITAÇÕES DO DIREITO À PROVA

Caberá agora questionar se o direito à prova pode ser concebido como absoluto ou se, ao invés disso, existirão limites intrínsecos ao mesmo, isto é, trataremos essencialmente neste ponto da questão da existência de proibições de prova.

O estudo desta temática, sobretudo no que ao processo penal diz respeito, iniciou-se em 1903 por BELING¹⁵, que considerava tais proibições autênticos limites à descoberta da verdade e, por essa razão, concebia-as como figuras distintas das provas legais negativas, inseridas no sistema da prova legal, pelo facto de, ao contrário destas, as proibições de prova não incidirem sobre o momento da apreciação das provas mas sobre um momento anterior. Superadas antigas concepções ligadas a critérios dogmáticos de verdade preestabelecidos, como a Inquisição e a Justiça Hitleriana, que propiciavam a descoberta da verdade a todo o custo, impunha-se reduzir esta busca à “*escala humana*” e aquela, que até então era considerada um valor absoluto, necessitava de ser limitada por “*valores éticos e jurídicos*”¹⁶ do Estado de Direito.

Seguindo a linha de I. ALEXANDRE¹⁷ adotamos o conceito de proibição de prova entendido, ora como uma limitação legal à produção da prova, ora como uma limitação legal à valoração da prova¹⁸.

A proibição de produção de prova, estabelece apenas a inadmissibilidade de certos temas (proibição de demonstração de certo facto, independentemente do meio de prova utilizado, v.g. art. 454.º n.º 2.º CPC), meios (quando determinado meio de prova colide com interesses dignos de proteção, v.g. art.s 497.º CPC e 167.º CPP) e métodos de prova (nas situações em que a prova é obtida mediante ofensa da integridade física ou moral das pessoas, v.g. art. 126.º CPP e 516.º n.º 3 CPC).

¹⁵ ALEXANDRE, Isabel, *op. cit.*, pág. 46.

¹⁶ CASTRILLO, Eduardo, MORATO, Miguel, *La Prueba Ilícita Penal*, 5.º Ed. Aranzadi, 2010, pág. 33.

¹⁷ *Ibidem*, págs. 51 e 52.

¹⁸ De acordo com a autora, as relações entre as proibições de produção e as proibições de valoração de prova poderão ser de quatro tipos: i) proibições de produção que, quando violadas, não implicam uma proibição de valoração; ii) proibições de produção que, quando violadas, impedem a valoração do resultado probatório; iii) proibições de valoração que não assentam na proibição de uma proibição de prova; iv) proibições de valoração com efeito-à-distância (conceito que analisaremos no ponto 2.2.5.), *Ibidem*, pág. 52.

As proibições de valoração, por sua vez, indagam do aproveitamento ou utilização da prova para efeitos de decisão, e não da sua admissibilidade, o mesmo será dizer que se pretende avaliar se o resultado obtido através de um meio de prova poderá ser valorado em juízo. Poderão dividir-se em proibições de valoração dependentes, quando têm a sua origem na violação de uma proibição de produção de prova (ainda que a doutrina não aceite, de forma pacífica, que a uma proibição de produção se siga sempre uma proibição de valoração¹⁹) e proibições de valoração independentes, quando surgem de modo autónomo.

Entendemos que seria errado considerar o direito à prova como absoluto e, tomando por base a recusa de um meio de prova, demonstramos que tal pode suceder sem que haja violação do direito de ação. Poderá existir uma proibição de produção de prova se, por exemplo, não for respeitado o limite máximo de dez testemunhas plasmado no art. 511.º CPC²⁰, todos os nomes que ultrapassem este número legal consideram-se não escritos, de acordo com o n.º 3 do mesmo preceito. Assim, nas palavras de TARUFFO, “*a relevância da prova define e circunscreve exatamente o objeto do direito à prova, que se considera assim como um direito à prova relevante*”²¹, ou seja, o direito à prova poderá ser alvo de certos limites intrínsecos, sempre que o objeto daquele não seja pertinente.

No entanto, outros limites poderão ser apontados ao direito de ação, que cede perante direitos fundamentais²², como é o caso do art. 32.º n.º 8 CRP ao referir que “*são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física e moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*”. Urge descortinar se os mesmos restringem ou violam o direito à prova. Ainda que entendamos que as partes poderão fazer uso de outros meios de prova para fundamentar a sua pretensão, é certo que, como alerta TARUFFO²³, as limitações que à partida seriam relativas poderão tornar-se absolutas se a parte que está impedida de usar a prova pretendida, não dispuser de nenhuma outra²⁴. E. F. RICCI²⁵ segue a mesma linha de

¹⁹ Para maior desenvolvimento do tema *Vide ibidem*, págs. 58 e 59.

²⁰ Na anterior redação, o art. 632.º CPC estabelecia um limite máximo de 20 testemunhas.

²¹ *Ibidem*, pág. 78.

²² Neste sentido, Ac. TR Coimbra, de 03-07-2014, proc. 1162/11.7TTCBR.C1, Relator Ramalho Pinto.

²³ *Ibidem*, pág. 80.

²⁴ No âmbito do processo penal, ISABEL ALEXANDRE refere a obra de TRANCHINA, G., *Il divieto di perizia psicologica sull'imputato: una limitazione sicuramente anticostituzionale*, Riv. It. Di dir. e proc. Pen. 1971, págs. 1325 e ss., na qual este autor refere que “*é inconstitucional, por ser contrária à norma constitucional que consagra o direito de defesa, toda a norma de grau inferior que “negue ou restrinja à parte o direito de exhibir ao juiz os meios representativos de uma realidade a si favorável (...)”*”, in ALEXANDRE, Isabel, *op. cit.* nota de rodapé, pág. 74.

²⁵ RICCI, E. F., *Su alcuni aspetti problematici del diritto alla prova*, Riv. Di dir. proc. 1984, pág. 159.

raciocínio e considera que as regras que limitam o uso de determinadas provas poderão constituir, por si só, violações do direito à prova de forma injustificável.

É no âmbito das limitações ao direito à prova que surge o quesito primordial do presente ensaio, as provas ilícitas. SCHÖNKE²⁶, no nosso entender, expõe o tema de forma exemplar: poderá o Tribunal tomar em consideração documentos obtidos mediante violação do segredo de correspondência que, ainda que tenha sido realizada com um fim utilitário, é considerada uma conduta antijurídica? O mesmo será dizer: perante uma prova que se afigura ilícita, conceito que trataremos adiante, o juiz será obrigado a optar pela sua inadmissibilidade?

Para encontrarmos a resposta a esta questão, não podemos deixar de ter como pedra basilar a ideia retirada do exposto anteriormente: *“qualquer restrição à admissibilidade de meios de prova há de seguir um interesse juridicamente relevante e ser proporcionada”*²⁷.

Assim, entre as diversas discussões possíveis sobre o instituto da prova, o estudo estará restrito à análise das provas ilícitas, a fim de investigar se o nosso ordenamento vedou de forma perentória a sua admissão no processo ou se, pelo contrário, será possível afastar a proibição genérica prevista na Constituição em casos excepcionais.

2.2. PROVA ILÍCITA

Cumprido, antes de mais, e tendo em conta que a presente dissertação pretende tratar da (in)admissibilidade de provas ilícitas, fazer referência ao conceito de *inadmissibilidade*. De acordo com ALTAVILLA, autor mencionado por I. ALEXANDRE²⁸, estamos perante uma *“figura complexa, que se relaciona com a criação de um impedimento ao ingresso de um ato processual no processo, ou numa fase deste”*, impedimento este que poderá ter como causa a lei: ao proibir a prática de um ato com determinado conteúdo ou, apesar de permitir a prática do ato, este não pode ser praticado por aquele sujeito, daquela forma ou naquele momento. De referir ainda que apenas os atos postulativos (oferecimento de provas) poderão ser admissíveis ou inadmissíveis.

²⁶ SCHÖNKE, Adolf, *Limites de la prueba en el derecho procesal* (trad. De Ernesto Rohrbach Rojí), Rev. de der. proc. 1955, Año XI, Num. 3, págs. 373 e 374.

²⁷ ALEXANDRE, Isabel, *op. cit.* pág. 79

²⁸ *Ibidem*, pág. 28.

A Constituição de 1976 trata pela primeira vez e de forma inquestionável, no ordenamento jurídico português, do conceito e regime das proibições de prova²⁹, nas quais se incluem as provas ilícitas³⁰, ao determinar no seu art. 32.º n.º8 a nulidade de “*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*”.

COSTA ANDRADE³¹, perante a autonomia que assim foi concedida pelo legislador à figura da prova proibida, refere que “*a definição das proibições de prova como um sistema normativo próprio*” reconduzir-se-á a uma “*equação e superação dos problemas doutrinários e normativos*”. O mesmo autor, citado por I. ALEXANDRE³², refere que os limites impostos à produção de prova visam “*assegurar a inviolabilidade do núcleo irreduzível dos direitos fundamentais dos cidadãos*” e “*preservar a estrutura fundamental do próprio modelo processual*”, fundamentos estes que, apesar de terem sido referidos no contexto do processo penal, estão presentes também no processo civil.

Apesar de não ser possível encontrar uma definição clara de prova ilícita na lei, JOSÉ JOÃO ABRANTES define-a como aquela “*que se encontra afetada por ilicitude*”, ao passo que ELENA BURGOA entende que aquela é “*a prova que ao ser recolhida infringe normas e princípios estabelecidos na*

²⁹ A razão de ser destas proibições de prova assenta, na ótica de COSTA ANDRADE, em dois objetivos: “assegurar a inviolabilidade do núcleo irreduzível dos direitos fundamentais dos cidadãos (...) e preservar a estrutura fundamental do próprio modelo processual”, ANDRADE, Costa, *Parecer*, CJ 1981, Tomo I, pág. 8.

³⁰ Existe uma enorme dificuldade em obter uma uniformidade terminológica quanto ao estudo das proibições de prova o que, naturalmente, em nada contribui para a segurança do tema. Neste sentido LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (*Las intervenciones telefónicas y La Prueba Ilegalmente Obtenida*, AKAL, 1989) refere que “alguns autores referem-se à prova proibida, outros à ilícita, outros à ilegitimamente obtida e outros, enfim, às proibições probatórias” e, apesar de considerar que não há inconveniente em usar qualquer um destes termos, refere que o termo prova proibida é preferível por ser o “*mais geral*” e o que “*abarca todas as hipóteses*”. ISABEL ALEXANDRE, não considera a opção do autor correta pois enquanto os termos “prova ilícita” ou “prova ilegal” aludem a um meio de prova obtido mediante violação das normas de direito material, se se falar em “prova proibida” ou “proibição probatória” o que se pretende é acentuar a inadmissibilidade da prova em juízo e a sua utilização, ou não, como fonte de convicção do julgador, ou seja, fazem referência à inadmissibilidade e não à ilicitude, pelo que os termos supramencionados não poderão ser usados de forma equivalente. *Ibidem*, págs. 49 e 50.

³¹ ANDRADE, Manuel Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra Editora, 1992, pág. 193.

³² *Op. cit.* pág. 48.

³³ Os atos jurídicos podem ser lícitos, se estão de acordo com a ordem jurídica, ou ilícitos, quando a conduta que lhes dá origem é reprovada pela lei (ex. com o objetivo de fazer valer tal prova em juízo contra o réu, o autor grava uma conversa mantida entre si e aquele de modo sub-reptício). ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 1960, pág. 2.

Constituição, destinados à proteção dos direitos de personalidade e a sua manifestação como direito à intimidade”³⁴.

Para G. F. RICCI³⁵, a ilicitude da prova pode manifestar-se em relação a três casos: provas *constituendas* (implicando a violação de normas processuais), provas pré-constituídas (levando à violação do direito material) e provas *constituendas* e pré-constituídas (a irregularidade afeta a formação do meio de prova). I. ALEXANDRE³⁶ não concorda com a distinção feita por aquele autor e apresenta um conceito mais restrito, afirmando que haverá prova será ilícita quando o seu modo de obtenção for reprovado pelo direito material, quer a ilicitude se verifique dentro da órbita processual (casos em que os atos são praticados pelo juiz e dão origem a ilicitude em sentido estrito) ou fora da órbita processual³⁷ (os atos são praticados pelas partes ou terceiros e originam ilegitimidade, ou ilegitimidade e ilicitude simultaneamente).

Atendendo às causas que originam a ilicitude e seguindo de perto MANUEL ESTRAMPES³⁸, que mantém uma conceção ampla da prova ilícita, podemos distinguir: i) provas expressamente proibidas pela lei (a sua inadmissibilidade está prevista por uma norma legal de carácter proibitivo, podendo subdividir-se em proibições legais de carácter geral e proibições legais de carácter singular³⁹); ii) provas ilegais (aquela cuja obtenção infringiu a legalidade ordinária e foi obtida sem as formalidades e o procedimento estabelecidos na lei); iii) provas obtidas ou praticados mediante violação dos direitos fundamentais (também designadas de provas inconstitucionais, podem ser provas cuja

³⁴ Tradução nossa. BURGOA, Elena, *La prueba ilícita en el Proceso Penal Portugués*, Estudos comemorativos dos 10 anos da FDUNL, coord. Diogo Freitas do Amaral, Carlos Ferreira de Almeida, Marta Tavares de Almeida, Coimbra, Almedina, 2008. pág. 602.

³⁵ RICCI, G. F., *Le Prove Illecite nel Processo Civile*, Riv. Trim. Di dir. e proc. Civ. Anno XLI, Milano – Dott. A, Giuffrè Editore, 1987, pág. 35.

³⁶ A autora refere que a distinção efetuada por G. F. RICCI não se afigura correta, pelo facto de que poderão existir hipóteses de violação de normas materiais quanto às provas *constituendas*, do mesmo modo que também normas processuais poderão ser violadas por normas pré-constituídas (exemplos destas situações são, respetivamente, a ilícita obtenção de conhecimentos pela testemunha e desvios ao princípio do contraditório). Quanto à terceira figura apontada por RICCI, caracterizada por não consubstanciar uma violação de regras materiais nem de normas processuais, ISABEL ALEXANDRE refere que não deveria ser autonomizada face às restantes, pelo simples fato de que “*certos meios de prova obtidos mediante violação do direito material (...) parecerem configurar situações de ilicitude na formação da prova*”, como é o caso das gravações secretas. *Op. cit.* págs. 18 e 19.

³⁷ Considera-se que estas duas formas de ilegalidade deverão ser estudadas em simultâneo, apesar do perigo de dispersão inerente a tal abordagem, porque há uma ligação forte entre ambos e nenhum poderá ser compreendido sem que seja feita referência ao outro. Para uma melhor compreensão desta ligação, *Vide ibidem*, pág. 24.

³⁸ ESTRAMPES, Miranda Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, José María Bosh Editor, Barcelona, 1999, pág. 29 e 30.

³⁹ De acordo com SERRA DOMÍNGUEZ, não existem, na realidade, proibições genéricas de determinados meios de prova, v.g. prova documental, testemunhal, pelo contrário, pois as proibições previstas legalmente apresentam um carácter singular, com alcance limitado. DOMÍNGUEZ, M. Serra, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVI, vol. 2.º, Madrid, 1981.pág. 96.

realização é, por si só, ilícita, ou provas obtidas ilicitamente mas incorporadas no processo de forma lícita⁴⁰), devendo comportar, todas elas, as mesmas consequências ao nível da sua inutilidade processual.

Cabe ainda fazer uma breve alusão ao conceito de provas ilícitas em si mesmas⁴¹ que, apesar de serem pré-constituídas, não foram abordadas por RICCI na sua esquematização. Estas provas suscitam dúvidas quanto à possibilidade da sua utilização processual dada a sua natureza pois, independentemente de terem sido obtidas de forma legal⁴², atentam contra direitos fundamentais se exibidas em juízo. No entanto, estas provas não podem ser consideradas uma terceira categoria de ilicitude porque o problema que se pode levantar ao nível delas é o mesmo que é suscitado pela ilicitude fora da órbita processual.

2.2.1. PROVA ILÍCITA E PROVA INADMISSÍVEL

Como fora referido no ponto anterior, uma prova é ilícita quando resulta da prática de um ato ilícito, praticado dentro ou fora da órbita processual, distinguindo-se, assim, da prova inadmissível que, independentemente do ato através do qual ela foi obtida e por qualquer motivo⁴³, não pode ter ingresso no processo. A prova inadmissível distingue-se das provas irrelevantes ou desnecessárias que, apesar de serem válidas e lícitas, também não deverão ser admitidas pelo juiz, ao abrigo do princípio da proibição da prática de atos inúteis (art.s 6.º n.º 1 e 130.º CPC) por não terem qualquer relação com o objeto em causa.

Do mesmo modo, se a invalidade afetar os atos processuais de admissão ou de produção de prova, e não a prova em si, não se deverão designar de provas inadmissíveis mas sim de provas invalidamente constituídas⁴⁴(cfr. art. 415.º CPC).

⁴⁰ *Ibidem*, pág. 48.

⁴¹ No entanto, estas provas não podem ser consideradas uma terceira categoria de ilicitude porque o problema que se pode levantar ao nível delas é o mesmo que é suscitado pela ilicitude fora da órbita processual: relevância da ilicitude material ao nível do processo.

