



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

A Prova no Processo Civil

Reflexões sobre o problema da (in)admissibilidade da prova ilícita

Dissertação de Mestrado em Direito, na Área de Especialização de Ciências Jurídico - Civilísticas, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Prof. Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita.

Téssia Matias Correia

Coimbra, 2015

TÉSSIA MATIAS CORREIA

A Prova no Processo Civil

Reflexões sobre o problema da (in)admissibilidade da prova ilícita

Dissertação de Mestrado em Direito, na Área de Especialização de Ciências Jurídico - Civilísticas, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Prof. Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita.

**COIMBRA
2015**

AGRADECIMENTOS

A minha família pelo carinho e o amor infinito que, apesar da distância, sempre estiveram presentes, com palavras de apoio, confiança e incentivo, acreditando no meu trabalho, me dando forças para continuar a minha caminhada.

A minha irmã, que me incentiva e sempre tem uma palavra amiga nos momentos difíceis mas também descontraindo, quando preciso, me proporcionando momentos felizes.

A Rafael que me acompanhou desde o princípio, com dedicação, paciência e amor, todos os dias, ao longo do meu trabalho, fazendo-me sentir especial.

Aos meus mestres, em especial, ao meu orientador e amigo, Senhor Prof. Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita, por compartilhar a sua infinita sabedoria e pelos ensinamentos realizados.

E finalmente, a todos que contribuíram indirectamente para a finalização do meu trabalho.

*Aos meus Pais pelo carinho e apoio de sempre e
à memória e à saudade do meu Avô.*

*“Penso noventa e nove vezes
e nada descobro; deixo de pensar,
mergulho em profundo silêncio,
e eis que a verdade se me revela”.*

(Albert Einstein)

O presente trabalho não foi elaborado ao abrigo do novo Acordo Ortográfico, salvo eventuais citações por ele abrangidas.

ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
<i>al.</i>	Alínea
<i>apud</i>	<i>Em</i>
art.	Artigo
arts.	Artigos
CC	Código Civil (Portugal/Brasil)
CE	Constituição Espanhola
CF	Constituição Federal (Brasil)
Cfr.	Confira
CPC	Código de Processo Civil/ Codice di Procedura Civile/ Code de Procédure Civile
CPP	Código de Processo Penal (Portugal)
CPR	<i>Civil Procedure Rules</i> (Código de Processo Civil Inglês)
CRP	Constituição da República Portuguesa
D.R.	Diário da República
ed.	Edição
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (Mesma Obra)
<i>i.e.</i>	Isto é
<i>in</i>	em
<i>in fine</i>	parte final
LC	Lei do Cibercrime
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (Espanha)
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil

<i>Op. Cit.</i>	<i>Opus citatum</i> (Obra citada anteriormente)
p.	Página/Páginas
par.	Parágrafo (§)
PNCPC	Projecto do Novo Código de Processo Civil (Brasil)
Rel.	Relação
STF	Supremo Tribunal Federal (Brasil)
STJ	Supremo Tribunal de Justiça (Portugal)
ss.	Seguintes
Trad.	Tradução
Trib.	Tribunal
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
v.g.	<i>Verbi Gratia</i> (por exemplo)
Vol.	Volume
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i> (Código de Processo Civil Alemão)

RESUMO

O presente trabalho tem por objecto o tema da admissibilidade das provas ilícitas no ordenamento jurídico português, no âmbito do processo civil. Apesar da recente reforma processual civil, concretizada pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho¹, perdura entre os juristas, doutrinadores e estudiosos do direito a dúvida sobre a admissão desse tipo de prova nos tribunais, perante a ausência de uma expressa disposição legal, no CPC vigente, que ponha termo à árdua e tortuosa tarefa de encontrar a melhor solução para estes casos.

Nesse sentido, o nosso estudo vai em busca de uma solução equilibrada que consiga tratar o problema da melhor forma e que seja, ao mesmo tempo, compatível com um sistema processual moderno e ideal para os interesses das partes envolvidas e a descoberta da verdade.

É sabido que o problema encontra-se resolvido no Direito Processual Penal, com a consagração constitucional do art. 32.º, n.º 8, da CRP, para além de normas contempladas no próprio CPP. Nessa medida, perante o quadro exposto, questionamos a existência de uma verdadeira lacuna jurídica, que deva ser resolvida caso a caso ou se, pelo contrário, podemos aplicar ao processo civil, *analogicamente*, a disposição constitucional consagrada no processo penal. Apesar de grande parte da doutrina e jurisprudência apontar no sentido da não admissão da prova ilícita, tentaremos demonstrar, com a nossa exposição, um caminho diferente, com os seus devidos fundamentos, baseado na doutrina interna e estrangeira. Com tal desiderato, faz-se imperiosa a reflexão, na medida em que o tema da prova e, conseqüentemente, a sua admissão em casos mais delicados, são relevantes para a decisão de um qualquer litígio.

Palavras - chave: prova ilícita, admissibilidade, processo civil.

¹ Cfr. Declaração de Rectificação n.º 36/2013, de 12 de Agosto.

ABSTRACT

This thesis is the subject of research and studies on the issue of admissibility of illegal evidence in the Portuguese legal system under the civil procedure. Despite the recent civil procedure Reform implemented by Law n.º 41/2013², of June 26th, lingers among jurists, scholars and law professionals the doubt about the admission of such evidence in court, in the absence of an express legal provision, the current Civil Procedure Code, to put an end at the arduous and tortuous task of finding the best solution for these cases.

In this regard, our study goes in search of a balanced solution that can address the problem in the best way and at the same time, compatible with a modern court system, ideal for the interests of both parties involved and with the discovery of the truth.

It is known that the problem is solved in the criminal procedure law, with the constitutional consecration of art. 32.º, n.º 8, in the Portuguese Constitution, in addition to the rules included in the Criminal Procedure Code itself. To that extent, as we refer above, we question the existence of a legal rule absence, which should be resolved case by case or whether on the contrary, we can apply to the civil procedure, by analogy, the constitutional provision enshrined in criminal proceedings. Although much of the doctrine and jurisprudence point towards the non-admission of illegal evidence, we will argue, with our exposure, a different way, with their proper fundamentals, based on domestic and foreign doctrine. With this aim, it is imperative a reflection about that subject, because the issue of the proof and hence their admission in most sensitive cases are relevant to the decision of any dispute.

Keywords: illegal evidence, admissibility, Civil Procedure.

² Cfr. Declaração de Rectificação n.º 36/2013, de 12 de Agosto.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	7
NOTA INTRODUTÓRIA	15

CAPÍTULO I

TUTELA DO DIREITO ATRAVÉS DO PROCESSO CIVIL

1. O caminho percorrido até o Direito processual civil.....	18
2. O direito de acção: natureza.....	21
3. O fim do processo: a justa composição do litígio e o princípio da verdade material	23

CAPÍTULO II

INSTRUÇÃO E PROVA

1. A prova	27
1.1. Teoria Geral da prova: definição, objecto e função.....	29
1.2. O meio, a fonte e o conteúdo da prova.....	36
1.3. Direito à prova.....	37
1.4. Limites ao direito à prova.....	41
2. O ónus da prova no Código Civil	44
2.1. A inversão do ónus da prova.....	47
3. Produção da prova	49
4. Classificação metodológica da prova	51
4.1. Prova pré-constituída e prova <i>constituenda</i>	51
4.2. Prova pessoal e prova real.....	52
4.3. Prova directa e prova indirecta.....	53

4.4. Prova representativa e prova indiciária.....	54
5. Novidade da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho: Prova por verificações não judiciais qualificadas	55
6. Prova e certeza.....	57
7. Princípios orientadores da prova.....	58
7.1. Princípio da livre apreciação das provas	59
7.2. Princípio da aquisição processual	61
7.3. Princípio do inquisitório	62
7.4. Princípio da proibição da utilização da prova ilícita	66
7.5. Princípio da proporcionalidade	68
8. O dever de verdade das partes: Princípio da boa fé.....	69

CAPÍTULO III

A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO

1. O processo civil e o problema da prova ilícita: Generalidades.....	73
2. Conceito da prova ilícita e o seu regime no CPC.....	76
3. Tipicidade da ilicitude.....	82
3.1. Prova ilícita <i>versus</i> prova ilegítima	82
3.2. Prova ilícita <i>versus</i> prova invalidamente constituída.....	84
3.3. Prova ilícita <i>versus</i> prova imoral.....	85
3.4. Prova ilícita <i>versus</i> prova inadmissível.....	85
3.5. Prova ilícita <i>versus</i> prova atípica	86
3.6. Prova ilícita <i>versus</i> prova viciada	88
4. Prova ilícita por derivação.....	88
5. A prova ilícita e o processo penal.....	90
5.1. A prova e o princípio da legalidade em processo penal.....	93
5.2. Proibição de prova no processo penal.....	96
6. A prova electrónica e a Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro.....	97
6.1. As interceptações telefónicas.....	99
6.2. Gravações clandestinas no Brasil.....	105

CAPÍTULO IV
ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

1. O problema da admissibilidade	107
2. O direito comparado	108
3. Soluções	112
3.1. Tese de admissibilidade da prova ilícita	113
3.1.1. A irrelevância processual da ilicitude material	114
3.1.2. A celeridade processual.....	115
3.1.3.O interesse na descoberta da verdade	116
3.1.4. Consequência: <i>Cobra effect</i> na justiça	117
3.2. Tese de inadmissibilidade da prova ilícita	119
3.2.1. A unidade do sistema jurídico	119
3.2.2. O dolo não aproveita ao seu autor.....	120
3.2.3. Consagração constitucional: Proibição da valoração da prova ilícita	121
3.3. Tese da admissibilidade da prova ilícita em certas condições	123
3.3.1.Tese da admissibilidade da prova ilícita na perspectiva constitucional:o <i>critério da proporcionalidade</i>	123
3.3.2. O princípio da boa fé	124
3.3.3. Colisão de Direitos e <i>o princípio da proporcionalidade</i>	126
3.3.4. A prova ilícita e o Anteprojeto de novo código de processo civil	130

CAPÍTULO V
SOLUÇÃO ADOPTADA

1. Analogia entre o art. 32.º, n.º 8, da CRP e o processo civil?	131
1.1. Nulidade da prova.....	134
1.2. Ilicitude ocorrida fora do processo.....	135
1.3.Ilicitude ocorrida no processo.....	136

2. Solução equilibrada: Ponderação dos interesses em jogo.....	137
3. Conclusão.....	141
Considerações finais.....	143
Bibliografia.....	146
Jurisprudência.....	159

NOTA INTRODUTÓRIA

Todos concordamos que o tema da prova é imprescindível ao direito, e, sobremaneira, no campo do processo, onde as partes têm o ónus de demonstrar os factos alegados através da utilização de uma prova, *v.g.*, documental, pericial, testemunhal, electrónica, etc. O direito processual está intimamente relacionado com o tema da prova. Afinal, qual seria o sentido de alegar factos constitutivos do direito material ou relativos a uma excepção material, se não existisse a possibilidade de provar tudo aquilo que consta das peças processuais?

Apesar de sabermos que o processo civil gira em torno da busca da verdade, essa tarefa nem sempre é fácil de cumprir, visto que a prova aponta para uma auto-probabilidade, por isso não devemos olhá-la sempre como a demonstração de uma certeza absoluta em todos os casos. É importante percebermos e tomar nota de que tudo vai depender do caso *in concreto*.

Destarte, dentro do “*jogo do processo*”³, o ónus de se fazer uso de um meio de prova para se obter o sucesso do pleito, acarreta situações em que, ocasionalmente, se afigurará a *prova ilícita*. Tal prova pode não ser idónea, porque viola direitos fundamentais, porque foi obtida por uma conduta ilícita, ou porque foi formada através de um acto ilícito. Aqui chegados, caímos na *dialéctica da admissibilidade da prova ilícita*.

Perante a instituição do Estado de Direito e a protecção dos direitos constitucionalmente consagrados⁴, será coerente admitir, ou não, a utilização de uma prova ilícita nos nossos tribunais? E, em caso afirmativo, que valor probatório podemos atribuir-lhe?

Será em volta de tais problemas que limitaremos o nosso estudo sobre a prova ilícita, visto que o tema da prova é amplo e complexo.

Por sua vez, a matéria ganha contornos interessantes no âmbito do processo civil pela inexistência de solução legislativa específica⁵. Observando bem, e apesar de ser uma questão

³ Designação dada por alguma doutrina. Cfr. BECKER, L.A., *Qual é o jogo do processo?*, Sergio António Fabris Editor, Porto Alegre, 2012.

⁴ Sobre uma perspectiva dos direitos fundamentais aplicados ao processo civil, cfr. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de, “*O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*”, em Academia Brasileira de Direito Processual Civil, disponível em www.abdpc.org.br.

⁵ Desde logo, por não se encontrar resolvida na letra da lei pelo legislador - por opção legislativa, visto que foi aprovado o Novo Código de Processo Civil pela recente Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, e o mesmo não dispôs

suscitada nos tribunais, pouco se encontra explorada no ordenamento interno, sendo, por conseguinte, relativamente pouco discutida entre os doutrinadores do processo civil.

Já é distinta a realidade no processo penal, onde a questão se afigura sedimentada com a consagração expressa de uma norma que nos remete para a *proibição da utilização da prova ilícita*. O legislador, através do art. 32.º, n.º 8, responde ao problema da admissibilidade da prova ilícita, em matéria penal, com outra dinâmica e visibilidade. Além disso, o Código de Processo Penal apresenta, entre outras normas, *v.g.*, o art. 126.º, que dispõe no mesmo sentido.

Assim, analisando o presente tema de forma sumária, podemos afirmar que o mesmo foi considerado da maior relevância no âmbito do processo penal, postura legislativa e dogmática compreensível, quando comparamos os bens que estão em jogo nesse ramo do direito⁶.

Por essa via, com a consagração da respectiva norma constitucional, fica impedida qualquer admissibilidade e valoração da prova ilícita no processo penal, não deixando margem de manobra para nenhuma das partes fazer uso de tal ferramenta em sede de prova no processo⁷.

Já no domínio do processo civil, deparamo-nos com o silêncio da lei, visto que não existe uma solução expressamente consagrada: nem disposição constitucional, nem tão pouco processual, à semelhança do que acontece no processo penal, havendo Autores que falam mesmo em disparidade de tratamento entre os dois ramos do direito⁸.

A necessidade do domínio desse tema na *fase de instrução* no processo civil é notória, pois a parte, para salvaguardar a sua esfera jurídica perante a contraparte, tem o ónus de trazer ao processo as provas que subscrevam a lógica dos factos alegados e articulados. E, se tais elementos probatórios estão contaminados e entranhados de ilicitude, como podemos proceder a sua admissibilidade e conseqüente apreciação⁹ ?

nada de novo na matéria. Para uma análise crítica da reforma, cfr. MESQUITA, Miguel, “*A metamorfose do Futuro Tribunal de Comarca*”, Almedina, Coimbra, 2014.

⁶ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas em Processo Civil*, livraria Almedina, Coimbra, 1998, p. 13.

⁷ De acordo com ISABEL ALEXANDRE, no processo penal as partes não se encontram numa igualdade de armas, logo verifica-se a necessidade de maior tutela por parte do legislador. Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p.12

⁸ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas ...op. cit.*, p.13.

⁹ Vale ainda ressaltar que, em certos casos, além da essencialidade da prova que impende sobre as partes, o réu na altura de resposta à dedução realizada pelo autor na petição inicial, deve “*apresentar, na acção principal, a respectiva reconvenção, sob pena de perder de modo inelutável, a possibilidade do exercício, no futuro, do seu direito.*” Cfr. MESQUITA, Miguel, “*Reconvenção e Excepção no processo Civil [O Dilema da Escolha entre a Reconvenção e a Excepção e o problema da falta de exercício do Direito de Reconvir]*”, Dissertação para Doutoramento em Ciências Jurídico-Processuais apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Almedina, Coimbra, 2009, p. 12 e 13.

A precisão quanto ao *thema probandum* é decisiva para a justa composição dos litígios, com vista a obtenção de decisões adequadas ao caso concreto, sobretudo, acompanhadas pela verdade material, tão imperiosa no processo civil moderno. Porém como já enunciámos, a *admissibilidade da prova ilícita* levanta muitas dúvidas de resolução e aplicação prática no ordenamento jurídico português, bem como no estrangeiro, como daremos conta ao longo do texto.

O nosso trabalho será constituído por cinco Capítulos. No primeiro Capítulo, faremos uma breve exposição da tutela do direito, para uma melhor compreensão da necessidade da prova dentro do processo. No segundo Capítulo, analisaremos a fase da instrução e de produção dos diversos tipos de prova e as suas especificidades, envolvendo os diversos princípios que norteiam esta matéria. Por sua vez, no terceiro Capítulo, colocaremos o problema da prova ilícita no processo civil e penal, enunciando o seu conceito e regime, tentando ainda diferenciar as figuras afins. Consequentemente, no quarto Capítulo, exporemos as diversas correntes doutrinárias, favoráveis e contrárias à admissibilidade da prova ilícita, temperando a exposição com o direito comparado. No último capítulo, “*and last but not the least*”, procuraremos a escolha pela melhor solução, adequada aos valores e direitos envolvidos, de acordo com o interesse das partes como demonstra a nova corrente que domina o moderno processo civil.

CAPÍTULO I

TUTELA DO DIREITO ATRAVÉS DO PROCESSO CIVIL

1. O caminho percorrido até o Direito processual civil; 2. O direito de acção: natureza; 3. O fim do processo: a justa composição do litígio e o princípio da verdade material.

1. O caminho percorrido até ao Direito Processual Civil¹⁰

O direito processual civil é o um ramo do direito público, considerado *instrumental e dinâmico* na sua gênese, sendo essencial para a prossecução e garantia do direito substantivo¹¹.

Nas palavras de FRITZ BAUER “o processo ocorre como uma sucessão de actos processuais, cada um dos quais surge imediatamente na necessidade de um outro. [...] De facto, cada acto processual modifica imediatamente a situação do acto anterior”¹².

Por conseguinte, essa *dinamicidade*, descrita pelo juiz germânico, é o que dá corpo e forma as normas jurídicas criadas e reguladas pelo poder jurisdicional. Tal poder não poderia exercer a sua função sem que houvesse um ramo do direito com regras próprias, traduzido num corpo normativo, destinado a assegurar o cumprimento das normas jurídicas materiais (substantivas).

Nessa medida, o direito material encontrar-se-ia totalmente desprotegido perante a ausência das regras de conteúdo processual, e não seria possível “*fazer*” cumprir o seu papel de protecção dos direitos assegurados pelo ordenamento jurídico.

Na esteira de LEBRE DE FREITAS, “em todos os casos, o recurso aos tribunais para a tutela de situações jurídicas e concomitante garantia de normas de conduta de direito privado postula a aplicação de normas instrumentais (ditas adjectivas) que regulem as actuações dos

¹⁰ Todas as normas citadas referem-se ao CPC 2013, ressalvados os casos em que esteja expressamente citado outro diploma.

¹¹ Sobre a história do processo civil italiano, Cfr. DENTI, Vittorio, “*Francesco Carnelutti e le riforme del processo Civile*”, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Anno 50, n. ° 2 , Giuffrè Editore, Milano, 1996, p. 407-418. Sobre o ensino do processo civil, *vide* VARELA, Antunes, “*Manuel de Andrade e o ensino do processo Civil*”, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Vol.35, Coimbra, 1959, p. 41-60; TARUFFO, Michele, “*L’ insegnamento accademico del diritto processuale civile*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno. 50 n.º 2, Giuffrè Editore, Milano, 1996, p. 551 - 558.

¹² BAUER, Fritz, “*Potere giudiziale e formalismo dei diritto processuale*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, - Dott. A. Giuffrè Editore - Milano, 1965, p. 1702.

sujeitos de direito privado e dos tribunais tendentes à concretização jurisdicional do direito substantivo”¹³.

Desse modo, as normas processuais¹⁴, constantes do CPC¹⁵, evitam o recurso a autodefesa para tutela dos direitos¹⁶. O CPC determina, logo no seu art. 1.º, a *proibição da auto-tutela*, na medida em que esta, em primeiro lugar, implica o uso da força (logo, afecta a paz), e em segundo, não valoriza a justiça¹⁷. Assim, a proibição do uso da força e a valorização da justiça são os dois pilares basilares em que assentam o *princípio da proibição da auto-tutela*, consagrado pelo legislador no art. 1.º, e importante critério para compreendermos a lógica processual civil.

Porém, faz-se mister observar que tal princípio não tem força absoluta, visto que a parte final do respectivo artigo reflecte desvios, previstos de forma abstracta, quando destaca “*salvo nos casos e dentro dos limites declarados na lei.*” Aqui o legislador está a referir-se a três situações excepcionais em que o titular do direito se encontra legitimado a exercê-lo fazendo uso dos seus próprios meios ou, digamos, com as suas “*próprias mãos*”. São desvios elencados no Código Civil: nos casos de acção directa, legítima defesa e estado de necessidade, respectivamente art.s 336.º, 337.º e 339.º.

Desvios à parte, tal panorama aponta para a *instrumentalidade* do Direito Processual Civil, com as suas regras próprias e, por conseguinte, para a própria dinâmica do processo civil

¹³ Cfr. FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil - Conceito e Princípios Gerais à luz do novo código*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p.13.

¹⁴ “ [...] normas que em regra, são imperativas (*jus cogens*) e não dispositivas, insusceptíveis, por isso, de serem ajustadas pela mera vontade das partes.” Cfr. RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, p.13.

¹⁵ Aprovado pela recente Lei 41/2013, de 26 de junho, “o Código de Processo Civil é, por natureza, um dos mais sensíveis corpos normativos de qualquer ordenamento jurídico. Desde logo, face à sua índole e à sua função paradigmática e inspiradora dos demais direitos adjectivos, sofre e beneficia de especial relevo na *praxis judiciária*”. Exposição de motivos do novo CPC 2013, Cfr. MESQUITA, Miguel, Código de Processo Civil, 33.ª ed., Miguel Mesquita (organização), Almedina, Coimbra, p. 11; Para maior desenvolvimento, *vide* RAMOS, Rui Manuel Moura Ramos, “*O Direito Processual Civil Internacional no Novo 19º Código de Processo Civil*”, in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 143º, N.º 3983, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

¹⁶ O processo civil como meio para tutela dos direitos, *vide* MITIDIERO, Daniel, “*A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional*” in Revista de Processo, Ano 39, vol. 229, Revista dos Tribunais, março/2014, p. 60-65. No mesmo sentido, GOMES, Manuel Tomé Soares, “*Um olhar sobre a prova em demanda da verdade no processo civil*”, in Revista do CEJ, 2.º semestre, n.º 3, Lisboa, 2005, p. 128-129.

¹⁷ Assim, Miguel Mesquita, nas aulas do 1.º ciclo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

em si, tão necessárias para a obtenção da justiça, assumindo-se como garantidoras da paz, valor supremo do Estado de Direito¹⁸.

A violação da norma de conduta ocorre com a actuação ou com a omissão, sendo certo que neste último caso estaremos perante um comportamento negativo. Nesse sentido, defende a doutrina que toda a norma primária de conduta, que entre nós chamamos de substantiva, é garantida por uma norma secundária sancionatória, adjectiva, que se impõe no caso de violação da respectiva norma substantiva¹⁹.

A este propósito, o Estado avoca para si o poder de administrar a justiça em nome do povo através dos tribunais (art. 202.º da CRP), órgãos de soberania, cujo desiderato é alcançar a *justa composição dos litígios* entre os litigantes, titulares de posições jurídicas antagónicas. Na mesma linha, o art. 2.º, n.º 1, assegura o acesso aos tribunais e a protecção jurídica em prazo razoável o que significa obter “... *uma decisão judicial, que aprecie com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de o fazer executar.*”

ALBERTO DOS REIS²⁰ defende que “os juízes tem o dever de administrar a justiça”, preceito concretizado no art. 152.º, n.º 1. No mesmo sentido, THEODORO JÚNIOR enfatiza que é através do processo civil que o estado põe à disposição dos litigantes um instrumento, a fim de se administrar a justiça, e que, nesta linha, não se está limitado à simples definição de direitos na luta privada entre os seus participantes, mas actua por meio do interesse de ambos²¹.

Numa análise conceitual mais complexa e abrangente, ASENCIO MELLADO reitera o conceito de direito processual, o qual reproduzo *ipsis verbis* “...*como el conjunto de normas jurídicas, parte integrante del ordenamento estatal, que se caracteriza por servir para la aplicación del derecho objetivo por los órganos jurisdiccionales al caso concreto. Tien, pues, el Derecho procesal um marcado componente dinámico y únicamente en esta dimensión pueden*

¹⁸ No mesmo sentido, Ac. 248/2009 do Tribunal Constitucional, de 12 de maio: “*Do princípio do Estado de Direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito*”.

¹⁹ Cfr. FREITAS, José Lebre de, *Introdução ... op. cit.*, p. 11 e12.

²⁰ Cfr. REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 269. Sobre as tendências evolutivas do direito e da justiça, vide BERIZONCE, Omar Roberto, “*Las grandes líneas tendenciales del proceso civil a fines del segundo milenio*”, in *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. n.º 23-24, Bogotá, 1998-1999, p. 40 - 42. Contra as decisões surpresa, vide Ac. do STJ, de 11-03-2010, o qual consolida decisão no sentido da proibição das decisões-surpresa. No mesmo sentido, vide Ac. do TRL, de 24-10-2006, “Quando o CPC estabelece a regra da proibição das decisões-surpresa limita-se a referir que o juiz não deve tomar decisões no âmbito do processo sem que as partes tenham a possibilidade de se pronunciarem”, (quanto à proibição das decisões-surpresa, art. 3.º, n.º 3).

²¹ Cfr. JÚNIOR, Humberto Theodoro, *Código de Processo Civil Anotado 2014*, 18.ª ed., revista atualizada e ampliada, Editora Forense, p. 47.

sus normas ser entendidas en profundidad.”²². Continua afirmando o autor que o direito processual é a parte do ordenamento jurídico que regula a atuação dos órgãos jurisdicionais, mas não só, também das partes, no âmbito de um processo, com o finalidade de aplicação do direito ao caso concreto, cuja resolução se exige.

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

2. O direito de ação: natureza

Várias teorias procuraram explicar, em diversos períodos da história do Direito, a natureza jurídica do direito de ação. Teorias clássicas, suplantadas por teorias modernas, e que, por isso, só têm interesse para nós para efeitos de compreensão da evolução do seu conceito. Da *teoria imanentista* (civilista), até à *teoria da asserção*, uma das mais recentes na doutrina. Vejamos.

A primeira teoria sobre o direito de acção foi a *teoria imanentista*, segundo o qual o direito material e o direito de ação seriam um mesmo direito, apenas em diferentes estados. Nessa medida, o direito material estaria estático e, quando, agredido, surgiria o direito de acção. Esta teoria foi claramente ultrapassada com a descoberta da autonomia do direito de ação.

Em seguida, destaca-se a *teoria concreta da acção*, com origem na Alemanha, que foi a primeira teoria que distinguiu o direito de acção do direito material²³. Porém, infelizmente, ainda se condicionava o exercício o direito de acção à existência do direito material. Não conseguindo explicar os casos de uma sentença improcedente ou o caso de uma sentença procedente em acção declarativa negativa, logo foi também afastada.

Importa referir ainda a *teoria eclética*, atribuída a LIEBMAN, que defende que o direito de acção não se confunde com o direito material. O direito de acção não é visto como um direito

²² Cfr. MELLADO, José Maria Asencio, *Introducion al Derecho Procesal*, 3º Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. p. 21.

²³ Cfr. NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de Direito Processual Civil*, volume único, 6.ª ed. revista, atualizada e ampliada, Editora Método, São Paulo, 2014, p. 108.

incondicional e genérico porque só existe quando o autor tem direito ao julgamento do mérito da causa (favorável ou desfavorável), ou seja, quando sejam preenchidos alguns requisitos formais do direito de acção: as “*condições da acção*”²⁴.

Bem sabido, o direito de acção é uma *garantia constitucional*. Traduzindo-se num direito fundamental, assegurado a todos os cidadãos pelo Estado de Direito. Nessa medida, o direito de acção é um direito *permanente, universal e irrenunciável*²⁵.

Com efeito, o direito de acção, com suas diferentes acepções e teorias, entretanto algumas já afastadas, apresenta-se hoje pacificamente como *direito autónomo* em relação ao direito material. Isto mesmo é defendido pela *tese actual ou moderna*²⁶.

O exercício desse direito, de acordo com a lei, é concretizado através do acesso aos tribunais para defesa dos direitos, de maneira a se obter uma tutela judiciária efectiva (favorável ou desfavorável). Trata-se de uma concepção “*abstractivista*”, como descreve DIDIER JR., para a qual o direito de acção é um direito abstracto, que independe da existência ou não do direito material.

Como ensina, entre nós, MIGUEL MESQUITA, o direito de acção transcende o direito material, posição que teve origem com os autores HENRIQUE DEGENKOLB e ALEXANDER PLÖSZ, os quais defendiam que o direito de acção existe mesmo para aquele que não seja o titular do direito material²⁷.

Este entendimento moderno prevalecente entende o direito de acção como um direito público, e não como um direito subjectivo privado (material), como já foi defendido no passado, descrevendo-o como um direito “*totalmente independente da existência da situação jurídica para a qual se pede a tutela judiciária*”²⁸. Nesse sentido, ainda MIGUEL MESQUITA²⁹ defende que o direito de acção é um *direito subjectivo processual* que contém um poder atribuído ao seu titular, poder este, constitucionalmente consagrado, de exigir uma decisão ao tribunal em prazo razoável (*vide* art. 6.º, n.º 1, *in fine*).

²⁴ Cfr. NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de Direito...op.cit.* p. 110 e 111.

²⁵ Assim, Miguel Mesquita, nas aulas do 1.º ciclo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Para maior desenvolvimento do conceito de acção e a suas acepções, *vide* CALAMANDREI, Piero, “*La relatività del concetto di azione*” in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol. XVI – Parte I, Anno 1939, CEDAM, Padova, 1930, p. 22 - 46.

²⁶ Em contraposição a tese clássica, defendida entre outros, por SAVIGNY. Cfr. JÚNIOR, Fredie Didier, *Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral processo e processo de Conhecimento* - Vol. I, 7.ª ed., Editora PODIVM, Bahia, 2007, p. 157.

²⁷ Cfr. MENDES, João de Castro, *Direito Processual Civil*, vol. I, AAFDL, Lisboa, 2012, p. 11 e 12.

²⁸ Cfr. FREITAS, José Lebre de, *Introdução ...op.cit.*, p. 100 e 101.

²⁹ Assim, Miguel Mesquita, nas aulas do 1.º ciclo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

A CRP prevê o direito de ação no art. 20.º, enunciando no n.º 1 que “*a todos é assegurado o acesso ao Direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos*”³⁰.

Semelhante disposição é encontrada no CPC a respeito da tutela judiciária, determinando no art. 2.º, n.º 2, o seguinte: “*A todo o direito, excepto quando a lei determine o contrário, corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação*”³¹.

Conforme o exposto, concluímos que a lei coloca o direito de ação como um direito mais vasto que ultrapassa a esfera do direito material³². Corresponde ao direito de se obter uma sentença, *i.e.*, uma decisão judicial, seja ela favorável ou desfavorável. Com efeito, o direito de ação torna-se um *direito incondicionado*³³, obrigando o estado à realização de uma prestação jurisdicional sempre que tal lhe seja exigido (*vide*, art. 152.º, n.º 1).

3. O fim do processo: a justa composição do litígio e o princípio da descoberta da verdade material³⁴

O fim do processo varia de acordo com o tipo de pedido³⁵ que o autor formula ao tribunal no momento da propositura da acção. Salvaguardada a boa fé, que deve ser observada com a

³⁰ Havendo insuficiência de meios económicos, a Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, alterada pela Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto, assegura o acesso ao direito e aos tribunais.

³¹ O direito de ação está previsto, inclusive, no art. 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

³² Na medida que é assegurado o exercício do direito de acção, é também garantido derivadamente o direito de defesa em sentido amplo, por forma a que o réu também possa exercer o direito de acesso aos tribunais. “Este pode deduzir pedidos contra o autor (art. 266.º) e, se o fizer, tem lugar a figura da reconvenção, perante a qual, em inversão de posições processuais, o réu (reconvinte) é autor e o autor do pedido primitivo (reconvindo) é o réu.” Cfr. FREITAS, José Lebre de, “*Introdução...op.cit.*”, p.106-107. Para maior desenvolvimento acerca do instituto da Reconvenção, cfr. MESQUITA, Miguel, *Reconvenção e Excepção no processo civil...op.cit.*.

³³ Cfr. JÚNIOR, Fredie Didier, *Curso de Direito...op.cit.*, p.158.

³⁴ Referimos-nos ao processo contencioso, não abrangemos na nossa breve exposição a jurisdição voluntária.

³⁵ A propósito do *princípio do pedido* como limitador da sentença, veja-se o recente Ac. de 24-06-2015 do Supremo Tribunal de Justiça (n.º 9/2015, D.R. n.º 121/2015, Série I) que enuncia «*Se o autor não formula na petição inicial, nem em ulterior ampliação, pedido de juros de mora, o tribunal não pode condenar o réu no pagamento desses juros.*» Para maior desenvolvimento sobre o *princípio do pedido*, Cfr. MESQUITA, Miguel, “*A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno processo civil*” in Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 143º, Coimbra, nov/dez 2013, p. 129-151.

utilização do processo, a sua função vai depender do tipo de acção, da sua espécie, consoante seja uma *acção declarativa* ou *executiva*³⁶ (*vide*, art. 10.º).

No seguimento, encontramos necessária a definição de processo, pois apesar de considerarmos um conceito elementar, não se afigura despiciendo apreciar a sua função para a melhor compreensão do seu desenvolvimento e da tarefa que a prova desempenha dentro do processo civil.

Em geral, primeiramente, o termo processo pode apontar para diferentes sentidos e pode ser visto como uma *sequência de actos dirigidos a um resultado*. Na esfera do processo civil, que nos interessa para o efeito da presente pesquisa, a estrutura de um processo jurisdicional vai além de um mera sequência de actos, com vista a alcançar um mero objectivo. Os actos jurídicos são organizados de forma não arbitrária, em fases sucessivas³⁷, que se desenvolvem atempadamente para atingirem um fim específico: *a justa composição do litígio e a busca da verdade [material]* (*vide* art.6.º). Com esse escopo, obedece-se a regras e prazos para a sua prática, e estes actos jurídicos, por sua vez, tornam-se processuais pois são praticados na órbita de um processo judicial.

Assim segundo JOÃO ABRANTES, “*o fim do processo é a composição justa do litígio, o que implica a pesquisa da verdade: não há composição justa de um litígio sem verdade*”³⁸.

Na mesma linha, RUI RANGEL acentua que, “*a verdade e a Justiça são realidades e valores complementares*”³⁹. O excerto referido aponta para a direcção que devemos seguir quando tratamos do *moderno processo civil*. Ultrapassada a teoria da verdade formal⁴⁰, prevalece na doutrina a busca pela verdade material. Expressa-se assim a máxima que deve servir para nortear a finalidade precípua do processo, conforme o art. 6.º, n.º 1, *in fine*: “*garantir a justa composição do litígio em prazo razoável e a busca da verdade material*”⁴¹, conforme dispõe no

³⁶ Cfr. FREITAS, José Lebre de, *Introdução ...op.cit.*, p. 29.

³⁷ *Ibid.*, p. 15-18.

³⁸ Cfr. ABRANTES, José João, “*Prova ilícita (Da sua relevância no processo civil)*”, Revista Jurídica, n.º 7, nova série, AAFDL, Lisboa, Jul / Set 1986, p. 33.

³⁹ Cfr. RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova ...op.cit.*, p. 39.

⁴⁰ Sobre a verdade formal, *vide* MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz, *Prova*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, p. 30-33.

⁴¹ Também no sentido da “*justa composição do litígio*”, encontramos no art. 7.º n.º 1, *in fine*, do CPC, a referência ao *princípio da cooperação*. Para maior desenvolvimento do *princípio da cooperação*, *vide* MITIDIERO, Daniel, “*Processo justo, colaboração e ônus da prova*”, Rev. TST, Brasília, Vol. 78, n.º 1, jan/mar 2012, p. 68-72. MITIDIERO explica que, “no plano da ética, a colaboração entre aqueles que participam do processo pressupõe absoluta e recíproca lealdade entre as partes e o juízo, entre o juízo e as partes a fim de que se alcance a maior aproximação possível da verdade, tornando-se a boa-fé pauta-de-conduta principal no processo civil do Estado Constitucional”. Cfr. MITIDIERO, Daniel, “*Bases para construção de um Processo Civil cooperativo: O Direito*

mesmo sentido, v.g., os arts. 411.º e 417.º, n.º 1, por força dos quais as partes devem colaborar em conformidade⁴². Essa verdade material somente é conseguida pelo julgador através do *diálogo*, palavra de ordem dentro do processo civil⁴³.

Consequentemente, será considerado como litigante de má-fé, dentre outros casos, aquele que impedir a descoberta da verdade, conforme dispõe o art. 542.º n.º 2 *al. d*).

Eis que releva, nesse contexto, o *princípio da gestão processual*, o qual comporta a *direcção formal* do processo pelo julgador: que implica, por um lado, dirigir ativamente o processo, promovendo o seu normal andamento, de forma célere⁴⁴ (art. 6.º n.º 1); e por outro, assegurar a regularidade da instância, bem como a sanção da falta de pressupostos processuais⁴⁵ (*vide*, art. 6.º, n.º 2).

A celeridade processual inspira o novo modelo processual civil, desvinculando-se de “*comportamentos processuais arcaicos*” com a ruptura de “*injustificados formalismos e floreios adjetivos*”, homenageando agora no novo CPC “*o mérito e a substância em detrimento da mera formalidade processual*”⁴⁶, em consonância com o já consagrado *princípio de prevalência do mérito sobre a forma*⁴⁷.

Processual Civil no marco teórico do formalismo - valorativo”, Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul para obtenção do grau de Doutor, Porto Alegre, 2007, p. 12.

⁴² Na legislação brasileira, consagra-se o dever de colaboração na descoberta da verdade, nomeadamente no art. 378.º do Novo CPC brasileiro, aprovado pela Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, que entrará em vigor, em princípio, em 2016, após 1 ano da data de sua publicação oficial (cfr. art. 1045.º do mesmo diploma). Não obstante, a recente discussão em torno do período da *vacatio legis do novo CPC*, que pode chegar a ser prorrogado por até 5 anos, segundo proposta do Ministro do STF, MIGUEL MENDES, de 23-06-2015, alvo de grandes críticas pela OAB. Disponível em <http://www.oab.org.br/noticia/28543/folha-oab-critica-proposta-de-adiar-novo-codigo-de-processo-civil>.

⁴³ Assim, Miguel Mesquita, nas aulas do 2.º ciclo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

⁴⁴ Traduzido num poder-dever de “*agilização do processo*”. Cfr. FREITAS, José Lebre de, *Introdução ...op.cit.*, p. 227. A agilização processual não corresponde uma grande novidade no CPC 2013, considerando o revogado regime do DL n.º 108/2006, de 8 de junho, que já impunha, no seu art. 2.º, o *dever de gestão processual*, e os mecanismos de celeridade, designadamente, na *al. c*), do mesmo artigo. Não obstante o regime ser destinado à agregação transitória de processos, o mesmo já destacava a ideia de celeridade.

⁴⁵ Com a acentuação dinâmica do papel do juiz, a absolvição da instância por procedência de uma excepção dilatória só tem lugar quando a falta do pressuposto é insanável ou, ao abrigo do princípio do dispositivo, a vontade das partes se mantenha inerte, v.g., arts. 39.º e 261.º do CPC. Cfr. FREITAS, José Lebre de, *Introdução ... op. cit.*, p. 226 e 227.