⁴² Um diário íntimo que é obtido através de sucessão, por exemplo, se for lido em audiência poderá lesar direitos constitucionalmente protegidos.

⁴³ ISABEL ALEXANDRE refere quatro possíveis motivos para a prova inadmissível não poder ser praticada no processo, de entre os quais o facto de o legislador poder subtraí-la à apreciação do juiz por suspeitar do contributo por ela prestado para a descoberta da verdade material,. *Op.cit.*, pág. 29.

⁴⁴ Poderíamos ser levados a crer que este problema apenas se coloca face a provas *constituendas*, uma vez que as pré-constituídas, como o próprio nome indica, já se encontram constituídas antes de serem admitidas no processo mas, de acordo com ISABEL ALEXANDRE, se o juiz admitir uma prova pré-constituída sem que a parte contrária tenha tido a possibilidade de impugnar a respetiva admissibilidade, ainda poderão aquelas ser consideradas invalidamente “constituídas”, *ibidem*, pág. 32.

2.2.2. PROVA ILÍCITA E PROVA IMORAL

Com base no denominado “caso da esposa comprada” – a mulher do demandante renuncia ao seu direito de recusar depoimento, a troco de determinada quantia – estaríamos perante uma prova imoral, conseguida mediante violação de imperativos impostos ao Homem pela sua consciência ética, e não perante uma prova ilicitamente obtida, devendo o tribunal ponderar livremente tal circunstância, de acordo com o princípio da livre apreciação de provas.⁴⁵

2.2.3. PROVA ILÍCITA E PROVA VICIADA

A prova viciada, de acordo com JOSÉ JOÃO ABRANTES⁴⁶, é aquela cujo conteúdo é falso, não correspondendo à realidade objetiva, contrariamente à prova ilícita, cujo conteúdo é verdadeiro. Para aquela, a lei processual determina mecanismos que visam privá-la de eficácia (acerca da falsidade de documentos, cfr. arts. 360.º e ss. CPC), enquanto para a prova ilícita, nomeadamente no que ao processo civil diz respeito, a lei nada estatui.

2.2.4. PROVA ILÍCITA E PROVA ATÍPICA

Nas palavras de G. F. RICCI⁴⁷, a prova atípica é aquela que não se encontra prevista como tal no ordenamento jurídico, distinguindo-se da prova ilícita por esta, embora tendo previsão legal, ter sido adquirida mediante violação dos limites nele previstos. No entanto, vários são os pontos de contato entre a doutrina das provas ilícitas e das provas atípicas: ora porque uma prova ilícita poderá ser considerada atípica (sujeito submetido à narcoanálise sob ameaça); ora porque a questão da admissibilidade processual também se aplica às provas atípicas; ora porque há quem defenda que a prova ilícita poderá ser utilizada em juízo a título de prova atípica⁴⁸.

No que ao segundo ponto diz respeito, a questão da admissibilidade processual, importará determinar se o elenco dos meios de prova tem caráter taxativo ou meramente exemplificativo, discussão que para CAVALLONE é isenta de sentido, por não ser

⁴⁵ *Ibidem*, citando ZEISS, pág.33.

⁴⁶ *Op. cit.*, Pág. 12

⁴⁷ *Op. cit.*, págs. 34 e 35.

⁴⁸ ALEXANDRA, Isabel, *op. cit.*, pág. 34.

possível verificar uma homogeneidade lógica dos vários elementos que compõem aquele⁴⁹, tese esta que é possível transpor para o Direito Português. Não obstante o nosso Código Civil estabelecer um elenco de provas no seu art. 349.º e ss, este não corresponde a uma tipologia, representando, pelo contrário, um conjunto de realidades com natureza diversa, sendo ainda possível encontrar normas relativas a meios de prova fora daquele código (cfr. art. 416.º CPC, relativo a prova por apresentação de coisas móveis). No nosso ordenamento, a questão da admissibilidade de provas atípicas não recebe uma resposta unitária⁵⁰, no entanto, partilhamos a opinião de I. ALEXANDRE⁵¹, que refere que estas provas apenas deverão ser rejeitadas quando seja necessário defender outros direitos ou interesses.

Pelo exposto, parece ser possível concluir pela impossibilidade de fundamentar a admissibilidade da prova ilícita, através do recurso à figura da prova atípica, o mesmo será dizer que se quanto a esta o ponto de partida deverá ser o da admissibilidade, só se impondo solução diversa nos termos expostos anteriormente, o mesmo não se aplicará quanto às provas ilícitas, que beneficiam de um regime diferente, o qual será melhor analisado no capítulo IV.

2.2.5. PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

A problemática do efeito-à-distância (*Fernwirkung*) surge quando se indaga da “*comunicabilidade ou não da proibição de valoração aos meios secundários de prova, tornados possíveis à custa de meios ou métodos proibidos de prova*”⁵², o mesmo será dizer que consiste em saber se uma proibição de valoração que inquie uma prova primária ou direta, se comunica, e em que medida, às provas secundárias ou indiretas, originando um efeito dominó de exclusão.

⁴⁹ Ao invés disso, a técnica adotada nos modernos catálogos legais, como sucede com o Código Civil Italiano, consistiu em “alinhar, à guisa de entidades homogêneas, elementos que evidentemente pertencem a áreas lógicas e semânticas diversas”. *Ibidem*, citando o autor, pág. 36.

⁵⁰ Citados por ISABEL ALEXANDRE, LEBRE DE FREITAS defende a inadmissibilidade dos meios de prova não previstos na lei, enquanto ANTUNES VARELA – J. M. BEZERRA – SAMPAIO E NORA, defendem a sua admissibilidade. Idêntica é a posição de CASTRO MENDES, ainda que com algumas reservas dado que, para o autor, o art. 345.º n.º 2 do CC veda às partes a possibilidade de ampliar o elenco legal dos meios de prova, estando tal faculdade apenas do lado do juiz, usando os poderes que lhe são conferidos pelo art. 265 n.º 3 do CPC. No entanto, ISABEL ALEXANDRE não concorda com esta posição ao considerar que se as partes estiverem impossibilitadas de usar provas inominadas, tal representa uma restrição ao direito fundamental à prova, consagrado no art. 20.º n.º 1 e 4 da CRP, o que contraria o disposto no art. 18.º n.º 2 da CRP – *Op. cit.*, pág. 44.

⁵¹ *Op. cit.*, pág. 46.

⁵² ANDRADE, Costa, *op. cit.*, pág. 61.

Não obstante a Constituição determinar a nulidade das provas proibidas no seu art. 32.º n.º 8⁵³, como referimos anteriormente⁵⁴, não encontramos qualquer referência específica à temática agora em análise, tendo o legislador deixado a solução relativa a estes casos a cargo da doutrina e da jurisprudência.

O facto de não existir, assim, qualquer norma que imponha às autoridades incumbidas da investigação que ignorem a prova obtida na sequência de uma prova ilícita poderá ser utilizado como argumento para aqueles que defendem a tese contrária ao efeito-à-distância, a acrescentar ao facto de que meras irregularidades poderiam criar “*obstáculos insuperáveis*” à descoberta da verdade, seja em processo penal como em processo civil. No entanto, vozes contrárias, como TROCKER⁵⁵, referem que se seguíssemos aquele raciocínio tornar-se-ia fácil contornar a questão da proibição de prova ilícita pois a eficácia desta seria recuperada através da utilização da prova que através dela foi possível descobrir. Para este autor, a resposta residiria na descoberta da ratio das normas violadas com o comportamento contrário à Constituição, ou seja, apenas haverá efeito-à-distância se as normas violadas tutelam valores como a integridade moral e física ou a esfera da reserva.

COSTA ANDRADE, que antes da entrada em vigor do anterior Código Penal defendia o efeito-à-distância, mesmo em caso de violação de princípios processuais, refere que o regime das nulidades, estabelecido no art. 122.º n.º 1 CPP⁵⁶ – que à semelhança do art. 195.º n.º 2 CPC determina a extensão da nulidade do ato processual aos atos que deste dependam⁵⁷ – por estar associado às proibições de prova, “*indicia uma propensão para reconhecer o efeito-à-distância, sem as hesitações sentidas na doutrina e jurisprudência alemãs*”, mas não de forma ilimitada, como sucede com o princípio da *fruit of the poisonous tree doctrine*, pois o intérprete e o aplicador de direito devem estar atentos a cada caso concreto – tendo em conta, nomeadamente, o tipo de proibição de prova, a

⁵³ Alguma doutrina considera que o elemento literal do art. 32.º n.º8 da CRP e o art. 126.º do CPP, podem conter base suficiente para a proibição de valoração de todas as provas “*contaminadas pelo veneno do método proibido*”, não circunscrevendo a proibição àquelas provas obtidas de forma direta. Por outro lado, também há quem refira que tendo em conta a associação existente entre as proibições de prova e o regime das nulidades processuais, deveria existir um equilíbrio entre ambas. BURGOA, Elena, *op. cit.* pág. 605.

⁵⁴ Vide Capítulo I, ponto 2.2.

⁵⁵ ALEXANDRE, Isabel, citando o autor, *op. cit.* pág. 150.

⁵⁶ “As nulidades tornam inválido o ato em que se verificarem, bem como os que dele dependerem e aquelas puderem afetar.”

⁵⁷ ISABEL ALEXANDRE adota a solução de que para averiguar a extensão das nulidades no âmbito dos atos de aquisição probatória, temos de distinguir entre “*os atos que se inserem no âmbito do mesmo procedimento probatório e os atos que, tendo embora lugar na fase da instrução, se regem por procedimentos probatórios distintos: só em relação aos primeiros se vislumbra aquela dependência que permite dizer que um ato é pressuposto do outro*”. *Op. cit.*, pág. 156.

natureza e importância do direito, o interesse sacrificado e ao sujeito passivo de tal violação. Não será arriscado referir que no direito português, não encontramos uma resposta generalizada, um princípio cerrado e válido para todas as situações dado que, acrescenta aquele autor, em concreto, o efeito-à-distância apenas não será aplicado por razões relativas ao nexo de causalidade e imputação objetiva entre a prova primária e a prova secundária⁵⁸, afirmando ainda GUEDES VALENTE⁵⁹ que para escolher o caminho a seguir deverá haver sempre uma ponderação de determinados fatores, como a perigosidade do “veneno”, a importância do “fruto” no contexto global da prova e a vinculação normativa deste à “árvore envenenada”.

O Acórdão do STJ de 6 de maio de 2004⁶⁰, relativo à discussão da nulidade de uma escuta telefónica que fora efetuada sob infração dos requisitos procedimentais, considera que haverá contaminação das provas ilícitas por derivação “*quando está em jogo a garantia da dignidade da pessoa humana*”, casos em que “*não se poderá invocar a necessidade de ponderação dos interesses em conflito e a validade das provas consequentes*”, enquanto que perante “*interesses individuais que não contendem diretamente com a garantia da dignidade da pessoa humana, e deverá aceitar-se (...) que tais interesses, ainda que emanem de direitos fundamentais podem ser limitados atendendo a interesses conflitantes*”, opção jurisprudencial que recebe apoio do direito comparado, como veremos no ponto seguinte. Esta sentença ratifica, de forma geral, a doutrina dos frutos da árvore envenenada⁶¹, pois ainda que se assista a uma tímida relativização da prova ilícita, esta apenas se verifica porque a ofensa em causa teve origem num defeito meramente formal⁶² e, para evitar situações de formalismo estéril, considerou-se que apenas a prova obtida mediante violação do direito fundamental seria ilícita e nula, não se estendendo tal nulidade à confissão dos sujeitos, prova secundária.

⁵⁸ ANDRADE, Costa, *op. cit.*, pág. 316.

⁵⁹ VALENTE, Manuel Guedes, *Processo Penal*, Tomo I, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 423.

⁶⁰ Proc. 04P908, Rel. Cons. Santos Carvalho.

⁶¹ Também no sentido da aceitação do efeito-à-distância, o Ac. do TR do Porto, de 17-02-2014, proc. 231/14.6TTVNG.P1, Relator António José Ramos. Neste acórdão é referido que “*sendo esta uma prova reflexa, secundária, mediata, derivada ou indireta, obtida através da primeira, a mesma não pode ser usada contra o trabalhador, na medida em que esta só teve lugar através de um conhecimento derivado da utilização de um meio de prova ilícito, sendo tal proibição abrangida pelo art. 32º, são, assim, uma prova ilícita por derivação.*”

⁶² Esta sentença clarifica que, no caso de provas ilícitas obtidas mediante violação de direitos fundamentais que contendem diretamente com a dignidade da pessoa humana, não haverá espaço para as admitir, ainda que por via de exceção. BURGOA, Elena, *op. cit.* pág. 611.

Já o Ac. do TR de Guimarães, de 30-04-2009⁶³, refere que “*não pode a prova testemunhal servir para “branquear” prova obtida através de um ato ilícito, sob pena de, doravante, se tornar, por essa via, lícita toda a prova que não o é. Sendo nula tal prova, não deverá ser admitida qualquer prova, nomeadamente testemunhal, que se estribe na mesma, sob pena de, como sói dizer-se, se fazer entrar pela janela o que não pôde entrar pela porta*” e, continua, “*verificado que uma testemunha adquiriu o seu conhecimento a partir de prova obtida ilicitamente, deverá o seu depoimento ser recusado ou, se prestado, tido como nulo*”.

Concluindo, apesar de haver uma tendência generalizada para a adoção da tese da admissibilidade do efeito-à-distância, algumas vozes apontam para a ponderação dos interesses em conflito como a melhor resposta a tal controvérsia, sobretudo quando estão em causa meros formalismos que deverão decair perante o interesse da busca da verdade, algo que não sucederá, à partida, quando se trate da violação de direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana.

2.2.5.1. EFEITO-À-DISTÂNCIA NO DIREITO COMPARADO

Nesta matéria considera-se que a experiência americana é a mais linear ao consagrar, de forma pacífica e generalizada, o princípio do efeito à distância das *exclusionary rule*, também designado de “*fruit of the poisonous tree doctrine*”⁶⁴. No entanto, a vigência deste princípio está longe de ser absoluta e irrestrita pois, nas palavras de PITLER⁶⁵ “*The complete exclusion – in all situations and for all purposes – of second and subsequent generations fruits of illegally obtained evidence seems logical and warranted unless there are competing considerations to restrict the radiations of the exclusionary rules*”. Neste sentido surgiu um princípio de imputação suscetível de reduzir as margens exageradas do efeito-à-distância e a doutrina da *independet source* que legitima a valoração das provas secundárias sempre que tenham ou possam ter sido obtidas independentemente das provas primárias.

⁶³ Proc. 595/07.8TMBRG, Relator Manso Rainho. De modo a provar que a ré mantinha um relacionamento afetuoso e carnal com terceira pessoa, de quem recebia mensagens no telemóvel, o autor coloca um gravador no interior do veículo automóvel da ré, de modo a provar a infidelidade. Determinada testemunha adquire conhecimento dos factos a partir da audição das gravações conseguidas pelo autor e pretende depor em tribunal. – www.dgsi.pt

⁶⁴ Expressão “*cunhada pelo Justice Frankfurter*”, nas palavras de COSTA ANDRADE, *Ibidem*, pág. 170.

⁶⁵ ANDRADE, Costa, citando este autor, *op. cit.* pág. 171.

A experiência alemã, por sua vez, caracteriza-se por uma enorme complexidade, “*legando um panorama marcado pela dispersão e desencontro de respostas*”⁶⁶. Por um lado, aqueles que propendem para a negação radical do efeito-à-distância alegam que “*o processo penal não pode desenvolver-se como se os meios de prova mediatos pura e simplesmente não existissem*”.⁶⁷ Por outro lado, é possível encontrar no direito alemão uma *Makel-Theorie*, réplica do princípio americano, seguida por OTTO⁶⁸ que sustenta que “*não pode estabelecer-se nenhuma diferença entre a valoração duma declaração como declaração e a valoração dos conhecimentos resultantes da mesma declaração*” e por HELKEL⁶⁹ que defende que o reconhecimento *Fernwirkung* pode “*purificar o processo da nódoa (Makel) da ilegalidade, consumada com a violação da proibição de prova*” e tal só poderá ser conseguido “*se o processo seguir o seu curso como se a ilegalidade não tivesse, pura e simplesmente, acontecido*”.

Uma outra perspectiva, perfilhada por ROGALL e WOLTER, ainda que com algumas diferenças, assenta na ideia de que não haverá uma solução estanque para este problema e só a doutrina da ponderação dos interesses poderá oferecer a resposta mais adequada às questões emergentes, relativamente a cada caso concreto, excetuando dois casos nos quais haverá desde logo efeito-à-distância – quando a valoração da prova secundária se revele necessária e quando a proibição de valoração se deva a violação grosseira da lei e do direito. Resumidamente, ainda que à partida parecesse unívoca a admissibilidade⁷⁰ por parte do Tribunal Federal de casos de efeito-à-distância, a recente jurisprudência alemã revela que está à procura um modelo que dê “*expressão e corpo a um paradigma normativo assente na admissibilidade do princípio do efeito-à-distância, mas reconduzido a limiares político-criminalmente sustentáveis e dogmaticamente legitimáveis*”⁷¹.

No direito espanhol, o art. 11.1 L.O.P.J, de acordo com MANUEL ESTRAMPES⁷², supõe o reconhecimento e a admissão do efeito-à-distância das provas obtidas de forma ilícita e a incorporação da doutrina norte-americana dos frutos da árvore

⁶⁶ ANDRADE, Costa, *op. cit.* pág. 173.