⁴⁶ Exposição de motivos do novo CPC 2013. Cfr. MESQUITA, Miguel, Código de Processo Civil, 33.ª ed., Miguel Mesquita (organização), Almedina, p. 13.

⁴⁷ No mesmo sentido, Ac. de 14-05-2013 do Tribunal da Rel. de Coimbra-“*A reforma sofrida pela lei processual civil foi claramente marcada pela preocupação de prevalência da decisão de mérito sobre a decisão de forma, o que se evidencia pelo reforço do princípio do inquisitório, dos poderes de direcção do processo pelo juiz e consagração lata do princípio da cooperação [...]*”, disponível em www.dgsi.pt

Devemos tomar em atenção que o *princípio da gestão processual* não se mistura com o *princípio do inquisitório* (art. 411.º), pois ambos mantêm a sua independência, apesar de alguma doutrina considerar a gestão processual “*instrumentalmente subordinada*”⁴⁸.

Outrossim, a Reforma do processo civil acentuou a importância de outro princípio operante na finalidade do processo: o *princípio da adequação formal* (art. 547.º), que permite ao julgador adaptar a tramitação processual de acordo com o fim que visa alcançar, assegurando um processo equitativo. O art. 6.º, já referido supra, enunciando o *dever da gestão processual*, é traduzido num verdadeiro *poder de gestão processual*, novidade do CPC 2013, que confere mais poderes ao juiz, e de certa forma representa um alargamento ao *princípio da adequação formal*, consagrado pelo legislador. A partir do *princípio da gestão formal*, temos um juiz com um poder autónomo e com direcção ativa do processo⁴⁹.

No direito comparado, quanto aos aspectos formais, a doutrina brasileira, já influenciada pela doutrina estrangeira, defende mesmo a existência de uma *Teoria Geral do processo*, por meio da qual se definem os *conceitos lógicos-jurídicos dos institutos fundamentais do processo*, que são aplicados a qualquer dos ramos do direito processual⁵⁰.

Analisada a instrumentalidade do processo civil, o conceito dimensional do direito de acção e o fim do processo, podemos agora partir para os caminhos do tema probatório.

⁴⁸ Cf. FREITAS, José Lebre de, *Introdução ... op. cit.*, p. 228.

⁴⁹ Cf. Exposição de motivos do novo CPC 2014, 33.ª ed., Miguel Mesquita (organização), Almedina, p. 15.

⁵⁰ JÚNIOR, Fredie Didier - *Curso de Direito ... op.cit.*, p. 21 e 22.

CAPÍTULO II

A FASE INSTRUTÓRIA - PROVA

1. A prova; 1.1. Teoria Geral da prova: definição, objecto e função; 1.2. O meio, a fonte e o conteúdo da prova; 1.3. Direito à prova 1.4. Limites ao direito à prova; 2. O ónus da prova no Código Civil; 2.1. A inversão do ónus da prova; 3. Produção da prova; 4. Classificação metodológica da prova; 4.1. Prova pré-constituída e prova *constituenda*; 4.2. Prova pessoal e prova real; 4.3. Prova directa e prova indirecta; 4.4. Prova representativa e prova indiciária; 5. Novidade da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho: Prova por verificações não judiciais qualificadas; 6. Prova e certeza; 7. Princípios orientadores da prova; 7.1. Princípio da livre apreciação das provas; 7.2. Princípio da aquisição processual; 7.3. Princípio do inquisitório; 7.4. Princípio da proibição da prova ilícita; 7.5. Princípio da proporcionalidade; 8. O dever de verdade das partes: Princípio da boa fé.

1. A prova

A etimologia do vocábulo “*prova*” deriva da palavra latim “*proba*”, verbo “*probare*”, definida como aquilo que serve para estabelecer uma verdade por verificação ou demonstração⁵¹.

Reproduzindo as palavras de ALESSANDRO GIULIANI, jurista e filósofo italiano, citado e defendido por LEONARDO GRECO, “toda a ciência jurídica se reduz a uma ciência das provas e que o próprio direito não existe independentemente de sua prova”⁵².

No excerto acima, é feita uma análise sintética da racionalidade da prova, mas que revela a sua posição “*estrela*” dentro de toda a ciência jurídica, e não só dentro do processo civil, sendo, por conseguinte, a fonte de inspiração do nosso estudo.

Assim CARNELUTTI⁵³ explica que noventa e nove por cento dos casos a balança da justiça passará para as mãos do juiz, *i.e.*, será o juiz [quem não vivenciou os factos trazidos pelas partes ao processo] que agora terá que conhecê-los. E como?

A resposta é simples: através da prova.

⁵¹ Cfr. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=prova>.

⁵² Cfr. GIULIANI, Alessandro, *Il concetto di prova*, Milano: Giuffrè (reedição inalterada), 1971, p. 233 *apud* GRECO, Leonardo - “*O conceito de prova*” - Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, No 4 e Ano V, No 5 - 2003-2004, p. 215.

⁵³ Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Teoria Geral do Direito*, tradução de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro, Armênio Amado Editor, Coimbra, 1942, p. 491 e 492.

A prova tem uma função primordial dentro do ordenamento jurídico, em todo o desenvolvimento do processo (desde a entrega da petição inicial até a elaboração da sentença), permitindo “*fornecer ao juiz os dados ou elementos necessários para controlar a veracidade das correspondentes afirmações das partes*”⁵⁴.

A importância da prova dentro do processo civil é de tal modo inigualável que, sem a prova, não podemos exercer a tutela dos nossos direitos. Por isso é destinada uma fase exclusiva no desenvolvimento do litígio, com vista à sua recolha e apuração, denominada de *fase de instrução* ou “*istruzione probatoria*”⁵⁵.

Nas palavras de LIEBMAN “a fase instrutória é dedicada, portanto a duas actividades distintas: a de preparação (*trattazione*) da causa, que serve para concretizar, precisar e discutir as questões controvertidas que se consideram relevantes; e a da intenção em sentido estrito ou instrução probatória, destinada a reunir as provas eventualmente necessárias para decidir as questões como foram individualizadas e discutidas”⁵⁶.

Nesse sentido, dentro da instrução probatória propriamente dita, enunciando MARINONI, o procedimento probatório tem quatro fases: a do *requerimento da prova*, a *admissão da prova*, a da *produção da prova* e a da sua *valoração*⁵⁷.

Referindo as palavras de RUI RANGEL, “a prova insere-se dentro do campo mais vasto que culmina com a instrução do processo[...]”⁵⁸. No CPC, a instrução do processo, está prevista no Título V (Da instrução do processo), cap. I, art. 410.º. Dispõe a nova lei que “*A instrução tem por objecto os temas da prova enunciados ou, quando não tenha de haver lugar a esta enunciação, os factos necessitados de prova*”⁵⁹.

⁵⁴ Cfr. ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p.190.

⁵⁵ Como descreve SANDRO MERS, no ordenamento italiano, a instrução é uma fase articulada em três fases e dotada de autonomia funcional e estrutural no âmbito do processo de conhecimento. A primeira fase, *istanza di parte*, seguida pela *ordinanza di ammissione* e, finalmente, *assunzione della prova*, fase onde se dá a produção da prova constituenda. Cfr. MERS, Sandro, *Manuale Pratico della Prova Civile prima e durante il processo*, CEDAM Padova, 2008, p. 3 e 4.

⁵⁶ Cfr. LIEBMAN, E., *Manuale di Diritto Processuale Civile*, II, 4.ª ed., Milano, 1980, p. 24 *apud* RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova...op.cit.*, p. 23.

⁵⁷ Cfr. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz, *Curso de Processo Civil, Processo Cautelar*, vol. 4, 3.ª ed. revista e atualizada, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 92.

⁵⁸ Cfr. RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova...op.cit.*, p. 23.

⁵⁹ A recente Reforma do CPC efectuou modificações na letra da lei. A norma em causa, que anteriormente estava prevista no art. 513.º, intitulado como objecto de prova, tinha a seguinte redacção: “*A instrução tem por objecto os factos relevantes para o exame e decisão da causa que devam considerar-se controvertidos ou necessitados de prova.*”

É importante salientar que, com a reforma operada em 2013⁶⁰, tendo em conta a linha de pensamento do processo civil moderno, a prova ganha um novo contorno na *praxis judiciária*, pois devem ser enunciado os *temas da prova* já na audiência prévia, que passa a ser obrigatória⁶¹ (vide arts. 591.º e 596.º, n.º 1).

Outrossim, a jurisprudência defende que, “*a prova domina todo o processo declarativo, pois a sentença (que lhe põe termo) assenta necessariamente na prova. Dada a importância da prova, ela constitui o ponto central do processo e, conseqüentemente, do direito processual. Por isso, «Em sede de prova, o direito ao processo equitativo implica a inadmissibilidade de meios de prova ilícitos, quer o sejam por violarem direitos fundamentais, quer porque se formaram ou obtiveram por processos ilícitos»*”⁶².

A jurisprudência chama-nos a atenção para um problema que analisaremos mais a frente, relevante em nosso estudo - “*as provas ilícitas e a sua admissibilidade no processo*” - que, apesar de sua escassa doutrina interna e até estrangeira, têm levantado questões práticas pertinentes nos tribunais.

1.1. Teoria geral da prova: definição, objecto e função

A definição legal da prova está prevista no direito substantivo, desde logo, no art. 341.º do CC, que determina, do seguinte modo, a função das provas: “*As provas tem por função a demonstração da realidade dos factos*”.

⁶⁰ Sobre a recente Reforma envolvendo a nova organização judiciária resultante da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto e do Decreto-Lei n.º 49/2014, de 27 de março, cfr. MESQUITA, Miguel, “*A metamorfose do Futuro Tribunal de Comarca*”, Almedina, Coimbra, 2014. Também sobre a nova Lei de organização do sistema judiciário, Vide COSTA, Salvador de, “*Organização Judiciária*”, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 73, Lisboa, 2013, p. 449 e ss..

⁶¹ “...porquanto só não se realizará nas ações não contestadas que tenham prosseguido em regime de revelia inoperante e nas ações que devam findar no despacho saneador pela procedência de uma exceção dilatória, desde que esta tenha sido debatida nos articulados” (art. 592.º). Cfr. Exposição de motivos do novo CPC 2014, 33.ª ed., Miguel Mesquita (organização), Almedina, p. 19. Sobre a gestão inicial do processo e a audiência prévia, cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, “*Notas breves sobre o Código de Processo Civil de 2013*” in Revista da Ordem dos Advogados, ano 73, Lisboa, 2013, p. 429 - 433. Coisa diferente dos temas da prova, são os meios de prova, que devem ser indicados logo nos articulados, cfr. ORDEM DOS ADVOGADOS, “*Parecer da Ordem dos Advogados de 5 de janeiro de 2013*” in *Pareceres da O.A. sobre a Reforma do C.P.C.*, 2013, p. 1099 e 1100.

⁶² Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional de 15-06-2009.

Com efeito, CARNELUTTI observa que “*as provas são assim um equivalente sensível do facto para uma avaliação, no sentido de que proporcionam ao avaliador uma percepção mediante a qual lhe é possível adquirir o conhecimento dêsse facto*”⁶³.

Após uma análise literal do preceito legal do CC, à primeira vista retiramos que a prova surge com o *sentido de meio* para demonstração da realidade de um facto, como também afirma CASTRO MENDES, que inclui em seu entendimento qualquer meio de prova legalmente admissível⁶⁴.

A letra da lei prescreve uma enunciação clara e objectiva da função exercida pelas provas [dentro do processo], na medida que, para a demonstração dos factos [pressupondo um carácter subjetivo⁶⁵] é necessária a busca dos elementos objectivos para a convicção do julgador [*judici fit probatio*].

Deve salientar-se que o preceito normativo do CC, quando se refere aos “*factos*”, invoca também “*os indícios dos factos*” e os “*factos auxiliares*” que correspondem, v.g., à autenticidade de um documento, à credibilidade de uma testemunha, etc.⁶⁶. Nesse sentido, como defendem ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, quem invoca determinado facto, deve prová-lo⁶⁷.

Porém, não nos parece que o legislador, ao elaborar a norma, se quisesse referir apenas à prova enquanto meio, mas claro, e muito bem, à prova enquanto *resultado*. Pois será essa fusão de acepções, aliada à prova enquanto atividade, que possibilitará a convicção do julgador no momento final da atividade probatória. Vejamos.

Para compreendermos a importância atribuída à prova, RUI RANGEL explica que “é através da prova e da fase instrutória em que se encontra inserido, que repousa e se estrutura o ónus da prova e as regras de repartição”⁶⁸. Afirma o Autor que o processo e a investigação que corre dentro do mesmo, objetiva em última análise, sempre, a comprovação dos factos alegados inicialmente através da demonstração da verdade dos mesmos⁶⁹. Essa demonstração da verdade

⁶³ Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Teoria Geral do Direito...op.cit.*, p. 492.

⁶⁴ Cfr. MENDES, Castro, *Direito Processual Civil*, II vol., Lisboa, 1987, p. 661 *apud* RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova...op.cit.*, p. 24.

⁶⁵ Cfr. RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova...op.cit.*, p. 21. Sobre a função demonstrativa da prova vide TARUFFO, Michele, “*Funzione della prova: la funzione dimostrativa*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno. 51, n.º 3, Giuffrè Editore, Milano, 1997, p. 553 - 574.

⁶⁶ Cfr. LIMA, Pires de e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4º ed. revista e actualizada - com a colaboração de M. Henrique Mesquita, Coimbra editora, Coimbra, 2011, p. 305.

⁶⁷ Cfr. LIMA, Pires de e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado...op.cit.*, p. 304.

⁶⁸ Cfr. RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova...op.cit.*, p. 21.

⁶⁹ *Ibid.*

somente é possível através das provas, trazidas ao processo pelas partes, bem como, produzidas officiosamente ou requerida pelas partes ao tribunal.

A noção jurídica da prova acolhida por nós e que melhor define o seu escopo, é a defendida por ALBERTO DOS REIS, o qual afirma que “a prova é o conjunto de operações ou actos destinados a formar a convicção do juiz sobre a verdade das afirmações feitas pelas partes”⁷⁰.

Sem embargo do seu conceito jurídico, a prova pode apresentar significados diferentes, consoante o sentido a que se quer referir.

No entendimento de MANUEL DE ANDRADE, há diversas definições doutrinárias para a prova, precisamente quatro⁷¹: a prova como atividade probatória integrada por actos processuais a fim de atingir os fins próprios da instrução; a prova como resultado probatório⁷²: demonstração efectiva da realidade de um facto; a prova como motivo ou argumento probatório (*beweisgrund*): referindo-se a qualquer elemento probatório que tenha produzido a convicção do juiz; e, finalmente, a prova como meio (instrumento ou fonte de prova)⁷³.

Em oposição, para CASTRO MENDES⁷⁴, a “prova não é uma atividade, actuação, acto ou conduta, mas um resultado”, o autor acredita em prova enquanto “resultado final consistente em a verdade de factos alegados em juízo ficar demonstrada”. Caracteriza-se como uma posição mais radical, que parece não ter razão para o nosso acolhimento, visto que a prova pode ser atividade e resultado, simultaneamente, como já referimos.

Como referência, no direito comparado, a respeito do tema da prova, a doutrina espanhola divide o seu estudo em duas partes, por um lado a prova em sentido geral, o que LLUCH descreve nas palavras de MUÑOZ SABATÉ, como “*probática*”, entendida como a

⁷⁰ Cfr. REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, 3º ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 238.

⁷¹ Posição diversa defende RUI RANGEL, que sustenta que há apenas três grandes acepções possíveis para a prova: 1. prova como actividade, 2. prova como resultado e, finalmente, 3. prova como meio. Cfr. RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova...op.cit.*, p. 21 e 22.

⁷² “Nesta visão, fala-se, também de material probatório (*Beweiss-Toff*)”. Cfr. RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova...op.cit.*, p. 23.

⁷³ Cfr. ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções elementares...op.cit.*, p. 191.

⁷⁴ Inicialmente, o autor afirma que a “*noção de prova é actividade*” pois “*o processo é actividade*”. Posteriormente, o autor abandona a sua ideia inicial e passa a focar-se na acepção de prova enquanto resultado. Cfr. MENDES, Castro, *Direito Processual...op.cit.*, p. 661 *apud* RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova...op.cit.*, p. 25 e 26.

ciência e técnica direccionada a prova dos factos⁷⁵. Por outro lado, “os aspectos probatórios relacionados com a regulação da prova, o *Direito Probatório (direito probatório formal e material)*”⁷⁶.

O autor defende a linha de pensamento de JONH HENRY WIGMORE⁷⁷, quando segue essa distinção para a compreensão do tema da prova judicial: por um lado a prova em sentido geral, através da qual se busca alcançar a verdade por meio da análise dos factos recolhidos e por outro as regras processuais idealizadas para o direito⁷⁸.

Em comparativo, na doutrina italiana, SAGNOTTI⁷⁹, a respeito da prova em si, destaca que: “Qualquer prova, também a processual, deve ser fruto de um raciocínio correcto. É sob a forma de uma conclusão lógica a partir de premissas de um raciocínio inferencial lógico”. E continua o autor afirmando que: “[...]ela não deve ser o resultado de meras opções ou decisões arbitrárias do juiz. A prova deve “emergir” da razão. Mas se trata de estabelecer qual é a regra que governa a prova”.

O excerto citado *supra* pertencente à doutrina italiana, traduz em síntese o pensamento e a lógica que devemos seguir quando abordamos a temática da prova. O autor consegue explicitar o sentido intrínseco que a mesma deve conter, antes de pertencer a um qualquer processo, e o modo como deve ser adquirida ou formada, para que consiga cumprir a sua função dentro do litígio.

Feita as devidas observações acerca da prova no direito comparado, consideramos importante a posição adoptada por ANTUNES VARELA no direito interno. Para o ilustre Professor, a prova no domínio do direito não visa a demonstração lógica dos factos, como ocorre nas ciências exactas, *v.g.*, matemática, física, química, em que existe uma certeza lógica, e até

⁷⁵ Cfr. LLUCH, Abel Xavier, JUNOY, Joan Picó i, GONZÁLEZ, Manuel Richard, *La Prueba Judicial - Desafios en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso - administrativa*, Edita LA LEY, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2011, p.165.

⁷⁶ Cfr. LLUCH, Abel Xavier, JUNOY, Joan Picó i, GONZÁLEZ, Manuel Richard, *La Prueba Judicial...op.cit.*, p.165.

⁷⁷ Henry Wigmore, J. (1863-1943), nasceu em São Francisco - Califórnia, foi considerado como uma das mentes mais brilhantes no estudo do tema da prova nos Estados Unidos. Professor, Jurista, escritor e pesquisador do direito comparado, desenvolveu o conhecido “*Wigmore Chart method*”, método gráfico utilizado para a análise de evidencias legais em audiências de discussão e julgamento, disponível in <http://findingaids.library.northwestern.edu/catalog/inu-ead-nua-archon-1119>.

⁷⁸ “*La concepción de la prueba de WIGMORE se basa en una clara distinción entre la ciencia de la prueba - por ejemplo, la probática - y el Derecho probatorio.*” Cfr. LLUCH, Abel Xavier, JUNOY, Joan Picó i e GONZÁLEZ, Manuel Richard, *La Prueba Judicial...op.cit.*, p.166 e 167.

⁷⁹ Cfr. BARGI, Alfredo, GAITO, Alfredo, SAGNOTTI, Simona C., *Teoria e Prassi della prova - Profili processual - filosofici*, Universitaria, UTET Giuridica, Torino, 2009, p. 5.

mesmo, verdades absolutas. Tal não ocorre no campo do Direito, visto que a prova é considerada a partir de um grau de probabilidade. Consequentemente, a função da prova dentro do processo visa a convicção do juiz, “essencial às relações práticas da vida social (a certeza histórico - empírica)⁸⁰”. O autor refere o grau de probabilidade, o qual é formado de acordo com dois elementos, o interior e o exterior, ou seja, um *elemento psicológico*, reportado às realidades resultantes do foro psíquico, e um *elemento objectivo*, atinente aos factos decorrentes das ocorrências do mundo exterior, v.g., experiências, costumes, indícios sociais, realidade actual do tempo e do lugar, etc..