⁶⁷ Para mais desenvolvimentos, *vide* ANDRADE, Costa, *op. cit.* págs. 173 e 174.

⁶⁸ *Ibidem*, pág. 175.

⁶⁹ *Ibidem*, pág. 176.

⁷⁰ BGH de 18.4.1980, sobre o “caso *Traube*”, no qual o tribunal se pronunciou a favor do efeito-à-distância das proibições de valoração da prova, por ser indiferente, à luz da Constituição, saber se a pessoa cujo direito fundamental foi violado foi criminalmente perseguida em virtude de provas direta ou indiretamente obtidas na sequência de escuta ilegal. ALEXANDRE, Isabel, *op. cit.* nota de rodapé da pág. 149.

⁷¹ *Ibidem*, pág. 182.

⁷² ESTRAMPES, Manuel Miranda, *op. cit.*, pág. 109

envenenada ao referir “*No surtirán efecto las pruebas obtenidas, direta o indiretamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”⁷³, isto é, a ineficácia da prova ilícita contemplará, do mesmo modo, todos aqueles elementos probatórios obtidos de forma lícita mas que tiveram origem em informações provenientes daquela, dado que, para este autor, pensar o contrário seria reconhecer uma mera ineficácia formal à prova ilícita⁷⁴.

Para tal, não deixam de considerar que é necessário que exista uma relação de causalidade entre a prova ilícita e a prova lícita que deriva da anterior, o mesmo será dizer que para que se possa imputar objetivamente a primeira prova à segunda, para que esta seja uma consequência daquela, será necessário que exista entre ambas uma causa-efeito⁷⁵, ainda que se reconheça que na prática tal seja muito difícil de demonstrar.

⁷³ No mesmo sentido QUIROGA, López Barja de, *op. cit.*, Pág. 89

⁷⁴ A jurisprudência espanhola tem seguido esta linha em diversas decisões, das quais podemos citar o Auto T.S. de 18 de junho de 1992 (R. Ar. 6102), relativo ao “Caso Naseiro”, S.T.S de 17 de junho de 1994 (R. Ar. 5176) e S.T.S. de 13 de Marco de 1995 (R.Ar. 1838). Para mais desenvolvimentos acerca do conteúdo das mesmas Vide ESTRAMPES, Manuel Miranda, *op. cit.* pág. 112.

⁷⁵ QUIROGA, López Barja de, *op. cit.* pág. 118.

CAPÍTULO II

A PROVA ILÍCITA NO DIREITO PROCESSUAL

1. PROCESSO CIVIL

1.1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Nas palavras de COSTA ANDRADE, “*diferentemente do que se passa noutros ordenamentos jurídicos, v.g., no americano ou no germânico, a intervenção da jurisprudência portuguesa nesta área problemática [provas ilícitas] tem sido muito discreta*” e, prova bastante, é o facto de o Código Processual Civil Português ser omissivo no que diz respeito à regulação expressa da questão da admissibilidade das provas ilícitas.

Surge, no entanto, a questão de saber se é possível extrair do preceito do art. 417.º n.º 3 CPC, relativo aos fundamentos de recusa de cooperação das partes, um argumento favorável à inadmissibilidade da prova ilícita dado que aqueles fundamentos têm, na sua génese, formas ilícitas de obtenção de provas.

JOSÉ JOÃO ABRANTES parece responder afirmativamente ao afirmar que “*face à nossa lei, determinados valores são intangíveis*” e “*podem justificar uma recusa do dever de colaboração que sobre as pessoas impende, nos termos do art. 519.º n.º 1*”⁷⁶ pelo que “*logicamente poderão, a fortiori, fundamentar a inadmissibilidade de certos meios de prova que com eles colidam*”.

I. ALEXANDRE, por sua vez, refere que julga ser *bastante “duvidoso que o direito de recusa possa determinar a inadmissibilidade da prova ilicitamente obtida pela parte contrária”*, quer porque o art. 417.º n.º 3 CPC não abrange os atos praticados extrajudicialmente, quer porque apenas restringe os deveres da parte que pode prestar a sua colaboração, esquecendo os poderes da parte a quem tal colaboração pode interessar.

Assim, cremos, na mesma linha de pensamento da autora, que não poderá ser retirada, nem diretamente nem por analogia, nenhuma solução para o problema da admissibilidade daquele preceito, uma vez que a situação nele prevista é de recusa e não de consentimento, pelo que apenas estaríamos perante provas ilícitas quando houvesse recusa

⁷⁶ Atualmente é o art. 417.º n.º 1 CPC.

da parte quanto ao modo da sua obtenção (v.g., se uma testemunha prestar o seu depoimento em estado de hipnose, não será capaz de recusar o modo de obtenção daquela prova e, ainda assim, será considerada ilícita).

1.2. PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES

Os princípios relativos à prova no processo civil são, não raras vezes, apontados como possíveis argumentos para a tese da admissibilidade das provas obtidas de forma ilícita e, no nosso entender, será essencial descortinar os contornos daqueles que se afiguram de maior importância e destaque, entre os quais os princípios da investigação da verdade, da boa fé e da livre apreciação de provas, de uma forma mais pormenorizada e, com alguma brevidade, citaremos igualmente os princípios da aquisição processual, do dispositivo e da cooperação, na medida em que caracterizam a estrutura processual que a nova reforma CPC pretendeu alcançar.

1.2.1. PRINCÍPIO DA INVESTIGAÇÃO DA VERDADE

Recorrente é a associação da verdade formal ao processo civil, enquanto a busca da verdade material estará reservada para o processo penal, distinção esta que, a nosso ver, decorre da existência de diversas limitações à busca da verdade no processo civil. Como refere TEIXEIRA DE SOUSA⁷⁷ *“nos processos judiciais há limitações, expressas algumas sob a forma de princípios processuais, que cerceiam a atividade do tribunal na busca da verdade para os factos que lhe são presentes (...) daí que (...) se tenha estabelecido em processo uma distinção entre uma verdade formal ou intraprocessual e uma verdade material ou extraprocessual”*.

Para LÓPEZ BARJA DE QUIROGA⁷⁸, a verdade formal é *“aquela que se obtém dentro do processo limitando os meios de conhecimento e busca da verdade (como consequência do domínio do princípio do dispositivo que consagra o dominium litis partial), podendo suceder que não seja verdade, que não se ajuste à realidade”*, enquanto a verdade material é *“simples e pura”*.

⁷⁷ SOUSA, Teixeira, *Sobre a Teoria do Processo Declarativo*, Coimbra Editora, Coimbra, 1980, págs. 50 e 51.

⁷⁸ *Op. cit.*, pág. 57.

De acordo com esta linha de pensamento, poderíamos pensar que o processo civil não vai tão longe quanto o processo penal na averiguação da verdade, contentando-se apenas com uma mera verdade formal, o que não estaria longe da realidade pois, sendo um processo essencialmente de partes, desenrolar-se-ia atendendo ao princípio do dispositivo, decidindo o juiz, como sujeito passivo, apenas com base no que aquelas levassem para o processo.

Atualmente, seguindo a tese daquele autor, cremos que não haja uma verdade formal absoluta para o processo civil ou uma verdade material absoluta para o processo penal dada, sobretudo, a mudança ao nível de princípios estruturantes destes ramos de direito. Este raciocínio tem a seu favor o surgimento do princípio do inquisitório, que permite ao juiz desempenhar um papel ativo no processo, não estando limitado àquilo que as partes oferecem, contrariando a ideia inicial de que a existência de certas normas constitucionais (cfr. art. 34.º n.º 4 CRP) conferiam maiores poderes de investigação ao juiz penal⁷⁹. Acrescentamos também o facto de, não raras vezes, no próprio processo penal a verdade formal estar sobreposta à verdade material, *v.g.*, perante a possibilidade de realizar uma escuta telefónica, bastará falhar algum dos requisitos exigidos pelo art. 167.º CPP para que se conclua pela ilicitude da prova, deixando que meras formalidades limitem a descoberta da verdade material.

Ultrapassada aquela ideia de distinção entre verdade formal e material, julgamos que será a verdade real aquela que deverá ser alcançada, ideia que é reafirmada pelo princípio da cooperação⁸⁰ que, de acordo com o art. 417.º n.º 1 CPC, se desdobra em múltiplas sujeições e deveres⁸¹ (*v.g.*, sujeição às inspeções necessárias, dever de resposta e de prestação de esclarecimentos, dever de entrega de documentos e de objetos requisitados, dever de praticar certos atos).

Assim, será que o mero interesse processual de procura da verdade constituirá razão suficiente para que se aceite a violação de direitos individuais, ou poderão existir outros interesses envolvidos no caso que, em concreto, nos façam tolerar ilegalidades

⁷⁹ ISABEL ALEXANDRE, na sua obra, referia que o processo civil seria menos condescendente do que o processo penal em matéria de provas porque o juiz penal dispunha de poderes mais amplos mas que, este facto, seria “compensado” pelo dever geral de colaboração na descoberta da verdade que impendia sobre as partes e terceiros em processo civil. *Op. cit.*, pág. 83.

⁸⁰ Antes era designado por “dever geral de colaboração na descoberta da verdade”, imposto às partes e a terceiros mas, atualmente, devido ao princípio do inquisitório, que analisaremos adiante, o art. 7.º n.º 1 do CPC inclui no leque de pessoas sujeitas a este dever de cooperação os magistrados e os mandatários judiciais, além das partes.

⁸¹ Para um maior desenvolvimento *vide* Capítulo II, ponto 1.2.

deliberadamente cometidas? A esta questão daremos resposta posteriormente, no ponto 1.2.1. do Capítulo III.

1.2.2. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Plasmado nos art.s 8.º, 9.º e 542.º CPC, o princípio da boa-fé é considerado basilar do processo civil, o primeiro ramo de direito a ser atingido por aquele dado que “*a sua natureza instrumental perante o Direito Civil e uma certa tradição literária de escrita sobre a boa fé em Processo terão facilitado a transposição*”⁸².

Como refere I. ALEXANDRE, o estudo das manifestações deste princípio é essencial para a problemática das provas ilícitas, uma vez que a inadmissibilidade destas poderá fundar-se na violação do dever de lealdade daquele que as pretende utilizar, do mesmo modo que a sua admissibilidade poderá radicar no dever de veracidade da parte contrária, deveres estes que se consideram decorrentes daquele princípio.

Para BAUR, “*o sentido do dever de dizer a verdade é precisamente o de impedir os depoimentos conscientemente falsos e incompletos*”⁸³ e, de acordo com esta linha de pensamento, consideramos que este dever impõe-se sempre, excetuando os casos relativos ao depoimento de parte e à articulação de factos ou prestação de informações relativamente a factos criminosos ou torpes, de que a parte seja arguida⁸⁴.

O recurso ao princípio da boa-fé para fundamentar teses mistas quanto à admissibilidade da prova ilicitamente obtida foi tentada por alguns autores, mas este não será o momento oportuno para analisar as vantagens e desvantagens de tal argumentos, veremos tal questão no Capítulo III, ponto 1.4.1.

1.2.3. PRINCÍPIO DA LIVRE APRECIÇÃO DE PROVAS

Considerado um dos princípios mais importantes relativos à prova, presente no art. 607.º, n.º 5 CPC ao referir que “*o juiz aprecia livremente as provas segundo a sua*

⁸² CORDEIRO, Menezes, *Da boa-fé no Direito Civil*, I, 1984, pág. 371.

⁸³ BAUR, F., *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en République Fédérale d'Allemagne*, in *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation/Les garanties Fondamentales des Parties dans le Procès Civil*, Giuffrè, Milano, 1973, pág. 29.

⁸⁴ Enquanto se, relativamente àqueles factos, a parte não for arguida, o dever de veracidade manter-se-á, ressalvando a possibilidade de recusa de colaboração, nas circunstâncias a que o art. 417.º n.º 3 do CPC se refere.

prudente convicção acerca de cada facto”, é, não raras vezes, articulado com a problemática das provas ilícitas.

Tal como o próprio preceito indica, o princípio da livre apreciação de provas⁸⁵ parece implicar a liberdade de utilização das mesmas na última etapa do procedimento probatório⁸⁶, a valoração da prova, o mesmo será dizer que poderíamos ser levados a aceitar a admissibilidade das provas ilícitas com base neste poder do juiz para valorar. No entanto, tal entendimento não se afigura, de todo, correto.

Nas palavras de ALBERTO DOS REIS⁸⁷, este princípio indica que a prova “*é apreciada em inteira liberdade pelo julgador, sem obediência a uma tabela ditada externamente, mas em perfeita conformidade (...) com as regras da experiência e as leis que regulam a atividade mental*” mas, tendo por base o entendimento de WALTER⁸⁸ e NOBILI⁸⁹, aquela apreciação apenas compreende a liberdade de apreciação das provas, não se estendendo à possibilidade de decidir da admissão e utilização das mesmas, ou seja, para que o juiz analise os elementos probatórios, tem de estar já positivamente afirmada a possibilidade de utilização dos mesmos e, por esta razão, no nosso entender, deverá ser feito o raciocínio inverso àquele que, à partida, seria de afirmar: não será o poder do juiz para valorar que fundamentará a admissibilidade de determinada prova ilícita, mas sim a resposta que se dá à questão da admissibilidade desta que tornará possível a valoração por parte do juiz.

Independentemente de se vir a concluir pela admissibilidade das provas ilícitas, parece-nos que este argumento não será plausível, ainda que possa ser fundamental no que à força probatória atribuída a cada facto diz respeito, isto é, sendo aquelas provas admitidas

⁸⁵ Não obstante a regra em processo civil ser a da livre apreciação pelo juiz, o legislador poderá impor-lhe uma determinada conclusão e, neste caso, estaremos perante a prova legal ou tarifada, ou seja, é atribuída uma certa força probatória aos meios de prova, um “*vínculo imposto à decisão e conseqüente repúdio de um qualquer controlo de veracidade*”, ainda que seja, igualmente, considerada uma “*verdadeira prova, na medida em que, «quando uma regra legislativa (...) impõe que se decida com base num facto, o resultado é o mesmo que se obteria, se a conclusão fosse construída de acordo com as máximas da experiência»*” ALEXANDRE, Isabel, citando o autor F. CORDERO, *op. cit.*, pág. 102.

⁸⁶ O procedimento probatório é definido como “*o esquema metodicamente ordenado dos atos processuais destinados a permitir a utilização dos diferentes meios de prova*” e apresenta quatro fases (normais): i) proposição, oferecimento ou requerimento da prova (a parte requer a admissão ou a produção da prova, no caso das provas pré-constituídas e provas *constituendas*, respetivamente); ii) admissão da prova (consiste no deferimento da proposição, oferecimento ou requerimento da prova, cfr. arts. 543.º e 637.º n.º 2 do CPC); iii) produção da prova (é a fase essencial do procedimento probatório das provas *constituendas* – as pré-constituídas formam-se fora do processo – pois é neste momento que se extrai da fonte oferecida o material probatório por ela fornecido); iv) assunção da prova (incorporação do meio de prova no processo), VARELA, A. – BEZERRA, J. M. – NORA, S., *op. cit.*, pág. 495.

⁸⁷ Código de Processo Civil Anotado, Vol. III, pág. 245.

⁸⁸ WALTER, G., *Freie Beweiswürdigung*, 1979, pág. 285.

⁸⁹ NOBILI, M., *Letture testimoniali consentite al dibattimento e libero convincimento del giudice*, Riv. It. Di dir. e proc. Pen. 1971, págs. 275 e 278.

em juízo, caberá ao juiz formular a sua convicção, com a prudência necessária, conferindo maior ou menor valor às mesmas.

1.2.4. PRINCÍPIOS DA AQUISIÇÃO PROCESSUAL, DO DISPOSITIVO, DO INQUISITÓRIO E DA COOPERAÇÃO

De acordo com REMÉDIO MARQUES⁹⁰ e seguindo o exposto no art. 413.º CPC, a atuação do juiz deve ser totalmente imparcial, pautar-se pela descoberta da verdade material, devendo o tribunal, no julgamento da matéria de facto, “*procurar tomar em consideração e atender a todas as provas produzidas nos autos, mesmo que elas aproveitem à parte contrária*” de modo a que a decisão do pleito esteja em conformidade com a situação real.

O nosso processo civil, que se pautava, exclusivamente, pelo princípio do dispositivo – o juiz tinha um papel passivo no processo, cabendo às partes alegar e provar todos os factos – tem atualmente uma natureza híbrida, havendo necessidade de conciliar aquele com o princípio do inquisitório⁹¹, reforçado com a nova reforma CPC, segundo o qual o juiz desempenha o papel de sujeito processual ativo: poderá providenciar oficiosamente o suprimento dos pressupostos processuais e recolher outros elementos probatórios, além daqueles que são produzidos pelas partes⁹².

O princípio da cooperação, por sua vez, encontra a sua consagração legal no art. 7.º CPC ao referir que “*na condução e intervenção do processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si (...) para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio*”, ou seja, é dever de todos cooperar no sentido da descoberta da verdade dos factos, ideia reforçada pelo art. 417.º n.º 1 CPC.

⁹⁰ MARQUES, Remédio, *Ação declarativa à luz do código Revisto*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007., pág. 161.

⁹¹ Relativamente a este princípio, questiona-se em que medida ele colocará em causa a imparcialidade do juiz e se, por outro lado, se trata de um poder-dever ou, ao invés disso, de um poder discricionário. Quanto à primeira questão, MONTERO AROCA (*Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia, 2006 págs. 240 a 248) refere que o poder inquisitório do juiz coloca em causa o princípio da igualdade de armas, alicerçado pelos deveres de imparcialidade e independência a que o juiz se encontra adstrito e que, por essa razão, este deve “abster-se de realizar a qualquer título obrigações que são próprias das partes litigantes”. Em sentido diverso, TARUFFO (*Poteri Probatori delle Parti e del Giudice in Europa*, in Riv. Trim. Di dir. e proc. Civ., n.º 2, Milano, 2006, pág. 451 e ss.) defende que o papel ativo do julgado não significa autoritarismo da sua parte, inclusive porque outros poderes similares são atribuídos aquele, como a possibilidade de admissão de uma prova, não deixando de fazer uma avaliação objetiva e imparcial e tendo sempre como objetivo atingir a justa composição do litígio.

⁹² Cfr. arts. 6.º e 411.º do CPC.

É neste ponto, relativo ao âmbito da prova e ao papel cada vez mais ativo do julgador, que, no nosso entender, se torna imperioso abordar quais as consequências decorrentes de tais mudanças para o estudo da admissibilidade das provas ilícitas.

Não devemos olvidar que a reforma de 2013 pretende que o processo civil português se abra à modernidade e se liberte de amarras perfeitamente desajustadas e desfasadas, que impedem a justa composição do litígio.

Neste sentido, sendo, cada vez mais, o processo o arauto da busca da verdade material, para se obter a justa composição do litígio, bem distante do ultrapassado processo de partes, arbitrado por um julgador passivo, não estaremos perante o abrir de uma porta ao metamorfismo dos ideais enraizados e formalismos inférteis que levará à admissibilidade em juízo da prova ilícita? É uma questão da qual nos ocuparemos, detalhadamente, no capítulo IV.

2. PROCESSO PENAL

2.1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

A prova é, sem dúvida, o segmento processual mais importante do processo penal, como suporte de toda a condenação ou absolvição e, dada a necessidade de gerir, de forma adequada, a confrontação entre o interesse estatal em reprimir o fenómeno da criminalidade e os direitos dos cidadãos em preservarem a sua liberdade e segurança jurídica, a prova ilícita adquire um carácter fundamental alvo de diversas apreciações jurídicas, quer a nível do direito nacional, quer a nível de direito comparado.

Como referimos supra, o ordenamento jurídico português trata a questão da prova proibida no art. 32.º n.º 8 CRP, tornando-a uma “*instituto marcante do novo processo penal, erigido a partir dos alicerces sediados na Constituição de 1976*”⁹³. Aquele preceito prevê e consagra as garantias do processo criminal pelo que, não raras vezes, é dito que a proibição de prova expressa é referente tão-só às entidades públicas encarregues da recolha de prova no processo penal, estando, à partida, excluídas as provas ilícitas obtidas no âmbito do processo civil e por particulares, no processo penal. Esta tese tem a seu favor o facto de, contrariamente ao que sucede no processo civil que nada estabelece, pelo menos

⁹³ ANDRADE, Costa, *op. cit.*, pág.11.

de forma expressa, acerca da admissibilidade das provas ilícitas, a lei processual penal, no seu art. 126.º n.º 1 CPP, reproduzir de forma similar a ideia estabelecida naquele preceito constitucional ao referir que “*são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas*”, clarificando o n.º 2 os termos em que aquelas provas são ofensivas da integridade física e moral das pessoas.

Do mesmo modo, também o art. 118.º n.º 3 CPP que, de acordo com COSTA ANDRADE, “*deverá ser interpretado como expressão positivada da intencionalidade do legislador de consagrar as proibições de prova, adscrevendo-lhe uma disciplina que transcende o regime das nulidades processuais*”, revela que as proibições de prova estão hoje legalmente consagradas com autonomia, generalidade e consistência que permitem perspetiva-las como uma das construções basilares da dogmática processual penal.

Questionar-se-á, tão-só, e uma vez que, ao contrário do que sucede no processo civil, não se duvida da intenção do legislador relativamente a esta matéria, se esta consagração da proibição de provas é absoluta ou se, em determinadas circunstâncias, poderá admitir exceções.

2.2. PRINCÍPIO DE INVESTIGAÇÃO DA VERDADE

Com o fracasso dos processos de matriz inquisitória e o advento do Estado de Direito, exigia-se que o próprio Estado conduzisse a ação penal com respeito pela dignidade da pessoa humana, o mesmo será dizer que estaria impedido de combater o crime mediante o cometimento de outros crimes e, por essa razão, a introdução da figura das proibições de prova seria a melhor solução para que aquele objetivo fosse cumprido.

De acordo com o princípio da oficialidade, que é a publicitação máxima da justiça penal, é ao Ministério Público, segundo o art. 219.º CRP, a quem cabe a iniciativa de investigar a prática de uma infração (cfr. arts. 48.º e 241.º CPP) e, no nosso entender, será esta a primordial razão para a existência de estreitos limites à admissibilidade da prova neste ramo de direito. O mesmo será dizer, como introduzimos supra, que estando a investigação e recolha de provas sob a alçada de uma entidade pública, quis o legislador evitar o surgimento de eventuais abusos de direito por parte daquela e, mediante tal finalidade, tornou-se imperioso limitar os meios através dos quais os elementos probatórios

seriam recolhidos⁹⁴. Não obstante, os direitos fundamentais do indivíduo não são considerados absolutos quando colocados em confronto com o interesse estadual de repressão criminal, pelo que o legislador possibilitou que, em determinadas circunstâncias e quando seja imperioso o apuramento da verdade (v.g., através de escutas telefônicas), aqueles direitos sejam restringidos.

Relativamente à verdade procurada pelo processo penal, parece-nos, do que ficou exposto, que a relação *verdade formal vs verdade material*, característica do antigo modelo processual, não deverá ser utilizada nos dias de hoje, tentando, dessa forma, justificar uma maior liberdade de admissão de provas neste ramo de direito, comparativamente ao processo civil, por naquele ramo estarem em causa verdadeiros direitos indisponíveis dos sujeitos. A única verdade que deverá ser procurada é a verdade real, aquela que possibilita o alcance de uma decisão justa e conforme a realidade, independentemente de estarmos no âmbito do processo civil ou do processo penal, não obstante tal procura não dever ser feita mediante qualquer preço.

2.3. DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITES À PROVA ILÍCITA

A Constituição, do ponto de vista jurídico, constitui a norma fundamental do Estado, expressando os valores e princípios conformadores da comunidade que delimitam o “*terreno de jogo da convivência social e política, cujo centro valor central, do ordenamento em geral e do direito processual em particular, é a dignidade do cidadão*”⁹⁵ e é este texto legal, enquanto condensador de valores éticos e jurídicos próprios de um Estado de Direito, que molda os contornos da investigação da verdade no processo penal.

Tal como refere MANUEL ESTRAMPES, as provas ilícitas não são apenas aquelas cuja ilicitude é consequência de não estarem previstas na lei, mas também aquelas cuja realização atenta contra os direitos fundamentais das pessoas, proibição esta que, continua o autor, é “*consequência do reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais das pessoas, independentemente de não existir uma norma processual concreta que preveja a inadmissibilidade de certa prova em juízo, como sucede, por exemplo, com a narcoanálise*”⁹⁶.

⁹⁴ Acerca da extensão do preceito às provas ilicitamente obtidas por particulares, *vide* Capítulo II, ponto 3.

⁹⁵ CASTRILLO, Eduardo, *op. cit.*, pág.31.

⁹⁶ *Op. cit.*, pág. 48.

A procura da verdade, ultrapassadas antigas conceções que defendiam a ideia de poderia ser feita a todo o custo e propiciavam violações contra a dignidade e os direitos humanos, deixou de ser um valor absoluto, ou seja, nas palavras de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “*hoje em dia está superada a ideia de verdade material e fala-se de obtenção formalizada da verdade*”, verdade esta que significa a recusa da verdade a qualquer preço, com respeito pelos direitos constitucionalmente protegidos dos cidadãos⁹⁷.

3. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 32.º N.º 8 CRP AO PROCESSO CIVIL

Perante o silêncio do legislador e a sua aparente falta de interesse na regulação da matéria da admissibilidade das provas ilícitas no direito processual civil português, importará analisar a possibilidade de extrair proibições de prova da Constituição, à semelhança do que sucede na generalidade dos ordenamentos.

Como referimos no ponto 2.1. desde Capítulo, o art. 32.º n.º 8 CRP configura um preceito relativo à proibição de provas ilícitas mas, do que ficou exposto, apenas respeita ao processo penal, suscitando a dúvida de se tal norma deverá ser entendida como excecional, insuscetível de aplicação analógica a outros processos⁹⁸, ou se, por outro lado, poderá admitir-se a sua aplicabilidade ao processo civil⁹⁹.

Importará, antes de se analisar a questão referida supra, determinar se aquele preceito abrange tão-só as “*provas obtidas pelas entidades públicas incumbidas da perseguição penal ou se, diversamente, também se incluem as obtidas pelos particulares*”¹⁰⁰. Da leitura do art. 34.º n.º 4 CRP, em conjugação com o art. 32.º n.º 8 CRP, poderíamos supor que estão excluídas do âmbito de proteção daquele último preceito as provas ilicitamente obtidas por particulares, e também o processo civil. No entanto, para

⁹⁷ O Acórdão do Tribunal Supremo de 18 de junho de 1992, citado anteriormente, conhecido como “*Caso Naseiro*”, refere-se às limitações dos direitos fundamentais ao referir que “*não se pode obter a verdade real a qualquer preço*”. EDUARDO CASTRILLO, seguindo esta linha, afirma que “*apenas haverá um lícito descobrimento da verdade quando este seja compatível com a defesa do elemento nuclear dos direitos fundamentais*”, a dignidade e a intimidade da pessoa humana. No caso em apreço – continuou o T.S. – apenas são permitidas escutas telefónicas, pelo tempo considerado indispensável, se se tratar de um delito grave e se existir uma relação de proporcionalidade entre o direito violado e a intromissão efetuada. No entanto, como veremos posteriormente, esta não é a posição da nossa doutrina – *op. cit.*, pág. 35 e 36.

⁹⁸ Apenas se permitindo a sua aplicação subsidiária a outros processos não sancionatórios, nos termos do art. 38.º n.º 10 da CRP, ALEXANDRE, Isabel, *op. cit.*, pág. 233.

⁹⁹ Neste sentido, o Ac. do TR de Lisboa, de 28-11.2013, proc. 618/11.6TMLS-B-A.L1-6, Relatora Fátima Galante.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pág. 234.

I. ALEXANDRE, o art. 34.º n.º 4 CRP, ao referir que “*é proibida a ingerência das autoridades públicas (...) salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal*”, pretende, tão-só, “*reafirmar a inviolabilidade daqueles direitos por parte de autoridades públicas e autorizar (às entidades públicas e não aos particulares) aquela ingerência apenas ao nível do processo penal*”¹⁰¹, afigurando-se de rejeitar o entendimento segundo o qual apenas os comportamentos ilícitos das autoridades públicas estariam abrangidas pelo disposto na Constituição.

Não devemos olvidar o facto de o art. 32.º n.º 8 CRP estar inserido no capítulo dedicado aos direitos, liberdades e garantias que, de acordo com o art. 18.º n.º 1 CRP, vincula entidades públicas e privadas. Além disso, de acordo com COSTA ANDRADE¹⁰², o próprio elemento sistemático do art. 126.º CPP facilita a aplicação da proibição de prova aos particulares, uma vez que tal preceito encontra-se no livro *Da prova*, que articula normas também destinadas aos particulares. O autor acrescenta ainda um argumento racional teleológico ao referir que “*mal se compreenderia que, por um lado, o legislador português precludesse sem mais a valoração dos meios de prova obtidos por particulares através de atentado ao direito à palavra ou à imagem (art. 167.º CPP); e, por outro lado e ao mesmo tempo, admitisse as provas logradas por particulares à custa de atentados tão intoleráveis a eminentes bens jurídicos pessoais como os previstos no art. 126.º CPP*”.¹⁰³

GOMES CANOTILHO – VITAL MOREIRA¹⁰⁴ consideram que os arts. 32.º n.º 8 e 34.º n.º 4 CRP visam limitar os interesses do processo criminal pela dignidade humana e pelos princípios fundamentais do Estado de Direito, o que demonstra a estreita ligação entre aqueles preceitos e estes direitos e, de acordo com o art. 9.º n.º 3 do CC, o intérprete deverá presumir que o legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, pelo que, cremos, o facto de apenas haver referência às *autoridades públicas* é fruto da intenção daquele, que se justifica essencialmente por razões históricas ligadas à prática de abusos por estas entidades.¹⁰⁵

¹⁰¹ *Ibidem*, pág. 236.

¹⁰² *Op. cit.*, pág. 197.

¹⁰³ *Ibidem*, pág. 198.

¹⁰⁴ CANOTILHO, G., MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1.º Vol., 2.º ed. Revista e ampliada, Coimbra Editora, Coimbra, 1984, pág. 218.

¹⁰⁵ No mesmo sentido, ISABEL ALEXANDRE, considera que “*tal restrição só teria fundamento num sistema em que não se concebesse a possibilidade de ofensa, pelos particulares, dos direitos constitucionalmente consagrados (como o norte-americano) ou em que partisse do princípio de que essa ofensa seria forçosamente menos grave pelo facto de provir dos particulares*”, *op. cit.* pág. 239.

A finalidade do processo penal, enquanto salvaguarda da ordem social e proteção de bens jurídicos comunitários¹⁰⁶, obriga a que o art. 32.º n.º 8 CRP deva ser interpretado em conformidade, proporcionando a máxima eficácia dos direitos fundamentais e, ainda que o direito à prova dos particulares seja, por si só, um direito fundamental, consagrado no art. 20.º CRP, não se estará a criar, aprioristicamente, uma hierarquia entre direitos constitucionalmente protegidos – direito à prova e outros direitos – pelo facto de, numa última análise, se ter presente um importante fator de relativização¹⁰⁷ que leva a “*danosidade social mediatizada pela valoração (sem consentimento) do meio de prova a uma balança de ponderação de interesses que tem no outro prato o interesse da repressão penal*”.¹⁰⁸¹⁰⁹

Cumpra agora analisar a questão relativa à possibilidade de as disposições constitucionais poderem ser aplicadas, de forma analógica, ao processo civil. I. ALEXANDRE recorre ao argumento *a contrario*, referindo que só se poderia considerar que a Constituição apenas diz respeito ao processo penal se fosse possível demonstrar o carácter excecional do art. 32.º n.º 8 CRP.

Ora, no nosso entender, há uma consagração, apesar de implícita, da excecionalidade formal do preceito e, ainda que a consideração das provas como nulas, quando obtidas mediante violação de determinados direitos fundamentais, pareça não contrariar nenhum princípio geral de direito, julgamos que, não raras vezes, os princípios decorrentes do direito à prova poderão ser limitados de forma irreversível, retirando a única possibilidade de defesa do sujeito.

Do exposto, cremos que haverá uma clara diferenciação de regimes, o mesmo será dizer que enquanto no processo penal estamos perante a proteção de valores comunitários e a salvaguarda da ordem social que, pela sua natureza, carecem de uma maior proteção ao nível de possíveis abusos, no processo civil visa-se a proteção de direitos privados e, de acordo com o princípio do dispositivo, são as próprias partes que, efetivamente, produzirão a prova em posição de igualdade.

¹⁰⁶ Tendo o legislador plena consciência de que o Estado, com vista a assegurar a imagem de superioridade que lhe permite salvaguardar a ordem social, poderá ser levado, ainda que inconscientemente, a usar a força de que dispõe para cometer abusos de poder, impôs limites à atuação das entidades públicas mas, pelo facto de estarem em causa direitos de ordem pública, que colocam em causa a segurança jurídica da comunidade, a ofensa das normas constitucionais, por parte dos particulares, não será menos grave e estes deverão, de igual modo, estar abrangidos por tais disposições.

¹⁰⁷ Para um maior desenvolvimento do tema, *vide* Capítulo IV, ponto 1.3.

¹⁰⁸ ANDRADE, Costa, *op. cit.*, pág. 157.

¹⁰⁹ No mesmo sentido da solução da ponderação de interesses, ANDRADE, J. C. Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.º ed., Coimbra, Almedina, 2002, pág. 277 e ss.

No mesmo sentido, o Ac. do TR de Lisboa, de 03-06-2004¹¹⁰, estabelece que “*No processo civil a regra continua a ser a afirmação do princípio dispositivo, pelo que (...) uma proteção sem limites de certos direitos fundamentais (...) seria vista como uma desproteção dos meios de prova mais valiosos a favor dos mais falíveis. Por isso, mesmo quando estão em causa certos direitos fundamentais, não pode pretender-se uma transposição automática do disposto no art. 32º da Constituição, respeitante às garantias do processo criminal, para o processo civil*”.