São muitos os conceitos jurídicos acerca da prova que se espalham pela doutrina interna e estrangeira. Todavia encontramos em todos a sua essencialidade estruturante enquanto figura jurídica à luz do processo, assim expressa RUI RANGEL: “a necessidade da prova é fundamental” sendo certo que, “ a sua falta ou insuficiência geradora de dúvidas sobre os factos alegados em juízo ainda que seja insuperável no plano psicológico, não recebe nem dá qualquer cobertura legal para que o juiz decida”⁸¹, na medida que o juiz terá obrigatoriamente que proferir uma decisão, seja favorável ou desfavorável, ao autor.

Quanto ao *objecto da prova*, explica CARNELUTTI, que é impossível tomar como objecto da prova apenas *factos* ou *homens* e *coisas*, acredita o Ilustre Professor que não se pode pender para um dos lados, na medida em que o objecto das provas são “*uma e outra dessas coisas conforme o ponto de vista porque foram consideradas*”⁸².

Na legislação, encontra-se explicitado no art. 410.º, prevendo a norma que, necessariamente, o seu objecto é um *facto*, de um *estado* ou de um *acontecimento*⁸³.

Como defende FERREIRA DE ALMEIDA⁸⁴, o objecto da prova confunde-se com o próprio objecto da instrução, correspondendo aos *factos controvertidos primários* e os *factos indiciários*, conforme elucida MIGUEL MESQUITA⁸⁵. São os *factos principais*, incluindo os *essenciais e complementares* (vide art. 5.º, n.º 1 e n.º 2, *al. b*)), e os *factos instrumentais*, para

⁸⁰ Cfr. VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel e NORA, Sampaio E., *Manual de processo Civil*, 2.ª ed. (Reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, Novembro 2004, p. 407 e 408 e ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções elementares...op.cit.*, p. 191 e 192.

⁸¹ Cfr. RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova...op.cit.*, p. 40.

⁸² Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Teoria Geral do Direito...op.cit.*, p. 493.

⁸³ Cfr. ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções elementares de processo Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 194. Quanto à legislação, o art. 410.º sofreu alterações comparativamente à sua anterior redacção, conforme retiramos do art. 513.º do CPC anterior, versão do DL. n.º 180/96, de 25 de setembro.

⁸⁴ Cfr. ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual Civil*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2015, p. 224.

⁸⁵ Assim, Miguel Mesquita, nas aulas do 1.º ciclo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

designar os *factos indiciários* (vide art. 5.º, n.º 2, *al. a*)), sendo certo que existem, ainda, os *factos acessórios* (*Hilfstatsachen*), “*que apenas respeitam à admissibilidade de um dado meio probatório [...]*”⁸⁶, v.g., arts. 496.º, 470.º, 444.º.

Em relação aos factos, temos de ter em atenção que existem factos que não carecem de alegação ou prova (vide art. 412.º), no que é considerado um *desvio* ao princípio do dispositivo (art. 6º), designadamente os *factos notórios*⁸⁷ e os *factos de que o tribunal tem conhecimento por meio do exercício das suas funções*⁸⁸, (vide art. 5.º, n.º 2, *al. c*)).

No entanto, explica ALBERTO DOS REIS⁸⁹ que, em sede de prova, posição que reiteramos, se por um lado, os factos notórios não carecem de prova nem alegação, por outro lado, os factos judiciais não carecendo de alegação, não dispensam a prova, visto a necessidade de ser junto ao processo documento que os comprove. E ainda afirma que, por vezes, pode acontecer que um facto judicial se transforme em facto notório, e nesse caso, dispensará tanto alegação, quanto a prova.

⁸⁶ Cfr. ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual...op.cit.*, p. 224. No mesmo sentido, cfr. ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções elementares...op.cit.*, p. 194 e 195.

⁸⁷ A letra da lei no art. 412.º, n.º 1, *in fine*, define os *factos notórios* como os factos que são de conhecimento geral, v.g., que foi decretado prisão preventiva para o antigo primeiro-ministro, José Sócrates. Vale ressaltar que um facto notório em Portugal pode não o ser em Espanha. Sobre os factos notórios, vide CALAMANDREI, Piero, “*Per la definitizione del fatto notorio*”, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol. II – Parte I, Anno 1925, CEDAM, Padova, 1925, p. 273-304; Como afirma ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, “*São factos notórios os historicamente estabelecidos*”. Cfr. “*Zivilprozessrecht*”, München, Beck, 2010, §122, III,1. *apud* FREITAS, José Lebre de, *Introdução...op.cit.*, p. 170; Também devemos ressaltar que os factos notórios não se confundem com as máximas de experiência de que o julgador faz uso na fase probatória. Cfr. FREITAS, José Lebre de, *Introdução...op.cit.*, p. 170. Segundo MARIA JOSÉ CAPELO, um facto é notório quando o juiz o conhece como tal, colocado na posição do cidadão comum, regularmente informado, sem necessitar de recorrer a operações lógicas e cognitivas, nem a juízos presuntivos. Cfr. CAPELO, Maria José, “*Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais*” in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 143, n.º 3985, Coimbra Editora, Coimbra, março/abril 2014, p. 291.

⁸⁸ Já defendia ALBERTO DOS REIS que não basta afirmar o tribunal possuir esse conhecimento, é preciso demonstrá-lo, para que fique registado no processo, e com efeito, o tribunal de recurso possa, eventualmente, pronunciar-se. Em consequência desse entendimento foi introduzido uma norma no CPC de 1939, e que, actualmente, corresponde ao art. 412.º, n.º 2, *in fine*. Cfr. ALBERTO DOS REIS, José, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 264. Os *factos de que o tribunal tem conhecimento por meio do exercício das suas funções* constituem manifestação do princípio geral da eficácia do caso julgado, art. 619.º n.º 1 ou do valor extraprocessual das provas, art. 421.º. E continua afirmando o autor que o preceito é claro e significa que o juiz “*não pode servir-se de factos de que tenha obtido conhecimento fora do exercício da sua função*”. Em síntese, o que se pretende com o preceito é “*desobrigar da prova os factos passados e provados noutra processo*”. Cfr. ALBERTO DOS REIS, José, *Código de Processo...op.cit.*, p. 264 e 265

⁸⁹ Cfr. ALBERTO DOS REIS, José, *Código de Processo...op.cit.*, p. 264 e 265

De acordo com o CPC, em regra, o direito não pode ser objecto de prova⁹⁰, (*vide* art. 5.º, n.º 3), mas devemos ter em atenção a norma do art. 348.º do CC, que inclui no *objecto da prova* certas normas jurídicas derivadas de *direito consuetudinário, local ou estrangeiro*, e consagra o princípio *iura novit curia*. Com efeito, o legislador prevê que, “*aquele que invocar direito consuetudinário, local ou estrangeiro compete fazer a prova da sua existência e conteúdo*”⁹¹, [...]. Sendo certo que o tribunal deve sempre procurar, oficiosamente, obter o respectivo conteúdo dessas normas (art. 348.º, n.º 1, *in fine*, do CC)⁹². “O n.º 1 e n.º 2 do artigo estabelecem um dever de cooperação das partes com o juiz no tocante à existência e ao conteúdo do direito estrangeiro, mas não fazem recair sobre elas um verdadeiro e próprio ónus da prova [...]”⁹³. Nos casos de conhecimento oficioso, o juiz deve determinar o conteúdo do direito e aplicá-lo *ex officio*⁹⁴. Posição semelhante encontramos na doutrina alemã, defendendo que o tribunal deve aplicar *ex officio* o direito estrangeiro, inclusive, investigar por sua iniciativa o respectivo conteúdo (§ 293 do ZPO)⁹⁵.

Feita uma análise sumária do conceito e do objecto da prova, resta concluir que as provas são produzidas ou trazidas para análise dentro do processo com a função primordial de *demonstração da verdade dos factos* alegados pelas partes, *o autor e réu*, para a convicção do juiz, como prescreve o art. 341.º do CC. Por esse motivo, a prova, regra geral, se reconduz à

⁹⁰ Cfr. ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual...op.cit.*, p. 225.

⁹¹ A letra da lei aponta para a “*admissibilidade de qualquer meio de prova idóneo para esclarecimento do tribunal*”. Nesse sentido, Ac. Rel. de Évora de 10-01-1980 *in* Boletim do Ministério da Justiça, 295º - 481 *apud* NETO, Abílio, *Código Civil Anotado* - 17.ª ed. revista e actualizada, Ediforum, Lisboa, 2010, p. 303.

⁹² Sobre o conhecimento oficioso, a respeito do objecto da prova, dispõe o art. 348.º, n.º 2 do CC, que “*incumbe também ao tribunal, sempre que este tenha de decidir com base no direito consuetudinário, local ou estrangeiro, e nenhuma das partes o tenha invocado, ou a parte contrária tenha reconhecido a sua existência e conteúdo ou não haja deduzido oposição.*”

⁹³ Cfr. NETO, Abílio, *Código Civil...op.cit.*, p. 303.

⁹⁴ No direito positivo português, o direito estrangeiro aplicado será em função das normas de conflitos portuguesas, que assim determinará o direito competente, e consequentemente aplicado oficiosamente pelo tribunal, independentemente da invocação das partes. Cfr. FERRER CORREIA, DIP, 1969, p. 710 *apud* NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 17.ª ed. revista e actualizada, Ediforum, Lisboa, 2010, p. 303. “*Na França, os tribunais não aplicam por via de regra o direito estrangeiro oficiosamente[...]*”. Cfr. MACHADO, João Batista, *Lições de Direito internacional privado*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 247. Sobre a obtenção de provas no estrangeiro, cfr. CASANOVA, J. F. Salazar, “*Cooperação Judiciária Europeia no Domínio da Obtenção de Provas*”, *SCIENTIA IVRIDICA*, *in* Revista de direito comparado português e brasileiro, Universidade do Minho, Tomo LIII, n.º 298 - Janeiro/ Abril, 2004.

⁹⁵ Cfr. MACHADO, João Batista, *Lições de Direito...op.cit.*, p. 247.

matéria de facto, e nunca à matéria de direito (salvo o art. 348.º do CC, referido *supra*)⁹⁶. Consequentemente o que releva para o julgador são as “*ocorrências do mundo exterior*” e o “*resultado do foro psíquico*” das pessoas.

Em abono do exposto, ALBERTO DOS REIS distingue as questões de facto e as questões de direito da seguinte forma, “é questão de facto tudo o que tende a apurar quaisquer ocorrências da vida real, quaisquer eventos materiais e concretos, quaisquer mudanças operadas no mundo exterior”. E por sua vez, “é questão de direito tudo o que respeita à interpretação e aplicação da lei ”⁹⁷.

À luz dos conceitos apresentados, observamos a importância que a *prova* reveste, de tal modo que a sua ausência implicaria a impossibilidade de se obter a demonstração dos factos e o respectivo conhecimento sobre qual das partes pertence o direito material em litígio. Sem as provas, teríamos um processo morto, o que significa dizer que as provas são o “*coração*” do processo.

1.2 O meio, a fonte e o conteúdo da prova

O *meio de prova*, sendo umas das perspectivas que tomamos em consideração para o nosso estudo, pode ser definido como a forma escolhida, a requerimento das partes ou do juiz, para se alcançar um resultado probatório.

Como refere LEBRE DE FREITAS, de acordo com um moderno processo civil, fundamentalmente a prova pode ser tomada como *meio* ou como *resultado*⁹⁸. Em abono desta teste, vejamos: a prova testemunhal (art. 495.º e ss.), *v.g.*, é um *meio* de prova e que tem como *resultado* o depoimento testemunhal. Da mesma forma, *v.g.*, a prova pericial (art. 467.º e ss.) é outro *meio* de prova, o qual origina um *resultado*: o relatório pericial (prova como resultado). Não obstante, para o Autor⁹⁹, a prova enquanto *meio* se dividiria em duas perspectivas: uma

⁹⁶ A mesma lógica era seguida no “*antigo questionário*” que só poderia conter questões de facto, jamais questões de direito. Cfr. VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel e NORA, Sampaio E., *Manual de Processo...op.cit.*, p. 405 e 406.

⁹⁷ Cfr. ALBERTO DOS REIS, José, *Código de Processo...op.cit.*, p. 206 e 207.

⁹⁸ Cfr. FREITAS, José Lebre de, *A ação Declarativa Comum - À luz do Código de Processo Civil de 2013*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 201.

⁹⁹ *Ibid.*

perspectiva estática e uma perspectiva dinâmica. Dentro da perspectiva estática, encontraríamos a *fonte de prova* e a perspectiva dinâmica estaria manifestada pelo *factor probatório*¹⁰⁰.

Na doutrina estrangeira, destacamos LUIZ WAMBIER e EDUARDO TALAMINI, que defendem que os meios de prova são as diversas modalidades pelas quais a constatação sobre a ocorrência ou inoocorrência dos factos chega até ao juiz¹⁰¹.

A doutrina italiana ainda distingue o chamado “*argomenti di prova*”¹⁰² que não é a prova real, mas elementos de avaliações de outros elementos de prova, em que o tribunal não pode basear exclusivamente a sua crença na falta de outras provas.

Após análise dos meios de prova, podemos concluir que a *fonte de prova* se caracteriza como o elemento a partir do qual o juiz chegará ao conhecimento ou verificação de um facto, podendo ser uma pessoa ou uma coisa¹⁰³, *v.g.*, na *prova testemunhal* a fonte de prova é uma pessoa (terceiro) que possua capacidade para depor como testemunha¹⁰⁴ (*vide* art. 495.º, n.º 1); na *prova por documentos*, a fonte de prova é uma coisa, planta, objecto [traduzido por definição num documento que pode ser, *v.g.*, um CD, registo PDF, chip electrónico, fotografias, registo fonográfico, cinematográfico (art. 428.º)], (*vide* art. 423.º e ss.).

Finalmente, chegamos ao *conteúdo da prova*. Trata-se do *resultado probatório* conseguido através do uso dos diversos meios de prova previstos na lei, partindo de uma fonte de prova. Vale salientar que algum entendimento descreve o resultado probatório como *factor probatório*¹⁰⁵, e defende que o meio de prova tornar-se-ia factor probatório à medida que houvesse a revelação ou manifestação dos factos. Em todo o caso, são expressões sinónimas que apenas diferem em sua terminologia e não nos parece terem pertinência jurídica na prática.

¹⁰⁰ Cfr. MENDES, João de Castro, *Do conceito de prova em Processo Civil*, Lisboa, Àtica, 1961, p.178 e 252-253 *apud* FREITAS, José Lebre de, *A ação Declarativa...op.cit.*, p. 201.

¹⁰¹ Cfr. WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo, *Curso Avançado de Processo Civil, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, Vol. 1, 12.ª ed., Editora Revistas dos Tribunais - RT, São Paulo, 2012, p. 495.

¹⁰² Cfr. MERS, Sandro, *Manuale Pratico...op.cit.*, p. 3.

¹⁰³ Cfr. No mesmo sentido, cfr. FREITAS, José Lebre de, *A ação Declarativa...op.cit.*, p. 201.

¹⁰⁴ Ressalvamos que se a pessoa for parte na causa, aplicar-se-á o art. 496.º, que trata dos impedimentos para depor como testemunha. Nesse caso em particular, a parte (ou seu representante legal, art. 453.º, n.º 2) não pode depor como testemunha, aplicando o regime do art. 466.º ou do art. 452.º do mesmo diploma, nos casos em que o juiz determina a comparência pessoal das partes para prestação de depoimento, informações ou esclarecimentos. Cfr. arts. 453.º e 454.º. Sobre a prova testemunhal, *vide* MERS, Sandro, *Manuale Pratico...op.cit.*, p. 169 e ss..

¹⁰⁵ Cfr. FREITAS, José Lebre de, *A ação Declarativa...op.cit.*, p. 203.

1.3. Direito à prova

O direito à prova surge como uma consequência natural da garantia constitucional prevista no supracitado art. 20.º, n.º 1, da CRP (*acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva*), mas também, por outro lado, surge “como uma emanção dos direitos, liberdades e garantias que merecem tutela constitucional”¹⁰⁶. Nesse sentido, o *direito à prova* é, do mesmo modo, tomado com um direito fundamental, conferido às partes ao abrigo do *princípio geral de acesso ao direito e aos tribunais*, previsto na letra da lei.

Sendo considerado um corolário deste direito, por identidade e maioria de razão, ambos co-existem, tornando-se visível a íntima relação com o *exercício do direito de acção* [e defesa¹⁰⁷] e a *tutela jurisdicional efectiva*.

Outrossim, na Itália e na Alemanha defende-se, perante as normas constitucionais desses países, o *direito à prova* em processo civil como um afloramento do *direito de acção e defesa*¹⁰⁸.

Para TARUFFO, o *direito à prova* significa “o direito da parte de utilizar todas as provas de que dispõe, de forma a demonstrar a verdade dos factos em que sua pretensão se funda”¹⁰⁹. Por seu turno, WALTER¹¹⁰ enuncia que do conteúdo do *direito à prova* constam, entre outros aspectos, o direito de alegar factos no processo, o direito de provar a exactidão ou inexactidão dos mesmos, defendendo o autor que se faça através de qualquer meio de prova (contra a taxatividade dos meios de prova) e o direito de participação na produção da prova.

A jurisprudência portuguesa defende e acompanha no mesmo sentido, afirmando que “o *direito de acesso a justiça comporta, indiscutivelmente, o direito à produção de prova [...]*”¹¹¹, conferindo às partes, não só o acesso aos tribunais e a tutela jurisdicional efectiva, como também

¹⁰⁶ De acordo com RUI RANGEL, essa garantia se materializa no momento em que as partes conflituantes, querendo, fazem uso dos meios de prova que a lei coloca à disposição, por via da acção e da defesa. Cfr. RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova ...op.cit.*, p. 75. Para maior desenvolvimento do direito à prova, cfr. JORGE, Nuno Lemos, “*Direito à prova: brevíssimo roteiro jurisprudencial*”, in *Julgar*, n.º 6, Lisboa, 2008, p. 99 - 106.

¹⁰⁷ “*Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o carácter instrumental de protecção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a protecção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade.*” Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed. revista, Livraria Almedina, Coimbra, 2003, p. 520.

¹⁰⁸ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op. cit.*, 69.

¹⁰⁹ Cfr. TARUFFO, M., “*Il Diritto alla prova nel processo civile*”, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 77 e 78 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op. cit.*, 70.

¹¹⁰ Cfr. WALTER, G., “*Il diritto alla prova in Svizzera*”, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.* 1991, p. 1198 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op. cit.*, 70.

¹¹¹ Neste sentido, Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 30-06-2011, disponível em www.dgsi.pt.

a *faculdade de apresentação de prova em juízo*. A jurisprudência entende que o *direito à prova* é um direito *intrínseco* ao direito de acesso aos tribunais e a tutela jurisdicional efectiva, considerando que um não poderia existir sem o outro. Esse é um entendimento bastante antigo, que se fez sedimentando na jurisprudência portuguesa, e advém do Tribunal Constitucional, mediante decisão proferida pelo Ac. n.º 86/88 (D.R. II série, de 22-08-1988). Já nesta altura, o Tribunal Constitucional entendia ser o *direito à prova* um direito decorrente do direito de acção, bem como o direito de cada uma das partes oferecer as suas provas, controlar a parte contrária e discutir dentro do processo sobre o valor atribuído e o resultado concreto das mesmas¹¹².

Nas palavras de RUI RANGEL, “o direito à prova significa que as partes conflituantes, por via da acção e da defesa, têm o direito a utilizarem a prova em seu benefício e como sustentação dos interesses e das pretensões que apresentaram em tribunal”¹¹³.