O facto de o processo penal ser considerado o “*lugar privilegiado*” para a prática de abusos não poderá ser razão justificativa para a particular atenção dispensada pela Constituição a certas provas ilícitas neste ramo pois, para SALAZAR CASANOVA¹¹¹, o legislador teve diversas oportunidades para se manifestar e sanar um provável “esquecimento” mas ficou inerte, o que o leva a crer que terá sido um ato intencional daquele criar uma norma apenas referente ao processo criminal.

Ainda que o art. 10.º n.º 2 do CC refira que “*no caso omissis procedem as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei*”, deverá ser criado um regime para o processo civil, capaz de responder a todas as suas especificidades, ao invés de se aplicarem normas desajustadas da realidade e dos objetivos que se pretendem prosseguir no seu âmbito, bastante distintos dos do processo penal. É inequívoco que a ausência de preceitos relativos à proibição de ingresso de provas ilícitas no processo no âmbito deste ramo de direito, não pode servir de fundamento para a admissibilidade de todo e qualquer meio de prova, pelo contrário, deverá subsistir o conceito de ilicitude.

¹¹⁰ Proc. 1107/2004-6, Relatora Fátima Galante, disponível em www.dgsi.pt.

¹¹¹ CASANOVA, J. F. Salazar, *Provas Ilícitas em Processo Civil, Sobre a Admissibilidade e Valoração de Meios de Prova Obtidos pelos Particulares*, Revista Direito e Justiça, Vol. XVIII, Tomo I, 2004, pág. 116 e 120.

CAPÍTULO III

TESES DE ADMISSIBILIDADE

1. DIREITO COMPARADO

Como referimos supra, a inexistência de interesse pela questão das provas ilícitas por parte da doutrina portuguesa, compeliu-nos, não raras vezes, a recorrer ao direito comparado e às obras existentes em ordenamentos jurídicos que não o nosso, para fundamentar determinadas perspetivas e conclusões.

Assim, fará todo o sentido fazer uma breve análise das posições doutrinárias que se afiguram de maior relevância, para que possamos enquadrar a nossa posição de uma forma mais clara e objetiva.

Em alguns países da *Common Law*, como a Inglaterra e o Canadá, prevalece a regra da admissibilidade das provas ilícitas, mas apenas no âmbito do processo penal¹¹², dado que é considerado que o critério de validade da prova é a sua relevância, independentemente da ilicitude da conduta através da qual foi, eventualmente, obtida. Prevalece, assim, a busca da verdade como fim primário do processo, não obstante o ilícito ser punido nos termos e segundo o tipo de responsabilidade em causa, como veremos mais detalhadamente no 2.2.1. do presente Capítulo.¹¹³

Situação diversa é a que sucede nos Estados Unidos, razão pela qual CAPPELLETTI refere que “os americanos afirmam-se de há muito dispostos a pagar um preço elevado no altar dos valores consagrados pela sua Constituição”¹¹⁴. O mesmo será dizer que, afastando o princípio tradicional da *Common Law*, que estabelece a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal, o ordenamento norte-americano considera que os atos ilícitos cometidos pelos poderes estaduais no processo criminal são inadmissíveis, sempre que haja violação dos direitos fundamentais. No entanto, quando sejam os particulares a levar tais elementos probatórios para o processo, consideram que

¹¹² Referindo J.J.ABRANTES que a regra em processo civil parece ser também a da admissibilidade. *Op. cit.*, pág. 20.

¹¹³ MONTON REDONDO, *apud* ABRANTES, J.J., *ibidem.*, pág. 18.

¹¹⁴ *Apud* ABRANTES, J.J., *ibidem.*, pág. 21.

tais atos apenas podem violar a lei civil ou penal e nunca preceitos constitucionais,¹¹⁵ pelo que, sendo quase sempre as partes envolvidas em litígio que apresentam as provas, podemos concluir que no processo civil a regra será a da admissibilidade.

Por fim, alguns sistemas admitem a prova ilícita mas em certas condições, uma vez que privilegiam a concreta avaliação dos interesses em jogo, ou seja, em determinadas circunstâncias, “*o valor social que o acusado põs em causa é tão importante e a situação tão urgente que até mesmo ilegalidades cometidas deliberadamente devem ser toleradas; igualmente, pode haver casos em que não seria razoável anular a prova só por causa de alguma pequena invasão não intencional aos direitos do acusado*”¹¹⁶.

O mesmo entendimento é seguido na Alemanha, ainda que com diferentes contornos uma vez que, neste ordenamento, os tribunais têm defendido a inadmissibilidade dos meios probatórios cuja obtenção tenha implicado a violação de direitos individuais constitucionais, quer tenham sido obtidos por particulares, quer por autoridades públicas. Configura-se, assim, um confronto entre a busca da verdade e a proteção dos direitos individuais, ou seja, ainda que o juiz deva, em princípio, servir-se de todos os meios de prova importantes para formar a sua convicção, de acordo com o princípio da aquisição processual, tal fim não deverá ser atingido a qualquer preço, devendo aquele salvaguardar os interesses das partes, decidindo pela inadmissibilidade das provas ilícitas sempre que se afigurar necessário. No entanto, admite-se o ingresso de tais provas em juízo em casos excepcionais, se se mostrar serem a única via possível e razoável para proteger outros direitos ou valores.

No mesmo sentido segue o direito espanhol e o direito brasileiro. Naquele primeiro, a Constituição estabelece no seu artigo 11.º n.º 1 LOPJ o sistema da inadmissibilidade da prova ilícita, ao impor o respeito pelas regras da boa-fé em qualquer procedimento e considera que as provas obtidas direta ou indiretamente mediante violação de direitos ou liberdades fundamentais são ineficazes, excetuando assim os casos em que os elementos probatórios trazidos a juízo tenham implicado a violação de direitos infraconstitucionais; no segundo, o artigo 5.º LVI consagra que “*são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos*”. Apesar do exposto, com a adoção de um sistema baseado no princípio da proporcionalidade, as jurisprudências espanhola e brasileira têm considerado existirem duas exceções: o princípio da boa-fé e a admissibilidade da prova *pro reo*,

¹¹⁵ De acordo com este entendimento, a prova obtida mediante investigação de um detetive privado, mesmo que ilícita, é considerada admissível, tal como demonstra a decisão do Supremo Tribunal, em 1964, no caso *Sackler v. Sackler*.

¹¹⁶ ABRANTES, J.J., *ibidem*, pág. 26.

confirmando que apesar de uma regra geral de exclusão, presente na maioria dos ordenamentos jurídicos, pode ser conferida uma maior discricionariedade ao juiz na aplicação daquela, segundo as peculiaridades do caso concreto, através da ponderação dos interesses envolvidos.

Em Itália, a jurisprudência também faz alusão aos preceitos constitucionais para colocar em causa a admissibilidade de determinados meios de prova, determinando a própria constituição no seu artigo 13.º n.º 3 que aquelas não têm “*qualquer efeito*”. Mas este entendimento apenas se considera correto quanto às autoridades públicas, uma vez que a utilização da prova ilicitamente obtida por particulares não é proibida (nestes casos, o ilícito apenas seria reprimido pela obtenção de uma indemnização pelo lesado).¹¹⁷ Neste sentido, G. F. RICCI e CORDERO

2. TESES SOBRE A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

2.1. ABORDAGEM DO TEMA

Para alguns autores, a prova ilícita é passível de ser sempre admitida em juízo, sem quaisquer limites, como qualquer outro meio de prova; para outros, no extremo oposto, aquela é absolutamente inadmissível; uma terceira posição, aponta para a possibilidade de, em casos excepcionais e com determinados limites, a prova ilícita poder ser admitida.

2.2. TESES FAVORÁVEIS

2.2.1. DESCOBERTA DA VERDADE MATERIAL

Os defensores da admissibilidade da prova obtida através de um ato ilícito baseiam-se, de uma forma geral, na “*finalidade da prova, entendida como a descoberta da verdade*”¹¹⁸, que deverá prevalecer no processo mesmo que, para tal, seja necessário

¹¹⁷ Neste sentido, G. F. RICCI e F. CORDERO, *vide* ponto 2.2.2., do presente Capítulo.

¹¹⁸ ABRANTES, J. J., *op. cit.*, pág. 14.

admitir provas ilícitas pois, se estas são relevantes¹¹⁹, abdicar das mesmas seria estar a desprezar elementos essenciais para a convicção do juiz, o que impossibilitaria a obtenção de uma solução justa.¹²⁰

MUÑOZ SABATÉ¹²¹, mostrando que o fim primário do processo é a busca da verdade, refere que *“a justiça deve velar pela honestidade dos meios, mas isso não significa que não possa aproveitar-se do resultado produzido por certos meios ilícitos”*.

Um dos autores mais importantes na defesa desta tese é SCHÖNKE¹²², ao sustentar que a resposta à questão da admissibilidade das provas ilícitas, em processo civil, deve ser encontrada em determinados princípios fundamentais, entre eles o princípio da investigação da verdade, dado que, perante um conflito entre o interesse na apresentação de uma prova ilícita e o interesse na proteção contra a obtenção ilegal de provas, ambos interesses públicos, deverá ser dada prevalência à investigação da verdade pois, para o autor, o segundo interesse poderá ser satisfeito mediante sanções civis e criminais a aplicar ao autor da lesão.

No mesmo sentido STALEV¹²³ ao referir que *“o valor violado (...) deve ser defendido, não através de um julgamento falso, mas através de sanções previstas na lei para essa ilicitude.”*

No entanto, estes argumentos não deverão prosseguir, desde logo pela existência de determinados preceitos no CPC, v.g. arts. 417.º n.º 3 e 453.º, que estabelecem limites à atividade probatória quando haja, por exemplo, ofensa a direitos de personalidade, radicando, neste ponto, a vulnerabilidade da tese: por mais relevante que se mostre determinada prova para atingir a verdade e uma solução justa no processo, tal não pode ser feito mediante qualquer preço. Seguindo a tese de JOSÉ JOÃO ABRANTES¹²⁴, julgamos que o mero interesse processual de procura da verdade não constituirá razão suficiente para que se aceite a violação de direitos individuais, sem que haja ponderação dos mesmos no caso concreto pois, no fundo, *“o processo não pode ser visto como um campo de batalha em que os fins justificam os meios”*¹²⁵

¹¹⁹ Também na conceção tradicional da *Common Law*, a prova, se relevante, será válida independentemente da sua origem e do seu modo de obtenção.

¹²⁰ BARBOSA, José Carlos, *A Constituição e as Provas Obtidas Ilícitamente*, 2011, pág. 939.

¹²¹ *Apud*, ABRANTES, J. J., *op. cit.*, pág. 14.

¹²² *Op. cit.*, pág. 374.

¹²³ *Apud*, ABRANTES, J.J., *op. cit.*, pág. 19.

¹²⁴ *Op. cit.*,pág. 36.

¹²⁵ DEVIS ECHANDIA, *apud* ABRANTES, J.J., *op. cit.*,pág. 16.

2.2.2. IRRELEVÂNCIA PROCESSUAL DA ILICITUDE MATERIAL

De acordo com esta tese, partindo de uma ideia de autonomia do direito processual face ao direito material, a prova ilícita deverá ser considerada admissível no Processo Civil. Assim, para G.F. RICCI¹²⁶, se a ilicitude tiver ocorrido relativamente às provas pré-constituídas, a sua eficácia e valor probatório manter-se-ão, uma vez que sanções de cariz penal poderão acarretar o efeito dissuasório pretendido com a proibição de provas ilícitas, não sendo necessário que estas sejam nulas.

No mesmo sentido, CORDERO refere que o critério de admissibilidade da prova ilícita deve ser aferido de regras processuais, ao invés de serem invocados princípios constitucionais para sustentar a existência de proibições de prova.¹²⁷

I. ALEXANDRE¹²⁸ refere que, apesar de partir de um pressuposto correto, relativo à autonomia dos dois ramos de direito, esta tese não resolve o problema da admissibilidade das provas ilícitas, uma vez que *“a produção da prova em juízo (momento em que a prova ilicitamente obtida tem ingresso no processo) pode, em si, violar certas regras constitucionais”*. Cremos que, mesmo que não sejamos defensores da aplicação analógica do art. 32.º n.º 8 CRP, existem direitos constitucionalmente protegidos que não poderão ser olvidados nem violados (v.g. arts. 24.º e ss. CRP), independentemente do ramo processual e, quando assim seja, o dogma da separação não poderá ser fundamento de admissibilidade, dada a obediência devida pelo juiz à Constituição.

2.2.3. CELERIDADE PROCESSUAL

De acordo com ROTH¹²⁹, a discussão entre as partes acerca do ingresso da prova ilícita em juízo, que obriga a que se perca tempo indispensável à boa decisão da causa, constitui um considerável prejuízo para a celeridade processual, considerada uma exigência do acesso ao direito e da tutela jurisdicional efetiva, de acordo com o art. 20.º n.ºs 2 e 4 CRP, razão pela qual deveria optar-se pela admissibilidade daquelas.

No entanto, cremos, se fosse atribuída prevalência à celeridade processual, estaria a ser desrespeitado o princípio do contraditório, previsto no art. 3.º n.º 3 CPC, o que seria

¹²⁶ *Op. cit.*, págs. 70 a 74.

¹²⁷ *Apud* ALEXANDRE, Isabel, pág. 173.

¹²⁸ *Ibidem*, pág. 175.

¹²⁹ *Apud*, ALEXANDRE, Isabel, *op. cit.*, pág. 177.

inadmissível, tendo em conta o artigo 517.º CPC que estabelece, como regra geral, a proibição de admissão ou produção de quaisquer provas sem audiência contraditória da parte a quem sejam opostas.

2.3. TESES CONTRÁRIAS

2.3.1. INTERESSE NA DESCOBERTA DA VERDADE

Como fora referido supra, embora este argumento seja associado à admissibilidade das provas ilícitas, há quem recorra a ele para fundamentar a tese oposta, analisado sob a ótica da credibilidade dos elementos probatórios que poderão relevar para apurar a verdade, isto é, os defensores desta tese questionam se é possível tal verdade ser alcançada, com base numa prova ilícita que, tendo em conta a sua forma de obtenção, poderá não ser fidedigna.

A ausência de espontaneidade em determinados meios de prova, nomeadamente a obtenção de confissão sob tortura, narcoanálise ou coação¹³⁰, poderia dar azo à ideia de que o seu conteúdo não corresponderia à verdade pelo facto de o sujeito, sob pressão, poder mentir para terminar o seu “sofrimento”. No entanto, este argumento já não valeria para aqueles meios de prova que captam e reproduzem situações reais, v.g. gravações sonoras feitas sem consentimento da pessoa cuja voz ficou registada, pois, apesar de não estar excluída a hipótese de falsificação da mesma, não devemos descurar o facto de todos os meios de prova poderem oferecer este perigo.

Como I. ALEXANDRE¹³¹ refere, é ao tribunal que, salvo disposição em contrário, cabe analisar a credibilidade de uma prova, por força da consagração do princípio da livre apreciação de provas, do mesmo modo que o facto de a prova testemunhal ser considerada pela lei um meio de prova admissível, e tendo em conta o perigo de falsos depoimentos que lhe é inerente, o fundamento de exclusão de uma prova ilícita não pode residir na sua falta de credibilidade.

¹³⁰ A razão da proibição destes meios de prova reside na “*violação de certos direitos inalienáveis da pessoa humana, como a integridade psíquica*” e não na sua falta de credibilidade. *Ibidem*, pág. 188.

¹³¹ *Ibidem*, págs. 187 e 188.

2.3.2. UNIDADE DO SISTEMA JURÍDICO

Ao contrário do que sucede na tese da admissibilidade das provas ilícitas com base na irrelevância processual da violação das normas materiais (*vide* ponto 1.2.2. do presente Capítulo), os defensores da unidade do sistema jurídico julgam que o sistema jurídico deve ser visto e interpretado de forma única e sólida, ao invés de ser considerado de forma fragmentada e isolada.¹³²

Neste sentido, SILVA MELERO¹³³ refere que a inadmissibilidade dos meios de prova ilicitamente obtidos “*pode fazer-se derivar de uma interpretação das normas processuais, que devem supor-se ortodoxas face às leis fundamentais do Estado*”, não havendo, por isso, necessidade de fundar as proibições de prova em preceitos constitucionais. Desta forma, se admitíssemos o uso de uma prova ilícita, estaríamos, simultaneamente, a proteger direitos individuais e a incentivar a sua violação, o que redundaria numa postura contraditória do ordenamento¹³⁴.

Assim, de acordo com I. ALEXANDRE¹³⁵, a unidade do sistema jurídico não pode impor “*que da ilicitude de uma conduta se retire a inadmissibilidade processual do resultado dessa conduta, pois não é seguro que a admissibilidade da prova ilícita signifique (pelo menos quando ela é obtida extrajudicialmente) uma contradição com a valoração feita pelo direito material*”. Do mesmo modo, se não admitirmos uma prova por violar o direito material, sem considerarmos o caso concreto, estaremos a olvidar o facto de no mesmo ordenamento jurídico existirem outros direitos materiais violados. A título de exemplo, remetemo-nos para uma outra tese de inadmissibilidade da prova ilícita, a da ofensa à Constituição¹³⁶ pois, se por um lado rejeitamos determinado elemento probatório por ter sido obtido mediante ofensa à integridade física, por outro lado estamos a negar o direito à prova, também ele constitucionalmente protegido e parte do mesmo ordenamento.