Bem verdade que essa garantia, colocada à disposição das partes, confere ainda a faculdade de escolha do meio de prova que melhor lhes aprouver, para a realização da prova de um facto ou mais¹¹⁴. Situação diversa ocorre no código actual quanto ao momento da apresentação das provas. No caso da *prova por documentos*, por exemplo, com a nova reforma, o legislador aperta as regras de apresentação e produção de provas, salvo o art. 423.º, n.º 1, o qual permanece inalterado. É o caso do art. 423.º, n.º 2, que limita o prazo “até 20 dias antes da data em que se realize a audiência final”¹¹⁵. E do n.º 3, do mesmo artigo, que indica uma maior limitação, na medida em que prescreve que, “após o limite temporal previsto no número anterior, só são admitidos os documentos cuja apresentação não tenha sido possível até àquele momento, bem como aqueles cuja apresentação se tenha tornado necessária em virtude de ocorrência posterior”¹¹⁶.

Devemos ainda salientar as consequências, decorrentes do *direito à prova*, que recaem sobre as partes, tanto no exercício do direito de acção, como no direito de defesa.

A primeira delas, prevista no art. 413.º, está relacionada com as *provas atendíveis pelo tribunal*, devendo o magistrado tomar em consideração todas as provas produzidas, e com o

¹¹² Cfr. RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova...op.cit.*, p. 76.

¹¹³ *Ibid.*, p. 75.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 75.

¹¹⁵ No CPC de 1961, a apresentação dos documentos tinha um prazo mais alargado. Caso não fossem apresentados com o articulado, o legislador permitia a apresentação até o encerramento da audiência final em 1.ª instância. Cfr. art. 523.º n.º 2 do diploma. Sobre a importância do documento como meio de prova, cfr. SAMPAIO, J. M. Gonçalves, *A prova por documentos particulares - Na doutrina, na Lei e na Jurisprudência*, 3.ª ed. actualizada e ampliada, Almedina, janeiro 2010, 65-67.

¹¹⁶ Sobre os efeitos da apresentação posterior de documentos, *vide* arts. 424.º e 425.º do CPC.

direito das partes à aquisição das provas admitidas no processo (*princípio da aquisição processual*). No mesmo sentido em Itália, TARUFFO defende que, *o direito à prova* não teria de facto sentido algum, se não estivesse relacionado directamente com o direito à aquisição da mesma pelas partes, uma vez consideradas “*provas admissíveis e relevantes*”¹¹⁷.

Em consequência dessa previsão, nasce o direito de contradizer as provas apresentadas pela parte contrária¹¹⁸ ou reunidas oficiosamente pelo tribunal¹¹⁹ - resultando no *direito da prova contrária*¹²⁰. Ou seja, a parte tem o direito de provar que os factos articulados pelo autor não são verdadeiros.

Com igual relevância, surge a terceira consequência que aponta para o dever de o juiz valorar todas as provas produzidas, à luz do *princípio da livre apreciação das provas*, no sentido do art. 607.º, n.º 5. Aliás, o legislador prevê os critérios no art. 607.º, n.º 4, mantendo a mesma linha de entendimento com a recente reforma de 2013, onde o juiz deve fundamentar, dentro desses moldes, a sentença final. De acordo com a norma, na fundamentação da sentença surge uma obrigatoriedade de motivação da decisão de facto, prevendo que o juiz “*declara quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados, analisando criticamente as provas, indicando as ilações tiradas dos factos instrumentais e especificando os demais fundamentos que foram decisivos para a sua convicção*”¹²¹. O *princípio da livre apreciação das*

¹¹⁷ Cfr. TARUFFO, M., “*Il Diritto alla prova nel processo civile*”, in Riv. dir. proc., 1984, p. 92 *apud* RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova...op.cit.*, p. 75.

¹¹⁸ Coisa diferente é o ónus da contraprova, que ocorre quando a parte onerada com a prova consegue fazer prova bastante, por ela mesma, obrigando agora a parte contrária a ter que fazer prova capaz de criar dúvida no espírito de convicção do julgador. “Não precisa de provar que tais factos não são verdadeiros.” Cfr. RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova...op.cit.*, p. 201. Para GONÇALVES SAMPAIO, a “contraprova” e “prova do contrário” são conceitos distintos e visam coisas diferentes. Segundo o Autor, a *contraprova* surge como o oposto da prova de um facto; a prova do contrário pretende-se demonstrar que não é verdadeiro um facto já demonstrado por meio de prova legal plena.” Cfr. SAMPAIO, J. M. Gonçalves, *A prova por documentos...op.cit.*, p. 51 e 52.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 75.

¹²⁰ “... que tem como fundamento demonstrar que determinado facto que foi provado, não é verdadeiro”. Cfr. RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova...op.cit.*, p. 201.

¹²¹ Sobre o juízo de facto e a valoração da prova na motivação da sentença, *vide* TARUFFO, Michele, “*La Prueba, Artículos y Conferencias*”, in Monografías jurídicas Universitas, Editorial Metropolitana, Santiago, 2008, p. 32 e ss.; Ainda sobre a motivação da decisão do juiz, *vide* TARUFFO, Michele, “*Note sulla garanzia costituzionale della motivazione*”, in Boletim da Faculdade de Direito - Vol. 55, Coimbra, 1979, p. 29 - 38; Em análise ao conteúdo normativo, RUI RANGEL perflha a ideia de que “*em sede decisão da matéria de facto o tribunal devia [deve] evitar as respostas secas, frias e dogmáticas.*” Outrossim, “*...deviam [devem] ser fundamentadas com clareza e objectividade de maneira que as partes se apercebessem [apercebam] das razões e motivos pelos quais o juiz formou a sua convicção.*” Cfr. RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova...op.cit.*, p. 76 [grifo nosso].

provas relaciona-se com a classificação doutrinal da *prova livre*, que proporciona elementos para a reconstituição da verdade material¹²².

Como destaca ISABEL ALEXANDRE¹²³, embora não seja fácil a sua determinação na prática, o direito à prova apresenta “*limites intrínsecos*”, e como outros direitos não pode ser concebido pelo ordenamento jurídico de maneira absoluta.

1.4. Limites do direito à prova

Quando falamos em limitações do direito à prova, referimo-nos às *proibições de prova* admitidas na lei e na doutrina, que reduzem o campo de aplicação do direito à prova. Nesse sentido, percebemos que o direito à prova não pode ser tomado por um direito absoluto na sua essência, e que por isso, sofrerá restrições.

Como adverte PELLEGRINI GRINOVER¹²⁴, no campo das proibições de prova, importa considerar a natureza processual ou substancial que estas revistam: está em causa uma proibição de prova processual “quando for colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo”; tem natureza substancial quando “é colocada essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo”, embora consiga atingir de forma mediata interesses processuais.

A matéria de *proibições de prova* assume uma particular relevância no processo penal, como uma trave importante na descoberta da verdade imposta pelo Estado de Direito. Esse processo foi marcado pelo pioneirismo de BELING¹²⁵, quando em 1903 o jurista alemão iniciou o seu estudo sobre as *proibições de prova* enquanto limites à descoberta da verdade em processo penal¹²⁶. Infelizmente, nesta altura o tema não era observado como relevante, e somente anos mais tarde despertou o interesse dos demais juristas quando a matéria foi ressaltada na lei, na jurisprudência e na doutrina com a introdução de uma norma no direito alemão relativa aos

¹²² Cfr. ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual...op.cit.*, p. 241.

¹²³ Nesse sentido é a interpretação dada ao art. 6.º, n.º 3, *al. d*), da CEDH, que embora refira-se ao processo penal, se tem considerado aplicável ao processo civil, consagrando implicitamente o direito à prova. Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op. cit.*, 73.

¹²⁴ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas, interceptações e escutas*, 1.ª edição, Gazeta Jurídica Editora, Brasília, 2013, p.598.

¹²⁵ Ernst Ludwig von BELING (Glogau, 19 de junho de 1866 — Munique, 18 de maio de 1932), foi um jurista alemão, especializado no direito penal, disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Ernst_von_Beling .

¹²⁶ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 46.

métodos proibidos de interrogatório, o §136 a StPO. Tal dispositivo foi inspirado nos valores humanistas recuperados pela Constituição (*Grundgesetz*), com a queda do regime nazi¹²⁷.

As proibições de prova não incidem sobre o momento da valoração das provas, mas sobretudo, em um *momento anterior*. Nomeadamente, representam limitações à busca da verdade, eis a diferença quanto à prova legal.

Ressalta ISABEL ALEXANDRE¹²⁸ que, com a concepção de BELING, diferenciando as *proibições de prova* das regras negativas de prova (*prova legal*), coloca-se a possibilidade de autonomizar o conceito de *prova proibida* em relação ao de *prova inadmissível*. De forma que a *prova inadmissível* referindo-se à prova que, por qualquer razão legal, não pode ser admitida no processo, difere-se da *prova proibida*, onde nem sequer surge tal problema, visto relevar em momento anterior ao da valoração, situando-se na própria produção da prova, representando limites à busca da verdade.

Como defende COSTA ANDRADE¹²⁹, o fundamento das *proibições de prova* aponta para dois fins em essencial, “[...] assegurar a inviolabilidade do núcleo irredutível dos direitos fundamentais dos cidadãos [...]; preservar a estrutura fundamental do próprio modelo processual [...]” e, como refere ISABEL ALEXANDRE¹³⁰, qualquer um dos dois objectivos está também presente em processo civil.

A doutrina não é unânime quanto a uma classificação conceitual, *i.e.*, do que se deve considerar inserido no conceito para efeitos de proibições de prova. Assim, há autores que generalizam o conceito, defendendo uma classificação exaustiva como DENCKER¹³¹, o qual enumera, entre outras, as mais comuns, *v.g.*, proibições absolutas e relativas, condicionais e incondicionais, processuais e gerais, proibições de produção e proibição de valoração de prova, etc. Todavia, como refere o autor¹³², a doutrina maioritária emprega o conceito de proibição de prova basicamente em três sentidos: primeiramente, retira uma limitação legal quanto à produção e quanto à valoração; depois, outra parte da doutrina refere-se a apenas a uma

¹²⁷ *Ibid.*, p. 47.

¹²⁸ *Ibid.* p. 48

¹²⁹ Cfr. ANDRADE, Costa, “*Parecer*”, C 1981, Tomo I, p. 8 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 48.

¹³⁰ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 48.

¹³¹ Cfr. DENCKER, F., “*Verwertungsverbote im Strafprozess (Ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverbote)*”, 1977, p. 1 e 2 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 50.

¹³² DENCKER, F., “*Verwertungsverbote...op.cit.*, p. 4 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 51.

limitação quanto a produção da prova; e por último, uma proibição da produção da prova e cuja violação determina a proibição de valorar a mesma.

Esta última classificação parece ser a defendida pela escola penalista de Coimbra, representada por FIGUEIREDO DIAS¹³³, talvez a posição mais acertada em nossa opinião, mas que não encontra acolhimento por parte de ISABEL ALEXANDRE¹³⁴, na medida em que a autora escolhe a primeira classificação referida por DENCKER, que acredita ser a classificação correcta por ser a mais abrangente: “assim a proibição de prova pode ser entendida, ora como uma limitação legal à produção da prova, ora como uma limitação legal a valoração da prova”.

No direito brasileiro, a propósito da legislação penal, encontramos exemplos desses limites no CPP, v.g., os arts. 155.º, 206.º, 207.º, etc. Como explica PELLEGRINI GRINOVER¹³⁵, “as grandes linhas evolutivas dos direitos fundamentais, após o liberalismo, acentuaram a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inserido na sociedade. De tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado social de direito, tanto os direitos como as suas limitações”. No processo civil, encontramos o art. 369.º do novo CPC brasileiro, o qual consagra um *limite ao direito à prova*, na medida em que o legislador concebe “*que são inadmissíveis meios de provas moralmente ilegítimos*”, fazendo uma leitura negativa da lei.

Na Alemanha, como assinala TROCKER¹³⁶, a possibilidade de se retirarem proibições de prova da Constituição foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal Alemão (*Bundesgerichtshof*), num acórdão de 1954¹³⁷, o qual reconhece a existência de um direito geral de personalidade e a susceptibilidade de violação dos direitos fundamentais por entidade públicas e por particulares, bem como sustenta a eficácia directa dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o que resultou na explícita admissão da existência de proibições de prova constitucionais.

¹³³ Cfr. DIAS, Figueiredo, “*La protection des droits de l’homme dans la procédure pénale portugaise*” in BMJ, 1979, p. 184 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 51.

¹³⁴ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 52.

¹³⁵ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 414.

¹³⁶ Cfr. TROCKER, N., *Processo Civile e Costituzione (Problemi di diritto tedesco e italiano)*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 576-578 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 109 e 110.

¹³⁷ Cfr. BGH, ac. de 25-05-1954, JZ 1954, p. 698 ss. *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 109-110.

Porém ressalva COSTA ANDRADE¹³⁸, a respeito do direito positivo alemão, que o mesmo “está longe de dar expressão congruente a um programa de salvaguarda dos bens jurídicos coenvolvidos no processo”, na medida em que só houve um maior desenvolvimento estabilizado e congruente, quanto às agressões por particulares, nomeadamente, quanto aos bens jurídicos atinentes à *reserva da vida privada e ao segredo*, aflorando na *proibição*, consensualmente reconhecida, *da valoração das gravações ilícitas e diários íntimos*.

Nesta senda, o ordenamento jurídico português tenta acompanhar no sentido da tutela do bens jurídicos com a consagração expressa dos *métodos proibidos de prova*, no art. 126.º do CPP, e consagra, para o processo civil, também, uma limitação do direito à prova para defesa de direitos fundamentais, presente no art. 417.º, n.º 3, e no art. 490.º, n.º 1, com a salvaguarda dos bens jurídicos protegidos pela constituição.

2. O ónus da prova no Código Civil

A definição dos contornos jurídicos do *ónus da prova* é considerada por todos os doutrinadores como uma das tarefas mais árduas.

Devido à separação concreta dos conceitos realizada pela doutrina dos *princípios do dispositivo* (art. 6.º) e *inquisitório* (art. 411.º), essa tarefa tornou-se ainda mais complexa e, consequentemente, a aplicação das regras respeitantes ao *ónus da prova* (*vide* art. 342.º e ss., do CC).

ALBERTO DOS REIS¹³⁹ defende que há um risco quando tratamos do ónus da prova, que se revela inerente à falta ou insuficiência de prova e que se traduz em a parte ver desatendido o seu pedido e resulta na questão de saber quem deverá suportar o risco em cada caso concreto. A resposta passa pelo critério subjectivo do ónus da prova, *i.e.*, suporta o risco a parte sobre a qual pesava o respectivo ónus¹⁴⁰.

Com efeito, PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA apontam para o *critério de normalidade*. Os autores defendem que, “*aquele que invoca determinado direito tem de provar*

¹³⁸ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, Coimbra editora, Coimbra, 2013, p. 184 e 185.

¹³⁹ Cfr. REIS, José Alberto dos, *Código de Processo...op.cit.*, p. 272.

¹⁴⁰ *Ibid.* p. 274.

os factos que normalmente o integram; a parte contrária terá de provar, por seu turno, os factos anormais que excluem ou impedem a eficácia dos elementos constitutivos”¹⁴¹.

RUI RANGEL¹⁴² assinala que o juiz não é apenas um intérprete que subsume às normas o caso concreto, *passivo e inerte*¹⁴³, pois esta posição não se adequa à dinâmica processual actual, sendo certo que a verdade é pressuposto para a prova e segundo MITTERMAIER¹⁴⁴ a verdade materializa-se na “concordância entre um facto ocorrido na realidade sensível e a ideia que fazemos dele”, logo em princípio, normalmente quem invoca um direito tem de o provar, promovendo o respeito pelo *princípio da igualdade*¹⁴⁵, entre o autor e réu dentro do processo. Assim demonstra a definição legal do ónus da prova, que encontramos consagrado no art. 342.º do CC: “*aquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado*”¹⁴⁶.

Como refere alguma doutrina, a Reforma processual civil, operada pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, no que diz respeito à aplicação das regras do *onus da prova*, produziu uma certa compressão ou até adaptação, face ao novo regime processual¹⁴⁷.

¹⁴¹ Cfr. LIMA, Pires de e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª ed. revista e actualizada - com a colaboração de M. Henrique Mesquita, Coimbra editora, 2011, Coimbra, p. 306.

¹⁴² Cfr. RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova...op.cit.*, p. 17.

¹⁴³ Concepção de processo social ultrapassada pelo moderno processo civil, como defende GIOVANNI VERDE, *o juiz não pode existir no processo como uma divindade inatingível e destacada*. Cfr. VERDE, Giovanni, “*Postilla*”, *Rivista de Diritto Processuale*, Anno 59 (Seconda Serie) - n.º 2, CEDAM, Padova, 2004, p. 582.

¹⁴⁴ Cfr. MITTERMAIER, C.J., *Tratado da Prova em matéria criminal*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1879, p. 78 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz, *Prova, ...op.cit.*, p. 25.

¹⁴⁵ Consagrado no art. 13.º da CRP e no art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

¹⁴⁶ Aspecto interessante é a crítica realizada por BARBOSA MOREIRA ao CC brasileiro, na medida que a matéria do ónus da prova não é consagrada no respectivo corpo normativo, à semelhança do que acontece em Portugal e na Itália, logo sendo consagrado apenas no art. 373º do novo CPC brasileiro. Cfr. MOREIRA, José Carlos Barbosa, “*Anotações sobre o título “da prova” do novo código civil*” in *Temas de Direito Processual* (nona série), Editora Saraiva, São Paulo, 2007, p.142; Em Itália, o CC italiano (LivroVI, Título II, DA PROVA) inicia o Título da prova com a disposição sobre o ónus da prova, prevendo no art. 2697º : “*Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda*”. Sobre o ónus da prova vide CARNELUTTI, Francesco, *Teoria Geral do Direito*, tradução de A. Rodrigues Queiró, Artur Alnselmo de Castro, Armênio Amado Editor, Coimbra, 1942, p. 508-511; MERS, Sandro, *Manuale Pratico...op.cit.*, p. 14-16. Ainda na doutrina Italiana, COMOGLIO enuncia que o art. 2697.º do CC italiano, atrás mencionado, consagra o *princípio geral do ónus da prova*, explicando o Autor que a regra existente procura delinear uma distinção mais precisa e refinada quanto a distribuição. “O legislador de 1942 procurou conscientemente generalizar e estender o escopo da nova norma, ancorando a regra de repartição do ónus da prova para uma mais ampla distinção tipologica do *fatti giuridicci para tentar*, [cuja relevância se manifesta primariamente à nível substancial], integrar as diversas *fattispecie* prevista pela lei”. Cfr. [grifo nosso] CAVALLONE, Bruno, *Il giudice e la prova nel processo civile*, in *Processo e Giudizio*, Vol. III, CEDAM, Padova, 1991, p. 249 - 251.

¹⁴⁷ Cfr. NETO, Abílio, *Código de Processo Civil Anotado*, 3.ª ed. revista e actualizada, Ediforum, Lisboa, maio/2015, p. 31.

No direito comparado, como defendem LUIZ WAMBIER e EDUARDO TALAMINI, o *onus da prova* consiste na atribuição de determinada incumbência a um sujeito no interesse desse próprio sujeito¹⁴⁸. Também para DIDIER JR., a expressão “*onus da prova*” refere de forma sintética sobre quem recai o encargo de provar em caso de ausência de prova de determinado facto¹⁴⁹.

O *onus da prova* reveste-se de maior importância. Não se trata apenas de meras regras processuais sobre a distribuição de encargos probatórios. Muitas vezes, no processo, apesar do esforço das partes em provar os factos alegados, não se tem sequer o conhecimento de determinada prova ou a mesma é revestida de especial dificuldade¹⁵⁰. Nesta senda, questionamos quem terá a obrigação de fazer a prova de determinado facto?

O *onus da prova* exerce uma *função distributiva*, porém possui também uma *função decisória*. Esta sim, como o nome sugere, influencia a decisão de mérito. O *onus da prova* incide no processo como uma *regra de julgamento*, e nesse sentido o juiz irá decidir contra quem tinha o *onus de provar* e não o fez. Trata-se da lógica utilizada pelo juiz no momento oportuno em que é necessário valorar o *thema probandum*. Caracterizado como o sistema do *onus da prova legal*, o legislador consagra *a priori* a quem recai o encargo de provar determinado facto, o que, sem dúvida, constitui uma importante ferramenta na hora do julgador proferir a sua decisão, quando não haja a prova de determinado facto *sub judice*.