¹³² COSTA, Susana H., *Os Poderes do Juiz na Admissibilidade das Provas Ilícitas*, 2006, pág. 87.

¹³³ MELERO, Silva, *La Prueba Procesal*, Tomo I, Editorial Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 69.

¹³⁴ BASTOS, Celso, *As Provas obtidas por meios ilícitos e a Constituição Federal*, 1994, pág. 45.

¹³⁵ *Op. cit.*, pág. 190.

¹³⁶ De acordo com esta tese, se determinada prova é obtida mediante violação de um preceito constitucional, é o suficiente para considera-la inadmissível no processo, mesmo que o diploma processual seja omissivo. No entanto, esta tese não prospera pelo facto de, por vezes, a própria vedação da prova ilícita ser uma ofensa constitucional maior do que aquela que ocorreria se fosse a prova fosse admitida, razão pela qual a melhor solução passará pela análise das circunstâncias e dos direitos envolvidos no caso concreto.

2.3.3. O DOLO NÃO DEVE APROVEITAR O SEU AUTOR

Numa época em que o direito de propriedade era considerado elemento indissociável da dignidade do Homem¹³⁷, CARNELUTTI, ao tecer comentários sobre o caso “*Vigo vs Formenti*”, refere que o ordenamento jurídico, em regra, não concede o direito de exibição de documento àquele que o obteve ilicitamente, por não ser seu proprietário ou coproprietário. Acrescenta o autor que tal exibição, a ser feita, deve ser considerada ineficaz, uma vez que a ideia de conceder uma vantagem a alguém que pratique uma conduta ilícita perante quem age de forma lícita, é desprovida de sentido.

No entanto, apesar das críticas feitas à tese daquele autor, a ideia de que a ilicitude não deve aproveitar ao seu autor é seguida por outros autores, como MANRESA¹³⁸, que defendia que não devia ser admitido em juízo o documento que fosse obtido ilegalmente, ou SILVA MELERO¹³⁹ que, acrescenta à ideia anterior, o facto de, no caso de tais documentos serem admitidos no processo, não serem considerados na tomada de decisão.

Há, apesar do exposto, alguns casos que não receberão resposta com base nesta teoria, v.g., quando a prova, ainda que ilicitamente obtida, apresente elementos desfavoráveis a quem a pretende levar a juízo e que, derivado o princípio da aquisição processual, passará a constituir um elemento adquirido do processo, acrescentando o facto de, até ao momento da produção da prova, o seu conteúdo e as suas vantagens não são processualmente conhecidos, pelo que não é possível saber se a parte beneficiará com a apresentação daquele elemento probatório e, com isso, aproveitar o dolo cometido.

Perante estas considerações, julgamos que não se poderá negar a admissibilidade da prova ilícita com base no pressuposto de que o autor tenha retirado um benefício da mesma, além de que, como assinala KODEK, “*a existência de sanções (processuais), a par das previstas pela lei civil e/ou pena, uma vez que se pode entender que estas são suficientes para castigar a conduta da parte que obteve o meio de prova*” mostra que ainda que haja um benefício resultante da conduta ilícita para a parte, não cabe à lei adjetiva “*castigá-la*” porque essa função compete à lei substantiva.¹⁴⁰

¹³⁷ Razão pela qual a posição de CARNELUTTI é criticada por TROCKER, CAPPELLETTI E VIGORITI, como refere ALEXANDRE, Isabel, *op. cit.*, págs. 199 e 200.

¹³⁸ *Apud*, ABRANTES, J.J., *op. cit.*, pág. 15.

¹³⁹ *Op. cit.*, pág. 67.

¹⁴⁰ ALEXANDRE, Isabel, *op. cit.*, pág. 202.

2.3.4. DISSUAÇÃO DE COMPORTAMENTOS ILÍCITOS

Com base na experiência da vida, que nos leva a crer que as pessoas só fazem aquilo que lhes traz alguma vantagem, após ponderarem os prós e os contras da sua atuação, alguns autores defendem que apenas a inadmissibilidade da prova ilícita em juízo terá um efeito dissuasor pois, o contrário, equivaleria a estimular a prática de condutas ilícitas. No entanto, esta ideia de dissuasão, acolhida nos Estados Unidos relativamente ao processo penal, se por um lado é usada como fundamento de inadmissibilidade, por outro conduziu ao reconhecimento de exceções daquela, como sucede com os casos de boa-fé¹⁴¹.

Esta tese norte-americana não poderá ser transposta para o nosso direito processual, em virtude da inexistência de dados que comprovem uma possível correspondência entre a vedação das provas ilícitas e a quantidade de atos contrários à lei tendentes a obter aquelas. Acresce o facto de, como refere I. ALEXANDRE¹⁴², ser ao direito material (civil ou penal) que compete desincentivar as condutas ilícitas, sancionando-as, e não ao direito processual através de proibições de prova que, ao contrário daquelas sanções, não podem ser “agravadas” ou “atenuadas” em função do caso concreto, razões pelas quais julgamos improcedente a ideia de dissuasão para fundamentar a inadmissibilidade processual da prova ilícita.

2.4. TESES INTERMÉDIAS OU MISTAS

2.4.1. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Em concordância com o referido no Capítulo II, ponto 1.2.2., do presente ensaio, a problemática em torno da admissibilidade da prova ilícita poderá, segundo autores como BAUMGÄRTEL, ser resolvida mediante o uso do princípio da boa-fé. Partindo da ideia de unidade do sistema jurídico, este autor considera que aquele princípio estabeleceria, como regra geral, a inadmissibilidade de provas ilícitas subtraídas à contraparte, uma vez que as partes estão adstritas ao dever de lealdade. No entanto, distingue entre provas ilícitas que violam preceitos constitucionais (v.g. gravações secretas) e provas ilícitas que violam a lei

¹⁴¹ Significa que a “prova ilícita não será excluída quando tenha sido obtida pelos agentes de polícia no decurso de operações realizadas de boa fé, e com base numa convicção razoável, embora errónea, de que dispunham de autorização judicial para as mesmas”. *Ibidem*, pág. 168.

¹⁴² *Ibidem*, págs. 207 e 208.

infraconstitucional, só existindo neste segundo caso necessidade de recorrer à boa-fé, uma vez que naquele primeiro tais provas são rejeitadas pela simples interpretação da Constituição.¹⁴³

Assim, se a obtenção ilícita da prova contrariar o direito material, atendendo ao âmbito de proteção da norma violada, deverá proceder-se a uma ponderação dos interesses das partes, orientada pelo princípio da proporcionalidade, para se indagar da admissão e valoração do elemento probatório: caso a resposta seja negativa, a prova será proibida por considerar-se que contraria o princípio da boa-fé¹⁴⁴.

Como verificámos no ponto anterior, se, por um lado, o princípio da boa-fé é invocado para rejeitar a admissão processual de certos meios de prova¹⁴⁵, por outro lado, poderá conduzir ao ingresso dos mesmos em juízo, o que demonstra, a nosso ver, que não constitui argumento suficiente para justificar a admissibilidade de provas ilícitas.

2.4.2. DISTINÇÃO ENTRE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E VIOLAÇÃO DE OUTROS DIREITOS

De acordo com a tese em análise, a prova obtida ilicitamente apenas poderá, eventualmente, ser admitida quando violar direitos não fundamentais, uma vez que se a violação incidir sobre preceitos relativos a direitos fundamentais, a solução passará sempre pela sua inadmissibilidade.

Não obstante a nossa lei processual civil condicionar a obtenção de prova por respeito a determinados direitos fundamentais, *v.g.* o art. 417.º n.º 3 CPC, referente a bens jurídicos como a integridade física ou moral, intimidade da vida privada ou familiar, entre outros, ou o artigo 612.º CPC, no qual se protege a dignidade humana, importa referir que

¹⁴³ *Apud*, ALEXANDRE, Isabel, *op. cit.*, pág. 218.

¹⁴⁴ BAUMGÄRTEL clarifica o seu raciocínio com alguns exemplos, dos quais destacamos dois: i) num caso de furto de fotografias, os preceitos §823 e §858 do BGB determinam a impossibilidade de serem valoradas pelo tribunal, no entanto, o autor considera que as considerações de prevenção geral não são suficientes para solucionar a questão em apreço e, portanto, deverá ser realizada uma ponderação de interesses que, eventualmente, pode apontar no sentido da admissão de tais provas; ii) quando esteja em causa a violação do segredo de correspondência, haverá que distinguir quando o conteúdo da carta/documento é neutro ou quando é confidencial: para o autor, apenas na primeira hipótese poderá prevalecer o interesse que se adegue à verdadeira situação jurídica pois no segundo caso uma possível admissão da prova atentará contra o princípio da boa fé. *Apud, ibidem*, págs.221 e 222.

¹⁴⁵ É o caso da *Cour de Cassation*, em França, que, a propósito do caso *Mme. Neocel c/ Spaeter*, invocou este princípio na execução dos contratos, para fundamentar a inadmissibilidade processual de uma gravação de vídeo efetuada pelo dono de um estabelecimento que suspeitava de uma das suas empregadas por furto, o que se veio a comprovar com aquela prova. No entanto, o tribunal rejeitou a possibilidade de admissão da mesma, invocando a violação do dever de lealdade, inerente ao contrato de trabalho. *Apud, op. cit.*, pág. 224.

da mera concretização de preceitos constitucionais pela lei processual não decorrem, automaticamente, proibições de prova da Constituição, tal só sucede quando a lei ordinária não faz qualquer referência à admissibilidade de provas ilícitas ou quando há uma regulação incompleta da matéria. Acresce o facto de a existência de preceitos normativos, como o art. 32.º n.º 8 CRP ou o art. 126.º CPP, demonstrar que a admissibilidade processual dos elementos probatórios obtidos de forma ilícita não está condicionada por direitos fundamentais, caso contrário tais normas seriam desnecessárias.

Além do exposto, e como verificamos anteriormente, mesmo os direitos fundamentais não poderão ser considerados absolutos, podendo ser sacrificados em prol da verdade, sobretudo quando todos os direitos em conflito são fundamentais (v.g. quando o direito à prova se encontra em conflito com o direito à reserva da vida privada, após ser realizada a devida ponderação de interesses, um deles irá, à partida, prevalecer perante o outro), razão pela qual esta tese não deverá proceder.

CAPÍTULO IV

POSIÇÃO ADOTADA

1. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1.1. INADMISSIBILIDADE MITIGADA

Pelo exposto, verificamos que a adoção de teses radicais e extremistas, a defesa da admissibilidade ou da inadmissibilidade de forma absoluta, tem tido consequências indesejadas e, ao invés de se coadunarem com o próprio ordenamento jurídico, no sentido de legarem prioridade a uma solução justa e equilibrada do conflito, apenas contribuem para a majoração do problema¹⁴⁶.

Citando COWEN-CARTER, naquela que é, a nosso ver, a melhor síntese da questão em análise, consideramos que *“nenhum destes interesses (interesse do cidadão em ser protegido contra invasões ilegais à sua liberdade e interesse do Estado em assegurar que a prova de um crime não seja recusada em juízo com base em razões meramente formais) deve ser levado ao extremo. A proteção do cidadão, em primeira linha, a proteção do cidadão inocente (...) não pretende ser a proteção do culpado contra os esforços da justiça. Por seu turno, o interesse do Estado não pode levar a fazer desaparecer todas as garantias dos cidadãos e a permitir às autoridades o recurso a métodos ilegais de obtenção de provas”*¹⁴⁷

Neste sentido, adotamos uma posição intermédia, de “inadmissibilidade mitigada”, segundo a qual a prova ilícita deverá ser vedada, salvo os casos excepcionais em que se mostre ser o único meio possível e razoável para apurar a verdade e nas situações que envolvem direitos fundamentais em colisão, que deverão ser analisados de acordo com o princípio da proporcionalidade.

Assim, perante um conflito entre dois direitos constitucionalmente protegidos, v.g. direito à integridade física e direito à honra, deverá ser realizada uma ponderação de interesses, mediante um juízo racional e claro, de modo a perceber qual dos direitos

¹⁴⁶ BARBOSA, J. C., *op. cit.*, pág. 943.

¹⁴⁷ COWEN-CARTER, *apud* ABRANTES, J.J., *op. cit.*, pág. 25.

envolvidos prevalecerá, por se considerar ser de maior relevância, sem descurar o facto de que, nas palavras de STERN, citado por ANTÓNIO STEINMETZ, “os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados de tal modo que na solução do problema, todos eles conservem a sua identidade (...) a fixação de limites deve responder em cada caso concreto ao princípio da proporcionalidade”.¹⁴⁸

1.1.1. ÚNICO MEIO DE SE PROVAR UM FACTO

De acordo com esta tese, a prova ilícita será sempre admitida em juízo quando configure a única forma possível de demonstrar determinado facto.

REMÉDIO MARQUES¹⁴⁹ perfilha tal ideia, dando como exemplo as ações de divórcio litigioso, fundadas na violação de deveres conjugais, admitindo que será legítimo o cônjuge autor proceder, por exemplo, à captação audiovisual sem consentimento do outro cônjuge, de modo a provar que este violou o dever conjugal de respeito e/ou de fidelidade¹⁵⁰.

JOSÉ JOÃO ABRANTES, por sua vez, refere que a prova ilícita será admitida no processo civil sempre que represente a “única via possível e razoável de proteger outros valores que, no caso concreto, devam ser tidos por prioritários”. Admitindo que os direitos fundamentais poderão ser, em determinados casos, restringidos para salvaguarda de outros direitos constitucionalmente protegidos, conclui, que “a admissibilidade de provas obtidas através de atos violadores de preceitos constitucionais apenas poderá ter por base serem o único e proporcionado (em relação à importância do fim que se pretende obter) meio de o seu utilizador se proteger contra a violação de outros direitos de valor constitucional”.

Para o autor, o problema radica num conflito de interesses, direitos ou valores que deverão ser analisados de acordo com as circunstâncias em que se inserem, remetendo-nos, assim, para aquele que é considerado, a nosso ver, o grande fundamento de admissibilidade da prova ilícita em casos excepcionais: o princípio da proporcionalidade.

¹⁴⁸ STEINMETZ, W. A., *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, pág. 95.

¹⁴⁹ *Op. cit.*, pág. 371.

¹⁵⁰ No entanto, este argumento não constitui razão suficiente para admissão de provas ilícitas, ainda que parta de uma premissa correta: o direito à prova não terá de ser sempre sacrificado em prol da proteção de outros direitos fundamentais.

1.1.2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Embora o Direito Processual possua autonomia, julga-se que o ordenamento jurídico não poderá ser dividido em compartimentos estanques e perante a supremacia do texto constitucional, não seria necessário existir uma regra de transposição para a lei processual, dado que, como vimos anteriormente, a própria Constituição prevê a inadmissibilidade em juízo das provas ilicitamente obtidas.

Não obstante esta proibição constitucional, em termos aparentemente perentórios, será possível promover, em casos excepcionais, uma ponderação entre aquela e outros direitos fundamentais? É a partir desta questão que surge uma possível exceção à regra da inadmissibilidade das provas ilícitas: a aplicação do princípio da proporcionalidade.

O *Verhältnismässigkeitsprinzip*, construído a partir da experiência da doutrina alemã, surgiu com o intuito de coibir excessos e era utilizado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão sob o fundamento de que, em casos extremos, v.g. a tutela de interesses superiores ou a legítima defesa, os direitos fundamentais se contrapunham ao direito à prova, também ele com fundamento constitucional, razão pela qual a resposta deveria ser encontrada pela ponderação dos valores fundamentais que, no caso concreto, estivessem em jogo¹⁵¹.

Nas palavras de ADA PELLEGRINI GRINOVER¹⁵², "*embora reconhecendo que o subjetivismo insito no princípio da proporcionalidade pode acarretar sérios riscos (...) a sua utilização poderia transformar-se no instrumento necessário para a salvaguarda e manutenção de valores conflitantes, desde que aplicado única e exclusivamente em situações tão extraordinárias que levariam a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes se inadmitida a prova ilicitamente acolhida*", isto é, através da aplicação deste princípio, deve ser admitida a relativização da prova ilícita em casos excepcionais, nos quais aquele método represente o único "*meio idóneo e necessário à promoção de autônomos e*

¹⁵¹ Em 2002, uma cantora mexicana engravidou na prisão, enquanto estava sob custódia da polícia, tendo acusado os guardas prisionais de violação. Estes, quando a criança nasceu, solicitaram que fosse realizado um exame de ADN, de modo a demonstrarem que nenhum deles era o pai e que as acusações de que eram alvo eram falsas. O STF deferiu o pedido, entendendo que perante um conflito entre o direito à honra dos guardas prisionais e os direitos à intimidade e à integridade física da criança, no caso concreto e com base no princípio da proporcionalidade, aquele deveria prevalecer perante estes. Caso relatado em BARROSO, Luís Roberto, *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 54.

¹⁵² *Apud*, POLITANO, Ricardo, *Provas ilícitas*, Jus Navigandi, Teresina, Ano 19, n.º 4113, 5 Out. 2014, Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/29726>

*relevantes valores e interesses transprocessual-penais...como sucederá...quando a escuta telefônica, a coação, mesmo a tortura*¹⁵³¹⁵⁴, *configure o único meio de localizar o engenho explosivo com que um perigoso agrupamento terrorista*¹⁵⁵ *ameaça consumir um massacre de inocentes*”¹⁵⁶¹⁵⁷ ou, por outro lado, quando o acusado utiliza aquela prova obtida de forma ilícita para provar a sua inocência¹⁵⁸.