É pacífico na doutrina a posição exposta acima, de modo que o *onus da prova* destaca-se pela sua relevância como uma norma de julgamento, o que acentua o seu aspecto objectivo¹⁵¹. E em que momento poderia ser feito uso de tais regras?

Descreve DIDIER JR. que são regras de aplicação subsidiária, *i.e.*, somente utilizadas quando haja a necessidade de provar um facto de que a princípio não se tem registo¹⁵².

¹⁴⁸ Cfr. WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo, *Curso Avançado...op.cit.*, p. 504.

¹⁴⁹ Cfr. JÚNIOR, Fredie Didier, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael, *Curso de Direito Processual Civil, Direito Probatório, decisão Judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*, Vol. II Editora PODIVM, Bahia, 2007, p. 55; Para maior desenvolvimento das “cargas” probatórias, *vide* PEYRANO, Jorge W., *Cargas Probatorias Dinámicas*, 1.ª ed., 1.ª reimpressão, Rubinzal - Culzoni Editores, Argentina, 2008.

¹⁵⁰ Cfr. Ac. do Tribunal Constitucional, nº 78/03 de 12-2-2003, proc. nº 512/2002 - o qual afasta a inconstitucionalidade da norma do art. 342.º do CC, nos casos de especial dificuldade de prova de determinados factos devido a própria natureza das coisas, nos casos de impossibilidade de prova. Também o Ac. do Tribunal Constitucional nº 389/99 de 8-11-1999, publicado no Diário da República, 2.ª série, defende no mesmo sentido, nos casos de *onus da prova de factos pertencentes ao foro íntimo*. Cfr. Ac. do TC, nº 78/03 de 12-2-2003, p. 5.

¹⁵¹ Cfr. MITIDIERO, Daniel, “*Processo justo, colaboração e onus da prova*” in Rev. TST, Brasília, vol. 78, nº 1, jan/mar 2012, p. 73.

É a dupla função do ónus da prova, que coloca essa figura processual em uma posição ímpar dentro do processo, sobretudo no que toca a *fase de instrução*. Eis que o ónus da prova, na sua dimensão subjectiva, funcionando agora como *regra de instrução*, serve para conduzir a conduta probatória das partes, para que as mesmas tragam ao processo todos os elementos de prova necessários para a justa composição do litígio¹⁵³.

2.1. A inversão do ónus da prova

Apesar do critério expresso, enunciado no art. 342.º do CC actual, atinente à regra geral do ónus da prova, se revestir de elevada importância legal, ele não se revela *suficiente* (!) para elucidar todos os casos de ónus da prova. Com efeito, o legislador previu situações em que esse ónus sofre *desvios* à regra geral, quer perante determinados casos especiais, quer nos casos de inversão do ónus da prova, previsto no art. 344.º do CC..

Tomando de início, o art. 343.º, n.º 1, do CC, que consagra um desvio autêntico *do ónus da prova* nos casos das *acções de simples apreciação negativa*, a lei aponta um *critério especial* para impor o *onus probandi*. Nesses moldes a alegação dos factos constitutivos da situação negada pelo autor é atribuído ao réu, *i.e.*, o réu fica onerado com a demonstração do facto constitutivo (*vide* art. 343.º, n.º 1, do CC), cabendo ao autor, a prova dos factos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito invocado pelo réu, de acordo com uma aplicação analógica do art. 342.º, n.º 2, do CC (*vide*, art. 584.º, n.º 2, do CPC).

Como afirma RUI RANGEL¹⁵⁴, “dada as naturais dificuldades de prova de qualquer facto negativo neste tipo de acções, a lei pensou que é mais fácil ao réu provar a existência de um direito ou de um facto, do que demonstrar a sua inexistência com a eliminação de todas as causas que justifiquem a sua produção”.

Para ANTUNES VARELA¹⁵⁵, estamos perante uma verdadeira “*provocationes ad agendum*”, onde o réu é realmente provocado a agir para fazer valer o seu *eventual direito*,

¹⁵² Cfr. JÚNIOR, Fredie Didier, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael, *Curso de Direito Processual Civil - Direito Probatório, decisão Judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*, Vol. II Editora PODIVM, Bahia, 2007, p. 55.

¹⁵³ Cfr. MITIDIERO, Daniel, “*Processo justo...op.cit.*”, p. 76.

¹⁵⁴ Cfr. RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova...op.cit.*, p. 181.

¹⁵⁵ Cfr. VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel e NORA, Sampaio E., *Manual de processo civil*, 2.ª Edição (Reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 461. Outrossim, sobre o ónus da prova, *vide* LIMA, Pires de e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado...op.cit.* p. 307.

assim, v.g., na acção negatória de servidão, o réu cabe fazer a prova da existência da servidão e o autor por sua vez só terá que provar a existência do seu direito de propriedade.

Na doutrina alemã e alguma doutrina italiana¹⁵⁶, referem nas acções de simples apreciação negativa à prova dos *factos impeditivos e extintivos* ao autor, incumbindo ao réu a prova dos *factos constitutivos* do direito, concebendo o autor, no aspecto formal, como verdadeiro réu, no aspecto substancial e vice-versa.

Um segundo exemplo de desvios à regra geral do ónus da prova, consta do domínio da *responsabilidade civil extracontratual*, contando com uma regra própria, baseada na *culpa*, regime previsto no art. 483.º, n.º 1, do CC. Nessa medida, a regra geral do 483.º do CC aponta para o art. 487.º do CC, segundo o qual cabe ao lesado provar a culpa do autor da lesão (*vide* art. 342.º do CC).

Com efeito, outra situação relevante, que merece nossa atenção, refere-se ao ónus da prova nas situações em que, *a parte contrária tenha culposamente tornado impossível a prova ao onerado, i.e.*, nesses casos será a parte contrária a fazer a prova do facto alegado inicialmente pelo onerado, de modo que a lei invertendo o ónus da prova baseada numa presunção de experiência (art. 344.º, n.º 2), sanciona o comportamento da parte contrária e não dá o facto como provado¹⁵⁷.

Por seu turno, a impossibilidade culposa de que trata a lei, refere-se à parte que tenha tido um comportamento negligente ou doloso, que pode ocorrer antes ou depois ou até durante a pendência da acção em juízo. Todavia, afirma RUI RANGEL¹⁵⁸ que, o que é relevante é o resultado obtido com a conduta da agente causador, *i.e.*, a impossibilidade de prova gerada, pouco importante a própria conduta para efeitos de inversão do ónus da prova.

RUI RANGEL adverte que, nesses casos, a inversão do ónus da prova somente se dará quando, o meio probatório, tornado impossível pela contraparte, era o *único possível* para se alcançar a prova¹⁵⁹. Assim, v.g., nas acções de investigação de paternidade a propósito dos exames de sangue, quando haja “*frustração culposa*” do meio de prova, estará em causa uma recusa ilegítima do *dever de cooperação para a descoberta da verdade*, previsto no art. 417.º, n.º 2, do CPC, ocorrendo a inversão do ónus da prova, visto que o exame de sangue, dotado de especial relevância, acrescentado ao facto de uma das partes o ter inviabilizado e impossibilitado

¹⁵⁶ Cfr. RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova...op.cit.*, p. 181.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 193.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 197.

à outra o acesso a tal meio de prova, soar á na cabeça do julgador como razão bastante para que ele recorra ao mecanismo do art. 344.º, n.º 2, do CC ¹⁶⁰.

A propósito da impossibilitação culposa da prova, defende FERREIRA DE ALMEIDA ¹⁶¹ que, inverte-se o ónus da prova com base “na regra de experiência de quem coloca entraves excessivos, ou mesmo insuperáveis, à descoberta da verdade material é o que mais descrê da consciência do seu direito”, além de violar o princípio da cooperação entre as partes no domínio do processo, (*vide* art. 417.º, n.º 1, do CPC).

3. Produção da prova

Regra geral, salvo as *provas pré-constituídas*, as provas são produzidas perante o tribunal, na pendência da acção, mais precisamente na audiência final (fase de instrução do processo), assim o legislador prevê no art. 410.º (*objecto da instrução*). São designadas de provas judiciais pela doutrina “*como sendo aquelas produzidas em juízo*”, sendo certo que, nas palavras de COSTA MACHADO, produzir provas é fazê-las ingressar nos autos do processo, *i.e.*, que a produção de prova deve ser realizada em audiência ¹⁶², assim é o que diz a regra, obedecido o *princípio da imediatidade*, expressão do *princípio da oralidade*. De acordo com o autor, a prova judicial se viabiliza, no processo, com o contacto imediato, directo, sem intermediários, do juiz com a fonte de prova, *v.g.*, *inspecção judicial* ¹⁶³.

Porém, existem situações pontuais previstas pelo legislador que descrevem outro panorama. Estamos a referir-nos aos casos da *produção antecipada da prova*.

No CPC português, essa figura processual vem tratada no art. 419.º: *quando haja um justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil a produção de certos meios de prova, estes podem realizar-se antecipadamente ou até antes de ser proposta a acção*. Como referimos,

¹⁶⁰ Cfr. RÊGO, Lopes do, “*Relevância dos exames de sangue nas acções de investigação de paternidade - Recusa de cooperação do réu e inversão do ónus da prova*”, Revista do M.ºP.º, n.º 58, 1994, p. 173 e ss. *apud* RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova...op.cit.*, p. 194 e 195. Para um perspectiva sobre a recolha de ADN como meio de prova em processo penal, cfr. DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, “*Particularidades da prova em processo penal, algumas questões ligadas à prova pericial*”, in Revista do CEJ, 2.º semestre, n.º 3, 2005, p. 169-226.

¹⁶¹ Cfr. ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual...op.cit.*, p. 239.

¹⁶² Cfr. MACHADO, Costa, *Código de Processo Civil Interpretado*, 6.ª ed., Editora Manole, Barueri -São Paulo, 2007 p. 353 e 354.

¹⁶³ Cfr. MACHADO, Costa, *Código de Processo...op.cit.*, p. 447.

são casos pontuais referidos pelo legislador, mas que se revestem de alguma relevância prática no momento em que se faz necessária a utilização desse instrumento.

Para alguma doutrina estrangeira, a questão é colocada de outra forma, frisando que não devemos confundir a *produção da prova* com a *asseguração da futura produção da prova*. E chama-nos à atenção para os casos *da produção antecipada da prova*, v.g., art. 381.º do CPC brasileiro¹⁶⁴.

Segundo MARINONI, salvaguardados os casos do art. 381.º do CPC brasileiro, a prova somente pode ser produzida no próprio processo em que é valorada pelo juiz, ou seja, com a função precípua de formar a convicção do julgador.

Com esse fito, para o Autor, o depoimento de parte ou a inquirição de testemunhas ao abrigo da produção antecipada da prova corresponderia tão só à asseguração da prova, mas não a sua produção em si. E afirma, “*é impossível produzir provas antes da propositura da acção a que se destina, mediante um procedimento antecedente[...].*” Pois para ele “*quem assegura não produz prova*”¹⁶⁵. “*A prova é assegurada no procedimento antecedente à propositura da acção*”¹⁶⁶, e claro seguindo essa linha de raciocínio, a prova aqui, nessa fase primária, ainda não é produzida.

Sendo certo que será de facto produzida prova apenas quando esta for realizada na pendência da acção, por exercer a função de formação da convicção do juiz que deve resolver o litígio¹⁶⁷. Por esse lado, em abono dessa tese, podemos pensar que em um momento posterior à *asseguração da prova* (produção antecipada da prova) pode muito bem não ocorrer de facto a existência do processo, ou o detentor da prova desistir de sua utilização, como também pode o juiz não admiti-la. E logo, nessa medida, nunca haverá a efectiva *produção da prova*, sempre realizada em juízo. Aliás, esclarece MARINONI que, “a prova somente pode ser admitida e valorada pelo juiz que vai tomá-la em consideração. [...] Apenas o juiz da “causa”¹⁶⁸. Por esse motivo e diante do restante já exposto, também cabe no próprio processo a sua produção.

¹⁶⁴ O art. 381º do CPC brasileiro prevê que, “*A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da acção; II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a auto-composição ou outro meio adequado de solução de conflito; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de acção.*”

¹⁶⁵ Cfr. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz, *Curso de Processo...op.cit.*, p. 92.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 93.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 92.

¹⁶⁸ *Ibid.*

A esse respeito, e em concordância com a posição defendida por MARINONI, a doutrina alemã apresenta o *Verbot der Beweisantizipation (Proibição de antecipação prova)*, no sentido da proibição de antecipação do resultado da prova, evitando que o meio de prova pudesse ser valorado antes que a prova fosse admitida e produzida no processo. Desse modo o juiz do procedimento antecedente não pode aferir a admissibilidade e nem decidir da sua relevância ou não, para o processo, uma vez que, novamente cabe ao juiz da “*causa*” essa decisão¹⁶⁹.

Com efeito, o que se pretende com a produção antecipada da prova é “*assegurar a viabilidade da produção da prova na ação futura*”¹⁷⁰.

4. Classificação metodológica da prova

A classificação das provas pode ser feita por meio de diferentes pontos de vista, apesar de alguns conceitos apresentarem pouco interesse prático, faz-se necessária a sua exposição para uma análise completa do nosso tema de estudo.

4.1. Prova pré-constituída e prova *constituenda*

A compreensão dos conceitos de prova *pré-constituída* e *prova constituenda* são de alguma relevância e a sua distinção vem de BENTHAM¹⁷¹. É indispensável, inclusive, para efeitos de compreensão da matéria da prova ilícita, tema que aprofundaremos no próximo Capítulo.

A *prova pré-constituída* consiste na prova que antecede ao processo e a sua origem independente do nascimento do litígio. Por sua vez, não se encontra ligada ao processo e somente passará a fazer parte do mesmo quando for trazida por alguma das partes, *v.g., documentos*.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 92 e 93.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 93.

¹⁷¹ Cfr. REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil...op.cit.*,p. 243. Jeremy Bentham (Londres, 15 de fevereiro de 1748 /Londres, 6 de junho de 1832) foi filósofo, jurista e um dos últimos iluministas a propor a construção de um sistema de filosofia moral, não apenas formal e especulativa, mas com a preocupação radical de alcançar uma solução para a prática exercida pela sociedade de sua época. Cfr. http://pt.wikipedia.org/wiki/Jeremy_Bentham

A *prova constituenda*, por seu turno, nasce consoante a existência do processo, ela está intrinsecamente ligada ao litígio, na medida que a sua produção foi realizada nessa altura. Em síntese, a sua recolha ocorre no curso do processo.

4.2. Prova pessoal e prova real

A doutrina faz a distinção entre a *prova pessoal* e a *prova real*. Estas duas figuras representam fontes de prova, tendo em conta que a prova recai sobre um “*elemento utilizado para criar a convicção do julgador sobre determinado facto*”¹⁷². Na primeira, está em causa uma pessoa, e no segundo caso, trata-se de uma coisa. Ambas são responsáveis, na sua parcela probatória, por influenciarem o juiz na decisão da causa (*judici fit probatio*).

A *prova pessoal* é uma fonte de prova constituída pela parte e pela testemunha, enquanto detentoras de conhecimentos relevantes para o desfecho do litígio¹⁷³. Na acepção de LEBRE DE FREITAS, aqui a parte não exerce o seu papel clássico de parte como sujeito processual. Destaca-se, agora, saber se os factos introduzidos se verificaram ou não, e para tal, devem ser confrontados os factos articulados com o conhecimento que as partes e as testemunhas possuem¹⁷⁴. Contudo, devemos tomar nota que a parte [ou o seu representante legal] (*vide arts. 452.º, 453.º, n.º 2 e 466.º*) e a testemunha (*vide art. 495.º*) “*terceiro relativamente ao processo recrutado entre todos aqueles que não podem depor como parte*”¹⁷⁵, ocupam posições distintas no processo, constituem fontes de prova pessoal diversas.

Vale ainda sublinhar que situação particular é a da pessoa que é portadora de um indício natural do facto relevante em causa. “*É o caso da parte que, vítima de um acidente de viação, apresenta uma perna partida ou uma cicatriz*”¹⁷⁶. Nesses casos, a pessoa carrega consigo uma marca pessoal derivada do acontecimento em causa e que pode ajudar o julgador na revelação dos factos.

¹⁷² Cfr. VARELLA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel e NORA, Sampaio E., *Manual de processo Civil*, 2.ª ed. (Reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 442.

¹⁷³ Cfr. FREITAS, José Lebre de, *A ação Declarativa...op.cit.*, p. 201.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 201 e 202.

¹⁷⁵ O autor define o conceito de testemunha de forma negativa, diversa do corpo normativo processual. Cfr. *Ibid.*, p. 202.

¹⁷⁶ *Ibid.*

A *prova real*, por contraposição, é constituída por coisas (*res*)¹⁷⁷. Alguma doutrina insere ainda os documentos¹⁷⁸ como uma categoria de prova real distinta, ao lado das coisas¹⁷⁹, enquanto ANTUNES VARELA preferiu não autonomizar e classificar o documento como uma coisa em si mesma, não fazendo qualquer distinção. Certo é que o CC, no art. 362.º, traz uma definição de documento, “*diz-se documento qualquer objecto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto*”¹⁸⁰. Com efeito, as coisas são portadoras de indícios naturais do facto relevante, como descreve LEBRE DE FREITAS¹⁸¹, v.g., um objecto com impressão digital, a marca deixada pelos pneus na faixa de rodagem em uma travagem de um veículo, etc., sendo através delas que se consegue apurar a descoberta da verdade.

4.3. Prova directa e prova indirecta

Aqui está em causa a relação entre o sujeito e o objecto.

Afirma ALBERTO DOS REIS que a prova directa é aquela que ocorre “*quando nada se interpõe entre o juiz e o facto a apurar*”. O julgador é colocado em contacto directo com o objecto da prova¹⁸². Veja-se, por exemplo, o caso da inspeção judicial (arts. 490.º a 494.º), onde o juiz faz uso da sua própria percepção.

Por outro lado, a prova é indirecta quando entre o juiz e o facto intervêm alguma coisa ou pessoa. Logo, a percepção do juiz recai sobre outros factores, obrigando-o a utilizar outros

¹⁷⁷ Sobre prova real e prova pessoal, Cfr. VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel e NORA, Sampaio E, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed. (Reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 442; Alguma doutrina designa as coisas por “*monumentos*”. Cfr. FREITAS, José Lebre de, *A ação Declarativa...op.cit.*, p. 202.

¹⁷⁸ No caso dos documentos, está em causa uma prova documental, pode se dividir em duas modalidades: documentos autênticos ou particulares (art. 363.º do CC). Os documentos estão registados, e representam factos relevantes para o processo. Nesse sentido, cfr. FREITAS, José Lebre de, *A ação Declarativa...op.cit.*, p. 202. No sentido de inclusão dos documentos como *provas reais*, Cfr. SAMPAIO, J. M. Gonçalves, *A prova por documentos...op.cit.*, p. 53.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ Sobre a falta de requisitos legais dos documentos, *vide*, art. 366.º do CC.

¹⁸¹ Cfr. FREITAS, José Lebre de, *A ação Declarativa...op.cit.*, p. 202.

¹⁸² Cfr. REIS, José Alberto dos, *Código de Processo...op.cit.*, p. 241. Sobre as provas directas e indirectas, *vide* CARNELUTTI, Francesco, *Teoria Geral do Direito*, tradução de A. Rodrigues Queiró, Artur Alnselmo de Castro, Armênio Amado Editor, Coimbra, 1942, p. 494 e 495; CREDIDIO, George Luís Argentin Príncipe, *Regras de experiência e motivação das decisões no processo civil*, Editora LTR, São Paulo, 2012, p. 60-61.

instrumentos, designadamente: *o raciocínio e as regras de experiência*¹⁸³, v.g., documentos (arts. 423.º e ss.), prova pericial (arts. 467.º e ss.), e prova testemunhal (art. 495.º e ss.).

CARNELUTTI observa que, tanto na prova directa como na prova indirecta, é necessário que e o juiz faça uso do seu raciocínio, pois ele tem de concluir pela existência ou não do próprio facto a apurar¹⁸⁴.

4.4. Prova representativa e prova indiciária

Após a exposição anterior, podemos diferenciar ainda as fontes de *prova representativa (histórica)* e a *prova indiciária (crítica)*¹⁸⁵, que pertencem ao conjunto das provas indirectas.

As fontes de prova representativa são aquelas em que se pode retirar do registo inerente à mesma, uma dedução sobre a realidade do facto a que se reporta [*história*]¹⁸⁶. Nesse tipo de prova, o facto que queremos provar está *registado, representado* ou *reproduzido*¹⁸⁷, e, como o próprio nome sugere, trata-se de uma representação da realidade ocorrida no passado pertinente ao litígio, o qual se quer conhecer, através da análise do seu conteúdo histórico, v.g., um registo cinematográfico, fonográfico, fotográfico, documental, etc. Numa acepção mais simples, a *prova representativa* ou *histórica* relaciona-se com a percepção do juiz, na medida que esta “*incide não sobre o facto a provar mas sobre o facto que o representa*”¹⁸⁸.

A *prova indiciária*, referida por ALBERTO DOS REIS como *prova crítica ou lógica*¹⁸⁹, também carrega no seu nome uma certa substancialidade, na medida em que recordamos dos “*indícios*” como termo utilizado no processo penal. Em processo civil, a prova indiciária sugere uma probabilidade séria da existência do direito, semelhante ao que acontece no art. 368.º, n.º 1 (*deferimento da providência*). Com efeito, não relevam registos, reproduções, representações, mas sim, “*indícios*”, que mais uma vez, permitem a extração de presunção sobre o

¹⁸³ *Ibid.*, p. 242.

¹⁸⁴ Cfr. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale*, vol. I, p. 719 *apud* REIS, José Alberto dos, *Código de Processo...op.cit.*, p. 242.

¹⁸⁵ Para maior desenvolvimento da prova crítica e histórica, *vide* MANNARINO, Nicola, *La Prova Nel processo*, CEDAM, Padova, 2007, p. 93-97.

¹⁸⁶ Cfr. FREITAS, José Lebre de, *A ação Declarativa...op.cit.*, p. 202.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ Cfr. REIS, José Alberto dos, *Código de Processo...op.cit.*, p. 242.

¹⁸⁹ *Ibid.* Sobre a prova indiciária, *vide* Ac. do Trib. Da Rel. de Coimbra, de 21-03-2012, disponível em www.dgsi.pt.

acontecimento de um facto¹⁹⁰. São necessárias operações lógicas realizadas por intermédio do juiz, que, a partir de um facto, que não é o facto que carece de apuramento, consegue chegar ao facto a apurar: é o caso das *presunções judiciais* (vide art. 351.º do CC).

Dentro das classificações explicitadas, é verdade que os critérios podem conjugar-se e podemos ter uma prova que é simultaneamente *real e representativa*, v.g., um documento ou um objecto com impressão digital.

5. Novidade da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho: Prova por verificações não judiciais qualificadas

Com a reforma operada pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, o legislador inseriu no CPC, no Capítulo V (relativo à *inspecção judicial*), um novo, curioso e problemático meio de prova que designou por “*verificações não judiciais qualificadas*”. Trata-se de um meio pensado para situações limítrofes à inspecção judicial, previstas no art. 494.º, n.º 1.

Em muitas situações, havendo a necessidade de realização legal de uma inspecção judicial, mas em que o julgador acredite que esta não se justifique, admite-se que “...*face à natureza da matéria, a percepção direta dos factos pelo tribunal, pode ser incumbido técnico ou pessoa qualificada de proceder aos atos de inspecção de coisas ou locais ou de reconstituição de factos e de apresentar o seu relatório, [...]*”. Será este o fundamento para a escolha residual desse novo meio de prova: *a natureza da matéria*.

A inovação do CPC impede que, face à proporção e natureza do litígio, haja a realização de uma inspecção judicial *desproporcional* ou que, noutros casos, se utilize a prova testemunhal, tão susceptível de erro para determinação de factos¹⁹¹. Note-se que estão em causa factos que não necessitam de conhecimento científico só alcançável por um perito ou por um especialista. A opção do magistrado pelas *verificações não judiciais qualificadas* assentará na simplicidade da matéria, configurando-se desnecessária e desproporcional a realização de uma eventual inspecção judicial¹⁹².

¹⁹⁰ Cfr. FREITAS, José Lebre de, *A ação Declarativa...op.cit.*, p. 202.

¹⁹¹ Cfr. Exposição de motivos do novo CPC 2014, 33.ª ed., Miguel Mesquita (organização), Almedina, p. 21.

¹⁹² Quanto à recusa da inspecção judicial, vide o Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 05-11-2009: “*A inspecção ao local só deve ser indeferida quando a diligência se mostrar de todo desnecessária e inútil*”.

Quando ao âmbito de aplicação, MARIA JOSÉ CAPELO, analisando o art. 491.º, n.º 1, ensina que as *verificações não judiciais qualificadas* são susceptíveis de ter como objecto, além da inspecção de coisas ou lugares, também a “*reconstituição de factos*”, conforme mencionámos¹⁹³.

Ora, justamente quanto à “*reconstituição de factos*” a Autora demonstra alguma relutância e com razão, pois considera que uma percepção por terceiro que não o juiz, da actividade de reconstituição de situações passadas, parece demasiada precipitada, motivo pelo qual entende justificar-se uma interpretação restritiva. Explica MARIA JOSÉ CAPELO, apoiando-se em COMOGLIO¹⁹⁴, que, por influência da legislação italiana, o CPC de 1961 inseriu dentro do campo da *inspeção judicial* também a “*reconstituição de factos*”, com um importante critério: *sempre que o juiz a considerasse necessária*. Ora, o legislador, no novo CPC, resolveu estender tal entendimento também às *verificações não judiciais qualificadas* e para a citada Autora o problema reside precisamente no facto de que a “*reconstituição de factos*” deve ser presenciada e dirigida activamente pelo juiz e não por um terceiro, por mais qualificado que seja¹⁹⁵.

Numa perspectiva prática, alude EDGAR VALLES¹⁹⁶, a propósito desse novo meio de prova, v.g., se foram realizadas obras pelo arrendatário, que alteram a estrutura interna do prédio, sendo as mesmas fundamento de despejo, não se justifica que seja realizada uma prova pericial, pela desnecessidade de aptidões técnicas de elevada especialidade, nem o juiz estará muito disposto em deslocar-se ao locado. Logo, em tais circunstâncias, parece-nos razoável que, tendo o autor requerido a inspecção judicial, o juiz venha a proferir um despacho no sentido de nomear técnico ou outra pessoa qualificada, para dirigir-se ao locado no sentido de proceder à verificação das obras realizadas, com a produção de um relatório com a descrição do que foi feito, incluindo a menção se tais obras alteram a estrutura do locado.

Num Parecer da Ordem dos Advogados sobre a Reforma do código de processo civil, a OAP veio confirmar que a inovação desse novo meio de provas suscita “*reserva*”, na medida em

¹⁹³ CAPELO, Maria José, “*As verificações judiciais não qualificadas: reforço ou desvirtuamento da prova por inspeção judicial?*” in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 144.º, n.º 3992, Coimbra Editora, Maio/Junho de 2015, p. 336.

¹⁹⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo, *La prova civile*, UTET, 2010, p. 838 *apud* CAPELO, Maria José, “*As verificações judiciais ...op.cit.*”, p. 336.

¹⁹⁵ Cfr. CAPELO, Maria José, “*As verificações judiciais...op.cit.*”, p. 336.

¹⁹⁶ Cfr. VALLES, Edgar, *Prática Processual Civil com o novo CPC*, 7.ª ed. , Almedina, Coimbra, 2013, p.162 e 163.

que não se enquadra, propriamente, nem na inspecção judicial, nem na prova pericial, embora se assemelhe a este meio de prova¹⁹⁷.

Pelo exposto, relativamente às *verificações não judiciais qualificadas*, cabe ainda aguardar pela prática forense para, então, formularmos um juízo acerca do valor jurídico desta nova figura e da sua real efectividade e eficácia na atividade probatória, no cotejo com os demais meios de prova “*tradicionais*”.

6. Prova e certeza

Quando pensamos sobre o que representa a prova no processo, podemos questionar se a prova pressupõe uma certeza absoluta. Relativamente a este problema, MANUEL DE ANDRADE entende que “*a prova não é certeza lógica*”¹⁹⁸. O autor sustenta que a prova corresponde a um “alto grau” de probabilidade de determinado facto perante as posições articuladas pelos sujeitos processuais no processo.

No mesmo sentido, BALTAZAR COELHO¹⁹⁹ citando ANTUNES VARELA refere que, “*a prova jurídica de determinado facto [...] não visa obter a certeza absoluta, irremovível da (sua) verificação, antes se reporta apenas a certeza subjectiva, a convicção positiva do julgador*” [...]. Segundo VAZ SERRA²⁰⁰, no mesmo sentido, “*as provas não tem forçosamente que criar no espírito do juiz uma certeza absoluta acerca dos factos a provar*”, defendendo o Autor que essa certeza seria impossível ou geralmente impossível, *i.e.*, “*o que elas devem é determinar um grau de probabilidade tão elevado que baste para as necessidades da vida*”.

Com efeito, a respeito da probabilidade de determinado facto, cabe-nos diferenciar a “*prova de primeira aparência*” referida pela doutrina²⁰¹, também conhecida pela expressão latina de prova “*prima facie*”, visto que esta prova não produz o mesmo grau de probabilidade para a convicção do juiz, apenas acende uma luz no espírito do julgador para uma aparência

¹⁹⁷ ORDEM DOS ADVOGADOS PORTUGUESA, “*Parecer da Ordem dos Advogados (Sobre o Projecto da Reforma do Código de Processo Civil)*”, Lisboa, 2012, p. 8.

¹⁹⁸ Cfr. ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções elementares ...op.cit.*, p. 191 e 192.

¹⁹⁹ Cfr. COELHO, Baltazar, “*Os ónus da Alegação e da Prova, em Geral...*” in Colectânea de Jurisprudência, Ano VII, T I p. 19 *apud* Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 24-11-2014.

²⁰⁰ Cfr. SERRA, Vaz, “*Provas - Direito Probatório Material*”, in BMJ 110/82 e 171 *apud* Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 24-11-2014.

²⁰¹ Cfr. ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções elementares...op.cit.*, p. 192.

quanto a ocorrência de determinado facto. Em todo caso, a situação descrita seria bastante para inverter o ónus da prova, ou ainda, obrigar a apresentação de uma contraprova pela contraparte²⁰². A este propósito, enuncia ALBERTO DOS REIS um esquema prático que elenca três tipos de prova, obedecendo uma hierarquia consoante a sua eficácia: Primeiramente, a “*prova suficiente*”, responsável pela susceptibilidade de produzir a “*plena convicção do juiz*”, em seguida encontra-se a prova “*prima facie*”, prova fundada nos “*ensinamentos práticos da vida e na experiência do que sucede normalmente*”, por último, encontramos a “*simples justificação*” que se destina a apenas produzir “*mero juízo de verosimilhança*”²⁰³.

Dito isto, para alguma doutrina, a prova *prima facie* funciona como uma *presunção natural* ou como uma “*simples justificação*”, como ressalva MANUEL DE ANDRADE²⁰⁴. Não havendo na prática uma diferenciação entre elas para o Autor, pois todas apresentam um grau bem menor de probabilidade em relação à verdadeira prova. A simples justificação é descrita pela doutrina maioritária como uma prova sumária e superficial, utilizada para efeitos processuais, como é o caso dos procedimentos cautelares, onde apenas é necessário a *verosimilhança* das alegações de facto (*Glaubhaftmachung*)²⁰⁵.

7. Princípios orientadores da prova

Os princípios gerais do processo civil, apesar de serem objecto de contínua discussão e aperfeiçoamento²⁰⁶, constituem uma importante ferramenta na aplicação do direito e, por isso,

²⁰² Para ilustrar o conceito, uma pessoa saudável fica doente por motivos atinentes ao tipo de atividade exercida no trabalho. Cfr. ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções elementares...op.cit.*, p. 192.

²⁰³ Cfr. REIS, José Alberto dos, *Código de Processo...op.cit.*, p. 246. A propósito da verosimilhança e da probabilidade, TARUFFO aponta que a distinção entre ambas passa pelo seguinte critério: Enquanto que a verosimilhança se relaciona a um critério de normalidade, daquilo que ordinariamente acontece, *i.e.*, como um *id quod plerunque accidit*, a probabilidade corresponde ao grau de convalidação lógica de que as provas conferem aos factos controvertidos, para considerá-los verdadeiros ou não. Cfr. TARUFFO, Michele, Verità e probabilità nella prova dei fatti., In DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.*(coord.), *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*, Juspodvim, Salvador, 2008, p. 677 *apud* CREDIDIO, George Luís Argentinini Príncipe, *Regras de experiência...op.cit.*, p.62 e 63; A propósito da verosimilhança, *vide* FREITAS, José Lebre de, *Introdução...op.cit.*, p. 200; MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz, *Prova*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, p. 33-42.

²⁰⁴ Cfr. ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções elementares...op.cit.*, p. 192-193.

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ Cfr. FREITAS, José Lebre de, *Introdução...op.cit.*, p. 94.

faremos referência aos mais pertinentes ao nosso tema. Além dos princípios de cariz constitucional, temos outros princípios que derivam da lei ordinária e que constituem verdadeiras “*traves-mestras*”²⁰⁷, acompanhando a aplicação do Direito dentro do sistema jurídico-processual. Nessa medida, no seio do estudo da prova, também encontramos diversos princípios que desempenham uma “*função orientadora*”, na tentativa de encontrarmos a melhor solução dentro do tema da admissibilidade da prova ilícita.

7.1. Princípio da livre apreciação das provas

O *princípio da livre apreciação das provas* é um princípio estruturante no que toca ao tema da prova, pois está relacionado com o seu valor e com a sua eficácia.

No direito moderno predomina a *prova livre*, em detrimento da prova legal, de forma que, influenciado por essa corrente, o legislador consagra no CPC, o chamado “*sistema da prova livre*”²⁰⁸.

Para ALBERTO DOS REIS, o *princípio da livre apreciação das provas* ou “*prova livre*” não significa uma “*prova arbitrária ou irracional*”, mas antes uma “*prova apreciada em inteira liberdade pelo julgador, sem obediência de uma tabela ditada externamente, mas em perfeita conformidade, [...], com as regras de experiência e as leis que regulam a atividade mental*”²⁰⁹.

Observada a letra da lei, é isso que dispõe o art. 607.º n.º 5, ao determinar que “*o juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto*”²¹⁰. Está em causa a liberdade e por outro lado, a vinculação do julgador no último momento do procedimento probatório: a valoração da prova²¹¹.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 96 e 97. A propósito de outros princípios relativos à prova, vide KLETT, Selva, BALUGA, Cecilia, ÁLVAREZ, Federico e CASTILLO, Juan, “*Principios de la prueba en el sistema procesal civil*”, in Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, vol. n.º 29, Bogotá, 2003, p. 11- 68

²⁰⁸ Designação citada por ALBERTO DOS REIS. Afirma o autor que no direito medieval prevalecia o princípio da prova legal. Cfr. REIS, José Alberto dos, *Código de Processo...op.cit.*, p. 242. “A prova legal - aquela cujo valor, força ou extensão é determinado pela lei e que o juiz tem de respeitar para decidir” v.g., arts. 358.º, n.º 1 e 368.º, do CC. SAMPAIO, J. M. Gonçalves, *A prova por documentos...op.cit.*, p. 53.

²⁰⁹ Cfr. REIS, José Alberto dos, *Código de Processo...op.cit.*, p. 245. Por seu turno, na doutrina italiana, COMOGLIO ressalta que perante o princípio da livre convencimento do juiz, como é denominado pela doutrina, relaciona-se com a obrigação de motivação das decisões judiciais. Cfr. COMOGLIO, Luigi Paolo, “*Prove e accertamento dei fatti del nuovo C.P.P.*”, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno 33, Fasc.1, Genn./Mar., 1999, p. 138 e 139.

²¹⁰ Para maior desenvolvimento sobre as regras de experiência no processo civil, cfr. CREDIDIO, George Luís Argentini Príncipe, *Regras de experiência...op.cit.*, p. 147 e ss..

²¹¹ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas ...op.cit.*, p. 101.

Nesse prisma, podemos questionar-se se o disposto na lei admite que o juiz possa valorar a admissibilidade da prova ilícita no âmbito do processo. Vejamos.

Primeiramente, perante a livre apreciação das provas, regra geral no processo civil, devemos salvaguardar situações em que o próprio legislador impõe uma determinada conclusão. São aqueles casos em que estaremos diante da chamada “*prova legal*” ou “*tarifada*”²¹².

Refere CORDERO que, nesses casos, nada impede que estejamos diante de uma “*verdadeira prova*”, na medida em que a existência de uma regra legislativa que limita a decisão com base num facto, impondo uma força probatória²¹³, terá o mesmo resultado que se a conclusão fosse realizada com base em regras de experiência²¹⁴.

No que diz respeito à relação entre a *liberdade de apreciação das provas* e a *admissibilidade das provas ilícitas*, que atrás mencionámos, WALTER²¹⁵ e NOBILI²¹⁶, preconizaram dois entendimentos possíveis: por um lado, o primeiro entendimento afirma que o princípio autoriza o juiz a valorar a prova de acordo com a sua experiência; e por outro lado, colocavam a hipótese de que o princípio significaria, além da liberdade de valoração, a admissão e a utilização das provas. Observadas as duas hipóteses, damos preferência claramente à primeira posição, aliás, como defende WALTER²¹⁷.

Sendo certo que nos parece coerente que assim fosse, pois através do *princípio da livre apreciação das provas* não se concede poder ao julgador para valorar sobre a utilização ou admissibilidade de uma prova ilícita, mas apenas a liberdade de valoração da prova já anteriormente admitida no processo, *i.e.*, decidida a questão de admissibilidade. Nas palavras de

²¹² Cfr. CORDERO, Franco, *Il procedimento probatorio*” in *Tre Studi sulle Prove Penali*”, Giufrè, Milano, 1963, p. 32 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 102

²¹³ Além disso, devemos frisar a distinção que deve ser realizada entre as regras que atribuem uma determinada força probatória (regras negativas de prova), das regras que consagram proibições de prova. Essa distinção foi feita no ordenamento jurídico germânico, em 1903, por ERNST BELING. Como esclarece ISABEL ALEXANDRE, “[...] as proibições de prova não incidem [...] sobre o momento da apreciação das provas, mas sobre um momento anterior, dado representarem limites à busca da verdade”. Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 46-47 e 102. Sobre as proibições de prova, cfr. BELING, Ernst, “*Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*”, 1903.

²¹⁴ Cfr. CORDERO, Franco, *Il procedimento probatorio...op.cit.*, p. 29 e 30 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 102.

²¹⁵ Cfr. WALTER, Gerhard, *Freie Beweiswürdigung*, 1979, p. 285 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 103.

²¹⁶ Cfr. NOBILI, M., “*Lecture testimoniali consentite al dibattito e libero convincimento del giudice*” in Riv. it. di dir. e proc. pen. 1971, p. 275-278 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 103.

²¹⁷ Cfr. WALTER, Gerhard, *Freie...op.cit.*, p. 286 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 103.

ISABEL ALEXANDRE, “*não é o poder do juiz de valorar que fundamenta a admissibilidade das provas ilícitas, [...]*”²¹⁸.

Posto isto, refutamos de todo a ideia de alargamento do *princípio da livre apreciação das provas*, onde o mesmo poderia significar o poder de valorar a admissibilidade ou a utilização das provas ilícitas, resgatando, mais uma vez o entendimento de que o *princípio da livre admissibilidade* da prova apenas admite e tão só, que a parte possa fazer uso dos meios de prova que não estejam proibidos por lei.