Os defensores da inadmissibilidade das provas ilícitas referem que a proibição constitucional relativa às provas ilícitas não poderá admitir flexibilização, no entanto, julgamos, sem embargo de entendimentos contrários, que tal crítica não poderá proceder, na medida em que existem na Constituição princípios, como sucede com o princípio da proporcionalidade que, a nosso ver, além de expressamente consagrado no art. 19.º n.º 4 CRP, ao referir que “(...) *devem respeitar o princípio da proporcionalidade*”, e no art. 266.º n.º 2 CRP, ao determinar que “*os órgãos e agentes administrativos estão*

¹⁵³ A nosso ver, a admissibilidade da tortura extrapolaria o campo do razoável, ainda que em casos excepcionais. Tomando por base o recente massacre em França, ao jornal Charlie Hebdo, levado a cabo por um grupo terrorista, se, eventualmente, houvesse a possibilidade de um dos envolvidos dar informações relevantes acerca do que iria acontecer, evitando assim todas aquelas mortes, poderíamos considerar a tortura um meio idóneo para obrigar o sujeito a falar? Seria correto optar pelo direito à vida dos reféns, em detrimento do direito à integridade física do terrorista? À partida, a resposta seria afirmativa. No entanto, cremos que mais do que o direito à integridade física, estava em causa o direito à dignidade humana que, por mais grave que seja o crime cometido, é comum a todos os seres humanos. A partir do momento em que deixássemos que a dignidade humana seja relativizada, sobretudo mediante tortura que, por si só, é considerada uma expressão da dignidade do Estado, estaríamos a abrir portas que dificilmente conseguiríamos fechar e, a partir de então, tudo seria permitido. Se desejamos que se mantenha o caráter de Estado de Direito por que tanto lutámos, o Estado não se pode servir dos mesmos métodos do criminoso, não podemos submeter o respeito da dignidade humana a uma reserva de cálculos de vantagens e desvantagens pois, aquela, não é um bem passível de ser maximizado ou otimizado, mas antes uma limitação deontológica à maximização ou otimização de qualquer bem (Neste sentido, ROXIN, Claus, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Vol. I, 4.º ed., München, 2006, pág. 771, refere que “*a violação contra a dignidade humana coloca um limite a toda e qualquer ponderação*”).

¹⁵⁴ No Ac. do TR de Lisboa, de 26-09-2013, proc. 1130/10.6YXLSB.L1-2, Relatora Teresa Albuquerque, foi estabelecida a existência de dois segmentos extraídos das provas ilícitas: o primeiro inclui as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral das pessoas, que, pela gravidade das mesmas, devem ser consideradas absolutamente inadmissíveis; o segundo refere-se às provas obtidas mediante intromissão da vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações que deverão ser relativamente inadmissíveis, devendo ser avaliadas de acordo com o caso concreto. Apesar deste entendimento, julgamos que, daquele primeiro segmento, apenas as provas obtidas mediante tortura e coação serão absolutamente inadmissíveis, podendo as restantes, de acordo com o princípio da proporcionalidade, ser admitidas em juízo (v.g. o caso citado na nota de rodapé 113).

¹⁵⁵ Para um maior desenvolvimento acerca dos casos denominados “bomba-relógio”, relativos ao terrorismo, vide MOURA, Bruno, *A propósito da chamada “tortura salvadora”: outras “quebra de tabu”, agora relativamente à proibição de valoração da prova?*”, Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 21, Vol. 101, São Paulo, 2013, págs. 229 a 282.

¹⁵⁶ Segundo BRUGGER, ao contrário do que sucede com a vítima, o torturado está em condições de evitar a intervenção na sua própria esfera jurídica, pois somente a ele cabe tomar a decisão de regressar ao terreno da conduta conforme o direito, razão pela qual crê que o autor da tortura não será obrigado a satisfazer eventuais exigências do torturado (v.g., a garantia de meios de fuga ou a entrega de outros reféns) e poderão ser usados métodos ilícitos para conseguir provas essenciais. Assim, BRUGGER, Winfried, *Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter*, pág. 172, citado por MOURA, Bruno, *op. cit.*, pág. 243.

¹⁵⁷ ANDRADE, Costa, *op. cit.*, págs. 81 e 82.

¹⁵⁸ *Ibidem*, pág. 45.

subordinados à Constituição (...) com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé”, deverá ser inferido a partir do Estado de Direito Democrático, consagrado no art. 2.º CRP.

Duas outras objeções feitas ao princípio da proporcionalidade prendem-se com uma hipotética violação dos princípios da igualdade e da segurança jurídica, uma vez que, por um lado, perante a análise que deverá ser feita ao caso concreto, poderão surgir situações semelhantes com tratamentos distintos e, por outro lado, a ponderação de interesses induz as ideias de subjetivismo e irracionalidade. No que diz respeito àquela primeira e de acordo com GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, “*en cualquier caso, aceptando que en algunas circunstancias la aplicación poco meditada del principio de proporcionalidad pudiera provocar injusticias, más injusta es la aplicación automática e indiscriminada de la ley, si se prescinde de los necesarios criterios orientadores de la discrecionalidad judicial y los medios para controlarla*”¹⁵⁹, ou seja, ainda que possam surgir diferentes decisões face a casos semelhantes, tal não terá de significar uma violação daqueles princípios: a ponderação de interesses deverá ser realizada atendendo às peculiaridades e às circunstâncias do caso concreto e, assim sendo, será natural que a decisão que se julga ser a mais justa numa situação, poderá já não o ser numa outra¹⁶⁰. Quanto à segunda objeção, se negássemos a racionalidade à ponderação de interesses por esta radicar em valoração, implicaria, necessariamente, que a negássemos à tarefa da atividade jurídica, uma vez que a própria fundamentação do juiz terá de envolver valorações.

Por fim, uma outra crítica que, não raras vezes, é apontada à aplicação deste princípio radica no facto de que aquela poderia originar abusos e traria um “*risco de esvaziamento dos direitos fundamentais*”¹⁶¹ ao criar a possibilidade de o juiz recorrer a ponderações, de ordem puramente lógica e, desta forma, poder contornar as garantias instituídas pelas normas constitucionais. No entanto, cremos que tais normas constituem verdadeiros princípios e não regras, não comportando uma operação de subsunção direta aos factos concretos sendo, portanto, a mediação concretizadora do intérprete que atribuirá

¹⁵⁹ Autor citado por STEINMETZ, *ibidem*, pág. 198.

¹⁶⁰ A título de ilustração, citamos os Ac. do TR de Guimarães, de 16-02-2012, proc. 435234/09.8YIPRT-A.G1, Relator José Raínho, que decidiu pela inadmissibilidade de uma gravação telefónica por não considerar tratar-se de uma prova insubstituível e imperiosa, além de o caso não apresentar razões que justificassem a admissão da mesma, após realizar a ponderação entre os direitos envolvidos; e em sentido contrário, o Ac. do TR de Lisboa, de 03-06-2004, citado anteriormente, afirmou que “*(...)a orientação que admite a prova com algumas restrições, consoante o caso concreto e os interesses em conflito (...) é a mais razoável e a que melhor se ajusta aos princípios e normas em vigor*” e “*Conclui-se desta forma (...) à luz da valoração da prova em causa e da ponderação de interesses justifica-se a divulgação em tribunal dos relatos feitos (...) e que constam da gravação.*”

¹⁶¹ BARBOSA, José Carlos, *REDP*, Vol. VI, Rio de Janeiro, 2010, pág. 19.

eficácia ao conteúdo vinculado naquelas e, partindo da ideia de que não existe qualquer hierarquização¹⁶² entre duas normas constitucionais, pelo menos em termos puramente normativos, não seria correto colocar limites desmedidos a outros direitos, também eles protegidos constitucionalmente, como sucede com o direito à prova previsto no art. 20.º CRP.

Nestes casos excepcionais, ainda que paradoxalmente, será a própria ponderação de interesses¹⁶³ que poderá garantir a proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição desde que, naturalmente, aquela seja realizada de acordo com critérios racionais, isto é, tendo em conta os designados subprincípios da proporcionalidade: adequação (a decisão normativa deverá ser apta e idónea para a realização do interesse público e deve ser apropriada à prossecução do fim a ela subjacentes¹⁶⁴), necessidade (seja o menos gravosa possível para atingir a sua finalidade¹⁶⁵) e proporcionalidade em sentido estrito (traga maiores benefícios do que desvantagens).¹⁶⁶

Apesar dos conceitos e ideais enraizados no nosso ordenamento jurídico, relativos à inadmissibilidade da prova ilícita, alguma jurisprudência, sobretudo nos últimos anos, tem demonstrado abertura para a aplicação do princípio da proporcionalidade como solução para dirimir possíveis conflitos entre direitos constitucionalmente protegidos.

Neste sentido, o Ac. TR de Lisboa¹⁶⁷, de 25-11-2014 refere que

“todos os direitos têm em princípio o mesmo valor e (...) a existência dessa relação tendencialmente

¹⁶² Não obstante não existir uma hierarquia normativa entre duas normas constitucionais, isto não significa que a Constituição dê a mesma relevância a todos os interesses em conflito (v.g., em caso de conflito, parece que o direito à privacidade deve ceder, por exemplo, perante o direito à vida), podendo-se falar, assim, numa hierarquia axiológica de direitos fundamentais.

¹⁶³ A ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade são conceitos distintos, enquanto este último tende a ser associado a casos mais extremos, aquele primeiro é usado num plano mais amplo, formulando critérios de ordenação que promovam uma solução justa para um conflito de bens. Apesar disso, funcionam como uma unidade e não deverão ser aplicados de forma isolada.

¹⁶⁴ CANOTILHO, J. J., Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.º ed. Edições Almedina, Coimbra, 2014, pág. 269.

¹⁶⁵ Encontramos na Constituição diversos afloramentos deste princípio da necessidade, entre os quais o artigo 18.º n.º 2 ao referir que *“a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias (...) devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”* e o artigo 272.º n.º 2, segundo o qual *“as medidas de polícia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário”*.

¹⁶⁶ *“Aplicando estes postulados às provas ilícitas, poder-se-ia afirmar que o princípio da proporcionalidade exigiria que esta prova fosse capaz de influir na convicção do julgador, que importasse no mínimo de restrições aos direitos fundamentais em jogo e que se dirigisse à proteção de um bem jurídico de maior valor que aquele que sofreu a compressão no caso concreto”*, *ibidem*, pág. 22.

¹⁶⁷ Proc. 1599/13.7, Relator Pedro Brighton, disponível em www.dgsi.pt. No caso em apreço, uma figura pública tentou contra uma editora uma ação especial de tutela de personalidade, pedindo que aquela retirasse o livro que tinha lançado para o mercado, cujo conteúdo colocava em causa a reputação e o bom nome da autora, e no qual constava, na capa, uma fotografia desta.

conflituante entre estes dois direitos constitucionalmente garantidos (isto é, o direito de liberdade de informação e o direito à honra e ao bom nome) leva à necessidade de dirimir o conflito de direitos daí decorrente através (...) do “princípio da concordância prática” ou a “ideia do melhor equilíbrio possível entre os direitos colidentes”, por forma a atribuir a cada um desses direitos a máxima eficácia possível”

e, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade,

“haverá que recorrer ao disposto no artº 335º do Código Civil, que estipula que, caso sejam iguais os direitos em conflito ou da mesma espécie, deve cada um deles manter o seu núcleo principal, cedendo o estritamente necessário para que ambos produzam o seu efeito. Se os direitos em questão forem desiguais ou de espécie diferente, deverá prevalecer aquele que for considerado superior.”

Na mesma linha, no Ac. do TR de Évora, em 25-11-2014¹⁶⁸, a questão emergente e que reclama solução, consiste em saber se constitui prova ilícita a prova testemunhal obtida por meio de audição de conversa telefónica entre a arguida e a ofendida, através do sistema de alta voz. Ainda que considere que a “prova por depoimento de testemunha que escutou conversação telefónica por intermédio de sistema alta-voz não é, em princípio, prova livre, podendo cair nas proibições de prova”, este acórdão alinha com uma corrente intermédia por esta permitir uma “melhor interpretação e harmonização do quadro normativo em que se apoia”. Assim, ficou estabelecido que ao serem apreciados os

“contornos totais do acontecido, que se apresentam como imprescindíveis à decisão sobre a licitude dessa prova (...) a divulgação de uma comunicação telefónica será um meio de obtenção de prova legalmente admissível desde que, de acordo com um critério de duplo efeito, se mostrem preenchidos os requisitos legais substantivos das escutas telefónicas, revelando-se essa divulgação necessária, adequada e na justa medida para repelir uma agressão atual e ilícita de que se seja vítima”.

¹⁶⁸ Proc. 187/10.4ZRLSB.E1, Relator Gilberto Cunha. Resumidamente, a arguida contactou telefonicamente a autora, Inspetora-Adjunta dos SEF, enquanto esta estava no exercício das suas funções, ofendendo a sua honra e dignidade mediante uma troca acesa de palavras. Esta, colocou a chamada em “alta-voz” para que os seus colegas de trabalho escutassem a conversa e pudessem prestar prova testemunhal em julgamento.

Também o Ac. do TR do Porto, de 25-05-2009¹⁶⁹, opta pela interpretação relativa das normas fundamentais e, implicitamente, por uma posição intermédia acerca da admissibilidade das provas ilícitas ao concluir que:

“efetuando uma ponderação dos mesmos (direitos fundamentais envolvidos), 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 n.º 2 do art. 18.º 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”.

1.1.3. ESTADO DE NECESSIDADE PROCESSUAL

Ainda que o art. 32.º n.º 8 da CR determine, categoricamente, a nulidade de todas as provas obtidas de forma ilícita e o art. 126.º n.º 1 CPP reconheça a inutilidade das mesmas, impedindo que tais provas sirvam de fundamento da decisão do juiz, parece indubitável que no processo penal, quando a prova, aparentemente ilícita, for obtida pela parte que está a ser acusado de determinado facto, a ilicitude está excluída através do “estado de necessidade”, uma vez que se tratará do único meio de que aquele dispõe para comprovar a sua inocência. Neste sentido, COSTA ANDRADE¹⁷⁰, ao referir que poderá ser valorada a gravação ilícita que representa a *“única possibilidade de alcançar a absolvição de um inocente infundadamente acusado de um crime”* e ADA PELLEGRINI GRINOVER¹⁷¹, ao sustentar que *“se uma prova for obtida por mecanismo ilícito,*

¹⁶⁹ Proc. 159/07.6TVPRT-D.P1, Relatora Maria José Morgado. No mesmo sentido, ver Ac. do TR de Lisboa, de 09-06-2009, proc. 321/05.6TMFUN-C.L1-7, Relatora Maria do Rosário Morgado.

¹⁷⁰ *Op. cit.*, pág. 45.

¹⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, *Teoria Geral do Processo*, 23º ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2007, pág. 383.

destinando-se a absolver o acusado, é de ser admitida, tendo em vista que o erro judiciário precisa ser a todo custo, evitado.”¹⁷²

JOSÉ BARBOSA¹⁷³, tendo por base o conceito de estado de necessidade relativo ao direito penal, previsto no art. 34.º do CP¹⁷⁴, adequou os seus requisitos à realidade processual, de modo a estabelecer as condições necessárias para a ocorrência do designado “estado de necessidade processual”.¹⁷⁵

Assim, transpondo em certa medida a tese daquele autor para o direito processual português, cremos que, em casos excepcionais, a prova ilícita deveria ser admitida em juízo por não se tratar, em rigor, de uma ilicitude se estivessem cumpridos os seguintes requisitos: i) possibilidade real e efetiva de formação de uma convicção do juiz, contrária aos interesses da parte interessada na admissão da prova e desde que não haja outro meio de prova lícito que possa conduzir ao mesmo resultado; ii) inexistência de conduta voluntária da parte que tenha impossibilitado a produção de outras provas lícitas e decisivas em seu favor; iii) a prova permitir o resguardo do bem jurídico de maior relevância, considerando a ponderação dos direitos envolvidos¹⁷⁶.

¹⁷² No Brasil, apesar de ser defensora da inadmissibilidade das provas ilícitas, ADA PELLEGRINI GRINOVER refere que o princípio “*in dubio pro reo*” poderá constituir fundamento de admissibilidade, por estarmos perante a “*aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, tudo informado pelo princípio do favor rei. Além disso, quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade*”, apud POLITANO, Ricardo. *Op. cit.*

¹⁷³ *Op. cit.*, pág. 22.

¹⁷⁴ Este preceito refere que há exclusão de ilicitude quando se verificarem os seguintes requisitos: i) não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro; ii) haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; iii) ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado.

¹⁷⁵ À semelhança desta ideia, o Ac. do TR de Évora, de 25-11-2014, citado anteriormente, no que diz respeito à possibilidade de valoração de provas ilícitas, refere que estas podem ser admitidas se “*ocorrer causa de justificação, consistente numa legítima defesa – obter testemunho do crime praticado pelo arguido para o enfrentar e obstar a que prossiga na agressão – ou num direito de necessidade (probatório) – agir para obter prova para o perseguir criminalmente*”.

¹⁷⁶ Para JOSÉ BARBOSA, no que ao processo penal diz respeito, este estado de necessidade processual poderia servir de fundamento à admissibilidade de provas ilícitas nos casos em que o direito de liberdade do réu está em causa, mas já não seria possível a produção de provas ilícitas contra aquele, pois não seria compatível com a existência de um Estado de Direito, que a pretensão punitiva do Estado ocorresse mediante violação de normas jurídicas. *Op. cit.*, pág. 24.

1.1.4. O PROJETO-LEI BRASILEIRO

No seguimento da ideia mencionada supra, julgamos ser importante fazer uma breve alusão ao ordenamento jurídico brasileiro, no qual o Projeto-Lei n.º 166/2010, que tinha por finalidade instituir um novo Código de Processo Civil mediante a criação de condições para que as decisões fossem mais de encontro à realidade fática subjacente à causa, apresentou, entre diversas inovações, um art. 257.º relativo à inadmissibilidade das provas ilícitas no processo civil que, julgamos, poderia ser transposto para o ordenamento jurídico português, nos seguintes termos:

“Art. 257.º - A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos”.

Não obstante não ter sido aprovado tal preceito, esta tentativa já poderá ser vista como uma inovação que fortalece a sedimentação da corrente intermédia, acentuando, do mesmo modo, a capacidade de o juiz interpretar e aplicar a norma da forma que considerar mais adequada. Acresce o facto de a atuação do juiz dever ser direcionada para o alcance de justiça, para o qual é imprescindível que aquele esteja munido de informações que lhe forneçam o conhecimento necessário dos fatos e estando adstrito a um princípio de proporcionalidade, que o obriga a ponderar todos os direitos e interesses envolvidos, conseguirá estar mais próximo e informado da realidade, o que lhe permitirá aplicar a lei de forma mais justa.

Poderá questionar-se se, eventualmente, o subjetivismo empregue pelo juiz nestas situações de ponderação não poderá colocar em causa toda a conjuntura normativa e a interpretação correta do caso concreto. No pensamento de JOSÉ CARLOS BARBOSA¹⁷⁷, o juiz não pode ser visto como uma pessoa pouco preparada ou desprovida de boa-fé, pelo contrário, deverá ser encarado como um elo de comunicação que interliga os ditames legais aos anseios e valores sociais¹⁷⁸ que, ao assumir as suas funções, presume-se ser dotado de idoneidade moral, carácter ilibado e provido de valores éticos e legais, direcionados para a realização da justiça.

¹⁷⁷ *Op. cit.*, pág. 941.

¹⁷⁸ CALAMANDREI, Piero, *Estudos de Direito Processual na Itália*, 2003, págs. 87 e 88.

Sobretudo no direito processual moderno, no qual o juiz deixou de ser um sujeito passivo para, ele próprio, tornar-se um sujeito processual, negar a racionalidade implícita na ponderação de interesses do juiz, seria colocar em causa o ofício deste, de interpretar e aplicar as regras e princípios jurídicos a fim de gerar decisões justas e adequadas, uma vez que a própria fundamentação jurídica reveste-se de valorações. Cremos que os subprincípios do princípio da proporcionalidade, referidos supra, representam, por si só, racionalidade, ao constituírem verdadeiros limites e medidas de controlo à atuação do juiz, para evitar a prática de abusos e decisões desproporcionais.

Defendemos uma possível transposição daquele preceito para o ordenamento jurídico português, especialmente tendo em conta que os tribunais portugueses, como verificámos supra, ao considerarem a técnica da ponderação de interesses perante casos de colisão de direitos, por apresentação de provas ilícitas, ainda que, não raras vezes, se decida pela inadmissão, indiretamente estão a admitir que é possível existir, em determinados litígios, direitos que poderão ser sopesados, afastando a ideia de direitos absolutos.

NOTAS CONCLUSIVAS

Terminado o estudo das provas ilícitas, é chegado o momento de retirar as pertinentes conclusões:

1. A prova é essencial no processo, não podendo este exercer a sua função sem aquela.
2. O direito à prova é considerado o corolário do direito de ação e defesa, reconhecido no art. 20.º n.º 1 CRP como direito fundamental dos particulares.
3. No entanto, não pode ser concebido como absoluto, existindo limites intrínsecos ao mesmo, como sucede com as proibições de prova.
4. Estas poderão subdividir-se em proibições de produção de prova (estabelece apenas a inadmissibilidade de certos temas, de meios e de métodos de prova) e proibições de valoração de prova (significam a impossibilidade de aproveitamento do resultado probatório para fins de decisão, quer como consequência da violação de uma proibição de produção, quer autonomamente).
5. O legislador concedeu autonomia à figura da prova proibida na Constituição de 1976, ao tratar pela primeira vez e de forma inquestionável, no seu art. 32.º n.º8, do seu conceito e regime, determinando também a sua nulidade.
6. Uma prova será ilícita quando o seu modo de obtenção for reprovado pelo direito material, quer a ilicitude se verifique dentro ou fora da órbita processual.
7. O conceito de prova ilícita não se deverá confundir com os conceitos de prova inadmissível, imoral, viciada e atípica.
8. Está ultrapassada a ideia de distinção entre verdade formal e material pois a única verdade que deverá ser procurada é a verdade real.
9. Não poderá ser retirada, nem diretamente nem por analogia, nenhuma solução para o problema do artigo 417.º n.º 3 CPC.
10. Os princípios relativos à prova no processo civil são apontados como possíveis argumentos para a tese da admissibilidade das provas ilícitas.
11. O princípio da livre apreciação de provas não poderá ser fundamento para a admissibilidade de provas ilícitas.
12. O nosso processo civil tem agora natureza híbrida, ao ter de conciliar o princípio do dispositivo com o princípio do inquisitório.

13. De acordo com o princípio da cooperação, é dever de todos, no âmbito do processo civil, cooperar no sentido da descoberta da verdade dos factos, ideia reforçada pelo art. 417.º n.º 1 CPC, o que indicia a inaplicabilidade do regime processual penal das proibições de prova a este ramo.
14. A lei processual penal, no seu art. 126.º n.º 1 CPP, reproduz de forma similar a ideia estabelecida no artigo 32.º n.º 8 CRP.
15. A finalidade do processo penal, obriga a que o art. 32.º n.º 8 CRP deva ser interpretado em conformidade.
16. Os direitos fundamentais do indivíduo não são considerados absolutos.
17. Enquanto no processo penal estamos perante a proteção de valores comunitários e a salvaguarda da ordem social, no processo civil visa-se a proteção de direitos privados.
18. Nega-se, assim, a possibilidade de aplicação analógica do art. 32.º n.º 8 CRP ao processo civil.
19. Existem três diferentes posições relativamente à questão da admissibilidade das provas ilícitas.
20. O interesse na descoberta da verdade não constitui razão suficiente para fundamentar a valoração da prova proibida, nem o contrário.
21. Por não existir a obrigatoriedade de ligação entre a ilicitude e a inadmissibilidade, o argumento da irrelevância processual da ilicitude material não poderá vingar.
22. O interesse na celeridade processual, ainda que seja corolário do direito à tutela jurisdicional, não é exigência prioritária do processo.
23. Da ilicitude na obtenção da prova não decorre a sua inadmissibilidade processual e, por essa razão, rejeitamos a solução baseada na ideia de unidade do ordenamento jurídico.
24. Por a conduta ilícita poder não trazer uma vantagem e por da vantagem, eventualmente obtida, não decorrer necessariamente uma sanção processual, não poderemos radicar a inadmissibilidade das provas ilícitas no argumento de que o dolo não deve aproveitar ao seu autor.
25. É ao direito material que compete a função dissuasora pois se esta for desempenhada pela exclusão da prova ilícita, constitui uma segunda sanção para o mesmo facto.
26. O princípio da boa-fé é invocado para rejeitar a admissão processual de certos meios de prova ou para conduzir ao ingresso dos mesmos em juízo, o que

- demonstra que não constitui argumento suficiente para justificar a admissibilidade de provas ilícitas.
27. A violação de direitos fundamentais, aquando da obtenção da prova, não é fundamento de que dependa a admissibilidade da prova ilícita, uma vez que o próprio direito à prova constitui um direito constitucionalmente protegido.
 28. A adoção de teses radicais e extremistas tem tido consequências indesejadas.
 29. A lei deve procurar o equilíbrio entre o interesse *do cidadão em ser protegido nas suas liberdades contra invasões ilegais dos poderes públicos e o interesse do Estado em punir os criminosos*.¹⁷⁹
 30. Adotamos uma posição intermédia, segundo a qual a prova ilícita poderá ser admitida em juízo em casos excepcionais: ser o único meio possível e razoável para apurar a verdade, do mesmo modo que nas situações que envolvem direitos fundamentais em colisão, se considere, após a devida ponderação de interesses, que um adquire maior relevância perante o outro.
 31. Esta ponderação é efetuada de acordo com o princípio da proporcionalidade.
 32. Tal princípio subdivide-se em três subprincípios: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.
 33. Apesar da diferenciação de regimes, cremos que em determinados casos também no processo penal deverá haver ponderação de interesses envolvidos.
 34. Neste sentido, alguma jurisprudência tem demonstrado abertura para a aplicação do princípio da proporcionalidade, como solução para dirimir possíveis conflitos entre direitos constitucionalmente protegidos.
 35. A nível mundial, a tendência é no sentido da adoção deste mesmo critério.
 36. Não obstante, é inadmissível o meio de prova obtido mediante tortura ou coação.
 37. Concluindo, devendo a atuação do juiz ser direcionada para o alcance de justiça, ao estar adstrito a um princípio de proporcionalidade, que o obriga a ponderar todos os direitos e interesses envolvidos, conseguirá estar mais próximo e informado da realidade, o que lhe permitirá aplicar a lei de forma mais justa e alcançar a justa composição do litígio.

¹⁷⁹ COWEN-CARTER, *apud* ABRANTES, J.J., *op. cit.*, pág. 19.

BIBLIOGRAFIA

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

ANDRADE, J. C. Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.º ed., Coimbra, Almedina, 2002;

ANDRADE, Manuel Costa, *Parecer*, CJ 1981, Tomo I;

ANDRADE, Manuel Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra Editora, 1992;

ANDRADE, Manuel de, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1976, pág. 191;

ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 1960;

BARBOSA, José Carlos, *A Constituição e as Provas Obtidas Ilícitamente*, 2011;

BARBOSA, José Carlos, *REDP*, Vol. VI, Rio de Janeiro, 2010;

BARROSO, Luís Roberto, *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003;

BASTOS, Celso, *As Provas obtidas por meios ilícitos e a Constituição Federal*, 1994;

BAUR, F., *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en République Fédérale d'Allemagne*, in *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation/Les garanties Fondamentales des Parties dans le Procès Civil*, Giuffrè, Milano, 1973;

BURGOA, Elena, *La prueba ilícita en el Proceso Penal Portugués*, Estudos comemorativos dos 10 anos da FDUNL, coord. Diogo Freitas do Amaral, Carlos Ferreira de Almeida, Marta Tavares de Almeida, Coimbra, Almedina, 2008;

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.º ed. Edições Almedina, Coimbra, 2014;

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1.º Vol., 2.º ed. Revista e ampliada, Coimbra Editora, Coimbra, 1984;

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.º Ed. Revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

CARDOSO, João, *Sobre a admissibilidade da prova ilícita no processo civil português*, Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, área de especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sob a orientação de Luís Miguel Mesquita, 2012.

CASANOVA, J. F. Salazar, *Provas Ilícitas em Processo Civil, Sobre a Admissibilidade e Valoração de Meios de Prova Obtidos pelos Particulares*, Revista Direito e Justiça, Vol. XVIII, Tomo I, 2004;

CASTRILLO, Eduardo; MORATO, Miguel, *La Prueba Ilícita Penal*, 5.º Ed. Aranzadi, 2010;

CORDEIRO, Menezes, *Da boa-fé no Direito Civil*, I, 1984;

COSTA, Susana H., *Os Poderes do Juiz na Admissibilidade das Provas Ilícitas*, 2006;

DOMÍNGUEZ, M. Serra, *Comentários al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVI, vol. 2.º, Madrid, 1981;

ESTRAMPEZ, Miranda Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, José María Bosh Editor, Barcelona, 1999;

GRINOVER, Ada Pellegrini, *Teoria Geral do Processo*, 23º ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2007;

MARQUES, Remédio, *Ação declarativa à luz do código Revisto*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007;

MELERO, Silva, *La Prueba Procesal*, Tomo I, Editorial Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1963;

MESQUITA, Miguel, *Código de Processo Civil*, Almedina, Coimbra, 2014

MINGARRO, Luis Martí, Prólogo da obra “*La Prueba Ilícita Penal*” de Eduardo Castrillo e Miguel Morato, 5.º Ed., Aranzadi, 2010;

MONTERO AROCA, *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia, 2006;

MOURA, Bruno, *A propósito da chamada “tortura salvadora”: outras “quebra de tabu”, agora relativamente à proibição de valoração da prova?”*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 21, Vol. 101, São Paulo, 2013;

NOBILI, M., *Lecture testimoniali consentite al dibattimento e libero convincimento del giudice*, Riv. It. Di dir. e proc. Pen. 1971;

POLITANO, Ricardo. *Provas ilícitas*, Jus Navigandi, Teresina, Ano 19, n.º 4113, 5 Out. 2014, Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/29726>;

QUIROGA, López Barja de, *Las intervenciones telefónicas y La Prueba Ilegalmente Obtenida*, AKAL, 1989;

RANGEL, Rui, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3.º ed. rev. e ampliada, Almedina, Coimbra, 2006;

REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. III, 3.º ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2012;

RICCI, G. F., “*Su alcuni aspetti problematici del diritto alla prova*”, Riv. Di dir. proc. 1984;

RICCI, G. F., *Le Prove Illecite nel Processo Civile*, Riv. Trim. Di dir. e proc. Civ., Anno XLI, Milano – Dott. A, Giuffrè Editore, 1987;

ROCHA, Maria Luiza, *Provas ilícitas no processo civil*, Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, área de especialização em Ciências Jurídico-Processuais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sob a orientação de Luís Miguel Mesquita, 2014.

ROXIN, Claus, *Straferecht: Allgemeiner Teil*, Vol. I, 4.º ed., München, 2006,;

SANTOS, Paula, *Da problemática da prova ilícita no processo civil*, Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, área de especialização em Ciências Jurídico-Processuais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sob a orientação de Luís Miguel Mesquita, 2011.

SCHÖNKE, Adolf, *Limites de la prueba en el derecho procesal* (trad. De Ernesto Rohrbach Rojí), Rev. de der. proc. 1955, Año XI, Num. 3;

SOUSA, Teixeira, *Sobre a Teoria do Processo Declarativo*, Coimbra Editora, Coimbra, 1980;

STEINMETZ, W. A., *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001;

TARUFFO, M., *Poteri Probatori delle Parti e del Giudice in Europa*, in Riv. Trim. Di dir. e proc. Civ., n.º 2, Milano, 2006;

TARUFFO, M., *Il diritto alla prova nel processo civile*, Riv. Di. Dir. proc. 1984, A. XXXIX – N. 1;

TRANCHINA, G., “*Il divieto di perizia psicologica sull'imputato: una limitazione sicuramente anticostituzionale*”, Riv. It. Di dir. e proc. Pen. 1971;

VALENTE, Manuel Guedes, *Processo Penal*, Tomo I, Almedina, Coimbra, 2004;

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

WALTER, G., *Freie Beweiswürdigung*, 1979;

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ Acórdão de 6-05-2004, Processo n.º 04P908, Relator Conselheiro Santos Carvalho

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA

§ Acórdão de 03-07-2014, Processo n.º 1162/11.7TTCBR.C1, Relator Ramalho Pinto

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA

§ Acórdão de 25-11-2014, Processo n.º 187/10.4ZRLSB.E1, Relator Gilberto Cunha

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES

§ Acórdão de 03-06-2004, Processo n.º 1107/2004-6, Relatora Fátima Galante

§ Acórdão de 30-04-2009, Processo n.º 595/07.8TMBRG, Relator Manso Rainho

§ Acórdão de 16-02-2012, Processo n.º 435234/09.8YIPRT-A.G1, Relator José Rainho

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

§ Acórdão de 09-06-2009, Processo n.º 321/05.6TMFUN-C.L1-7, Relatora Maria do Rosário Morgado

§ Acórdão de 30-06-2011, Processo n.º 439/10.3TTCSC-A.L1-4, Relatora Isabel Tapadinhas

§ Acórdão de 26-09-2013, Processo n.º 1130/10.6YXLSB.L1-2, Relatora Teresa Albuquerque,

§ Acórdão de 25-11-2014, Processo n.º 1599/13.7, Relator Pedro Brighton

§ Acórdão de 28-11.2013, Processo n.º 618/11.6TMLSb-A.L1-6, Relatora Fátima Galante

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

§ Acórdão de 25-05-2009, Processo n.º 159/07.6TVPRt-D.P1, Relatora Maria José Morgado.

§ Acórdão de 17-02-2014, Processo n.º 231/14.6TTVNG.P1, Relator António José Ramos

§ Acórdão de 28-05-2014, Processo n.º 471/10.7GDGDM.P1, Relator Neto de Moura

Todos os acórdãos supracitados, estão disponíveis *in site* www.dgsi.pt.