Sendo assim, o juiz, para formar o seu convencimento, deve apreciar as provas livremente, segundo a sua prudente convicção e as regras de experiência. Desse modo, sustenta THEODORO JÚNIOR que, na apreciação da prova, o juiz deve valorar os elementos da prova segundo critérios lógicos e dando fundamentação legal de sua decisão²¹⁹. Logo, o que irá nortear o convencimento do julgador serão as circunstâncias e os factos constantes dos autos, *v.g.*, esta é a ideia incutida no art. 371.º do Novo CPC brasileiro, defendido por doutrinadores estrangeiros como o *princípio do livre convencimento ou persuasão racional*²²⁰ ou *princípio da verdade real*²²¹.

7.2. Princípio da aquisição processual

O *princípio da aquisição processual* está previsto no art. 413.º, e declara que “*o tribunal deve tomar em consideração todas as provas produzidas, tenham ou não emanado da parte que devia produzi-las, [...]*”²²². Isto é, como ensina ALBERTO DOS REIS, “*emanem ou não da parte sujeita ao ónus subjectivo da prova*”. Para o Ilustre Professor o princípio em causa prende-se com o ónus da prova, nomeadamente ao *ónus objectivo*²²³. O ónus subjectivo está ligado a

²¹⁸ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas ...op.cit.*, p. 104.

²¹⁹ Cfr. JÚNIOR, Humberto Theodoro, *Curso de Direito...op.cit.*, p. 33.

²²⁰ Cfr. MACHADO, Costa, *Código de Processo ...op.cit.*, p.125.

²²¹ Cfr. JÚNIOR, Humberto Theodoro, *Curso de Direito..op.cit.*, p. 33. A propósito do princípio da verdade real, a essência da verdade como refere MARINONI é intangível, assim descrita por VOLTAIRE, que enunciava: “*les vérités historiques ne sont que des probabilités*”. Cfr. CALAMANDREI, Piero, “*Verità e e verosimiglianza nel processo civile*”, in Riv. di Diritto Processuale, Padova, CEDAM, 1955, p. 165 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz, *Prova...op.cit.*, p. 33.

²²² A norma prevista não sofreu alterações desde há muito, *vide*, art. 515.º do CPC 1961 e 519.º §único do CPC de 1939. Na legislação brasileira, o mesmo princípio vêm consagrado no art. 371.º do CPC brasileiro, “[...], independentemente do sujeito que a tiver promovido, [...]”.

²²³ Não obstante o autor questionar a utilidade prática na distinção dos dois aspectos do ónus, ressalta-se que o ónus objectivo formou-se por influência do processo austríaco, que posteriormente penetrou na doutrina alemã por obra

quem deve produzir a prova, e, em contrapartida, o ónus objectivo aponta para quais os factos que devem ser provados para que a decisão apresente determinado conteúdo²²⁴.

Contudo, para a regra da aquisição processual não importa o ónus subjectivo: é indiferente quem trouxe determinada prova para o processo. Todas as provas produzidas, independentemente da parte que as inseriu ou as produziu, v.g., documentos, reproduções fotográficas, etc, acumularam nos autos e servirão de base para que o julgador possa proferir a decisão de mérito da causa.

O legislador tenta exprimir o espírito que deve nortear o julgador na altura da resolução judicial do conflito de interesses, e para isso, “*deve procurar saber se um facto controvertido pode considerar-se, ou não, provado*”²²⁵, mas não importando saber por via de quem elas foram trazidas para o processo²²⁶. Nesse sentido, FERREIRA DE ALMEIDA reitera a mesma posição, ao afirmar que uma vez provados os factos, estes ficam adquiridos no processo²²⁷.

Em todo o caso, como ressalva ALBERTO DOS REIS, o importante “*é que os factos relevantes estejam apurados*”²²⁸. Nessa medida concordamos com o autor, uma vez que a tarefa do processo passa necessariamente por desvendar a verdade material, de acordo com as pretensões requeridas pelas partes, considerando-se irrelevante se a prova partiu de A ou B, para esse efeito.

7.3. Princípio do inquisitório

O *princípio do inquisitório* traduz uma ideia de divisão de trabalhos, dominante em matéria probatória, entre o juiz e as partes²²⁹, e está previsto no art. 411.º. O respectivo princípio, consagrado por ALBERTO DOS REIS no CPC de 1939 com a corrente publicista, dispõe que

de ROSENBERG e espalhou-se pela doutrina italiana. Cfr. REIS, José Alberto dos, *Código de Processo...op.cit.*, p. 272 e 273.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ Cfr. MARQUES, J. P. Remédio, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 216.

²²⁶ REIS, José Alberto dos, *Código de Processo...op.cit.*, p.273.

²²⁷ Cfr. ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual...op.cit.*, p. 232.

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ Com a ressalva de que, dentro da comunidade de *civil law*, apesar de um único modelo processual, o *princípio do inquisitório* não tem idêntica aplicação prática nos diversos ordenamentos entre os diversos países. Cfr. MOREIRA, José Carlos Barbosa, “*Processo Civil Contemporâneo - Um enfoque comparativo*” in *Scientia Iuridica*, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LV, n.º 305, 2006, p. 636.

“incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo officiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer”.

Anteriormente, o *princípio do inquisitório* estava previsto no CPC juntamente com o poder de direcção do processo (art. 265.º do CPC anterior) e inseria-se no n.º 3 do respectivo artigo. Após a Reforma de 2013, o legislador separou os dois deveres processuais: dispondo, por um lado, o poder de direcção do processo no art. 6.º, mas agora denominado de “*dever de gestão processual*”, e consagrou o *princípio do inquisitório* de forma autónoma, no art. 411.º. A modificação legislativa foi pertinente, colocado o princípio em posição de destaque dentro da instrução do processo, com o correcto enquadramento sistemático²³⁰.

O *princípio do inquisitório* actualmente exerce um imperioso papel no processo civil português, funcionando ao lado do princípio do dispositivo, configurando-se um sistema processual *híbrido*²³¹, que se coaduna em torno de ambos os princípios.

Constituem um afloramento do *princípio do inquisitório*, v.g., os arts. 436.º, 452.º, 490.º n.º 1, 511.º, n.º 4, 526.º, n.º 1 e 601.º, n.º 1, que, em bom rigor, concretizam a força do princípio.

Desde logo, realizando uma análise à letra da lei retiramos que, “*incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo officiosamente, todas as diligências necessárias*”. Ressaltamos que ele não apenas “*pode*” ordenar diligências, mas sim “*deve*” obter informações ou esclarecimento de factos e prover pela produção de provas necessárias ao apuramento da verdade, “*quando aos factos de que lhe é lícito conhecer*”, i.e., aqueles trazidos pelas partes, nomeadamente os *factos essenciais* (vide art. 5.º, n.º 1 e n.º 2).

Desta forma, defendemos que o *princípio do inquisitório* atribui um verdadeiro *poder-dever* ao juiz de instrução, não como poder absoluto, mas sim por via do qual constitui uma verdadeira prerrogativa intransferível de indagação sobre o tema da prova. Na medida que, o princípio permite ao juiz procurar provas com o fito de esclarecer os factos contraditórios.

²³⁰ No direito anglo-saxónico, designadamente nos Estados Unidos, onde predomina o “*adversary system*”, a instrução probatória continua a depender em grande parte da iniciativa das partes, ou melhor dizendo, dos advogados, anulando o *princípio do inquisitório*. O juiz é um mero “árbitro passivo” no processo. Tópico importante no ordenamento americano é o procedimento designado de “*discovery*” que abrange a possibilidade de os advogados buscarem fontes de prova fora do âmbito judicial, v.g., sujeitar a contraparte e eventuais testemunhas a interrogatório sob juramento, sem a presença do juiz. Cfr. MOREIRA, José Carlos Barbosa, “*Processo Civil...op.cit.*”, p. 634.

²³¹ Cfr. ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual Civil*, vol. I, livraria Almedina, Coimbra, 2010, p. 243 - 245. Sobre os poderes do juiz no velho e no novo Código de Processo Civil, cfr. ORDEM DOS ADVOGADOS PORTUGUESA, “*Parecer da Ordem dos Advogados de 5 de janeiro de 2013*” in *Pareceres da O.A. sobre a Reforma do C.P.C.*, 2013, p. 1083-1087.

Sendo certo que essa prerrogativa constitui muito mais do que uma simples atribuição consagrada pelo CPC, trata-se de um *real dever em colaborar* para a melhor solução do litígio. O magistrado deve procurar as provas que entenda serem necessárias ao conhecimento da verdade e à boa decisão da causa, dentro dos factos controvertidos.

Em abono desta posição, BARBOSA MOREIRA defende que o juiz não pode reduzir o seu papel a um mero “*convidado de pedra*”, enfatizando o papel activo do juiz na instrução do processo²³². No mesmo sentido, ALBERTO DOS REIS, afirma, *ipsis verbis*, que “*o direito processual civil moderno substituiu ao tipo de juiz inerte o tipo de juiz ativo, concedeu ao órgão jurisdicional poderes de iniciativa em matéria de instrução do processo, poderes que têm sido sucessivamente alargados*”²³³.

Há doutrinas que entendem o princípio como sendo um poder discricionário do juiz, no sentido de que ele teria ao seu critério exercê-lo ou não, em contrapartida a um pensamento mais radical, ligado um poder absoluto.

No direito comparado, a doutrina brasileira, baseando-se na lei, autoriza o juiz a determinar quaisquer provas de ofício, porém recomenda-se que o faça com prudência e moderação no exercício do seu poder instrutório²³⁴. O *princípio do inquisitivo*, como é chamado no Brasil, é entendido como um poder de iniciativa probatória exercido pelo juiz, na medida da necessidade de produção de provas. O art. 370.º do CPC brasileiro confirma essa ideia, quando refere que o juiz deve velar pela produção de provas imprescindíveis na resolução do litígio, nomeadamente aquelas que não foram colocadas à disposição no processo, pelas partes²³⁵.

Em França, o *princípio do inquisitório* sofreu fortes modificações, em 1975, com o *Code de Procédure Civile*, na medida que deixa de prevalecer o domínio das partes sobre a prova e passa a “*autorizar o juiz ordenar ex officio as medidas de instrução legalmente admissíveis*”²³⁶.

²³² Cfr. MOREIRA, José Carlos Barbosa, “*Processo Civil...op.cit.*, p. 644. Para maior desenvolvimento acerca dos poderes instrutórios do juiz, cfr. JORGE, Nuno Lemos, “*Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*” in Revista Julgar, n.º 3, Lisboa, 2007, p. 61-84; Numa perspectiva do direito comparado brasileiro, vide YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, “*Considerações a respeito da iniciativa instrutória do juiz no processo civil brasileiro*”, in Revista Julgar, n.º 6, Lisboa, 2008, p.107-132; Sobre o papel do juiz na nova Lei de processo civil espanhola, Vide AROCA, Juan Montero, “*Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil - Los poderes del juez y la oralidad*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 52-56.

²³³ Cfr. REIS, José Alberto dos, *Código de Processo...op.cit.*, p. 272.

²³⁴ Cfr. MACHADO, Costa, *Código de Processo...op.cit.*, p.125.

²³⁵ Cfr. JÚNIOR, Humberto Theodoro, *Código de Processo...op.cit.*, p. 433.

²³⁶ Cfr. MOREIRA, José Carlos Barbosa, “*Processo Civil...op.cit.*, p. 636.

No mesmo sentido caminhou a lei alemã, a respeito dos poderes instrutórios do juiz, que através da Lei de 27/2001 (*Zivilprozessordnung*), se viu ampliado²³⁷.

Em contrapartida, a Espanha regressa no tempo com a *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1/2000*, e restringe as hipóteses de actuação do juiz (art. 282.º, *in fine*, da LEC), bem como retira uma importante norma que previa a realização de diligências para preencher as eventuais lacunas no campo probatório. A doutrina espanhola, na esteira de MONTERO AROCA, identifica a inovação da lei como um sintoma de aversão ao “*autoritarismo*”, quando limita os poderes *ex officio* ao juiz²³⁸, mas também talvez com a ideia de que para manter sua posição de equidistância, o juiz não deve correr atrás das provas²³⁹. Na Itália, assiste-se a mesma tendência quanto a minimização da participação do juiz na produção de provas, que repudia a concepção publicística do processo²⁴⁰.

Na Inglaterra, houve nos últimos anos uma mudança gradual, após o impulso dado pelas *Civil Procedures Rules* de 1999, no sentido de outorgar ao juiz alguns poderes na atividade instrutória²⁴¹, mas nada que se assemelhe com o nosso princípio do inquisitório. Um pouco chocante foi o caso narrado por DENNING, relativo a um juiz inglês, que teve a sua carreira destruída, por ter feito demasiadas perguntas às testemunhas, comportamento recriminado, por, supostamente(!), ser violador do *fair trial*. No final, o juiz foi induzido a renunciar o cargo²⁴².

Após uma excursão pelo direito comparado, colhemos o entendimento de que o *princípio do inquisitório* deve ser entendido como um *poder-dever limitado*, devendo restringir-se na

²³⁷ Cfr. *Ibid.*

²³⁸ Cfr. AROCA, Montero, “*La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad*”, no vol. Relatorios y ponencias sobre o Derecho Procesal das XVII Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual (San José, 2000), p. 332 e 333 *apud* MOREIRA, José Carlos Barbosa, “*Processo Civil...op.cit.*”, p. 637.

²³⁹ Cfr. MACHADO, Costa, *Código de processo...op.cit.*, p. 125.

²⁴⁰ Cfr. MOREIRA, José Carlos Barbosa, “*Processo Civil...op.cit.*”, p. 638. No mesmo sentido, BARBOSA MOREIRA, aponta CIPRIANI em seu abono, *vide* CIPRIANI, “*Il processo civile italiano traz efficienza e garanzie*”, in Riv. trim. di dir. e proc. civ., vol. LVI, 2002, p. 1243 e ss.. Por seu turno, CAVALLONE explica que o *princípio do inquisitório* no seu desenvolvimento no séc. XX na Itália, sofreu com a vinda do regime autoritário (e a concepção que o acompanha), na produção dos efeitos no processo civil, que interferiram com as histórias ideológicas das máximas do processo (*Prozessmaximem*) de modo sensivelmente diverso na Alemanha e na Itália. Se refutando, a concepção liberal do processo e a ênfase na sua função publicista [situação que perdura, em certa medida, até hoje]. Cfr. CAVALLONE, Bruno, *Il giudice e la prova nel processo civile*, in *Processo e Giudizio*, Vol. III, CEDAM, Padova, 1991, p. 72 e 73.

²⁴¹ Cfr. MOREIRA, José Carlos Barbosa, “*Processo Civil...op.cit.*”, p. 632 e 633.

²⁴² Cfr. Lord DENNING, “*The judge that talked too much in The Due Process of Law*”, Londres, 1980, p.58 e ss. *apud* MOREIRA, José Carlos Barbosa, “*Processo Civil...op.cit.*”, p. 632. Em sentido oposto, decidiu o Tribunal da Relação do Porto, em Ac. de 16/12/2009, quanto a inquirição oficiosa de testemunhas, “*que deixa de ser uma faculdade, um poder vinculado, sempre que haja razões para presumir que determinada pessoa, não oferecida como testemunha, tem conhecimento de factos importantes para a boa decisão da causa*”, disponível em www.dgsi.pt.

busca pelas provas dentro dos factos alegados pelas partes (*factos essenciais*), com vista à justa composição do litígio e o apuramento da verdade²⁴³. É assim, também, o entendimento defendido pela lei, pela doutrina e jurisprudência portuguesa.

O *princípio do inquisitório* traz à tona o questionamento a respeito da imparcialidade do juiz, concretamente, quanto à questão de saber se a mesma é colocada em causa ou não, com o seu exercício. A esse respeito, inicialmente, não se registam motivos para uma resposta positiva, pois não se afigura violada imparcialidade do juiz no momento em que ele exerce o seu poder instrutório dentro do processo: quando exerce esse *poder-dever*, na busca da demonstração dos factos alegados pelas partes, o juiz não sabe, de antemão, qual das partes vai beneficiar, pelo que a sua isenção não sai afectada²⁴⁴. Entretanto, aderimos às posições doutrinárias que defendem que o juiz deve, nesta sede, actuar com iluminada e cautelosa parcimónia.

7.4. Princípio da proibição da utilização da prova ilícita

A *proibição da utilização da prova ilícita*, reconhecida entre nós, e pela doutrina estrangeira, como verdadeiro princípio, não teve a sua densidade dogmática desenvolvida no sentido da aplicação ao processo civil. O seu regime, nomeadamente o regime *das provas ilícitas*, foi considerado matéria relevante para o processo penal, desde logo no ordenamento português, na medida em que o legislador consagra expressamente a *proibição da valoração da prova ilícita* no art. 32.º, n.º 8, da CRP²⁴⁵.

Verifica-se que a norma foi elaborada e consagrada para a sua aplicação no processo penal pois é aí sentida a necessidade de um tratamento especial, devido à necessidade de conceder garantias na fase de recolha de provas pelas autoridades públicas, designadamente por parte do juiz de instrução ou do Ministério Público²⁴⁶. Consequentemente, partindo da susceptibilidade da prática de abusos no processo penal e da presença de uma parte “*mais fraca*” nos autos, justifica-se a disparidade de tratamento entre o processo penal e o processo civil.

²⁴³ A propósito do *princípio da verdade material*, a OAP veio declarar que este não passa de uma “*falácia*” em processo civil, afirmando que: “*Não há em bom rigor, verdade material. Uma coisa é o princípio da verdade material, uma intencionalidade normativa como ensina o Prof. Castanheira Neves, outra, a pretensão de obter a verdade “material”. Há apenas a verdade processual, ou seja aquela que se provou em face dos elementos e factos que as partes trouxeram ao processo e de acordo com as regras processuais*”. Cfr. ORDEM DOS ADVOGADOS PORTUGUESA, “*Parecer da Ordem....op.cit.*”, p. 2.

²⁴⁴ Assim, Miguel Mesquita, nas aulas do 1.º ciclo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

²⁴⁵ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 13;

²⁴⁶ *Ibid.*

Nesse sentido, a Constituição com vista a garantia, de forma absoluta, dos direitos, liberdades e garantias das pessoas reconheceu imperiosa a consagração do respectivo princípio, em matéria de processo penal.

No mesmo caminho, a doutrina brasileira estuda a consagração na Constituição Federal, do *princípio da vedação da prova ilícita*, como é assim chamado, disposto no art. 5.º, inciso LVI, “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.*” Esta norma expressamente veda a utilização de provas ilícitas (obtidas mediante violação do direito material), mas não proíbe a sua produção, *i.e.*, entende a doutrina que a norma constitucional impede que o juiz as utilize como elemento de formação do seu convencimento²⁴⁷, e nessa lógica, caso seja produzida, deve considerar-se inexistente. Partindo para outro ramo do direito, também na legislação brasileira, encontramos prevista a mesma ideia no CPC brasileiro, no art. 369.º. Defende-se que, em harmonia com a CF, o CPC brasileiro consagra o *princípio da vedação da prova ilícita*²⁴⁸, excluindo os meios ilegais bem como os *moralmente ilegítimos*, *i.e.*, aqueles para cuja obtenção foi necessário violar a lei material ou garantia constitucional. Nesse sentido, podemos, questionar o que se insere no conceito de *moralmente legítimos*. Sobre o Direito e a moral, KELSEN defende que ambos caminham juntos, na medida que “*o Direito é na sua própria essência moral*”, assim as condutas previstas pelas normas jurídicas devem reger-se pelas normas da moral²⁴⁹. Concluindo o seu pensamento, o grande filósofo afirma que se o Direito é moral, é por essência justo²⁵⁰. Partindo da reflexão de KELSEN, acreditamos que a letra da lei ao excluir os *meios moralmente ilegítimos*, refere-se aos meios de prova injustos. Para COSTA MACHADO, *moralmente legítimos* são, *v.g.*, a prova emprestada, o reconhecimento de pessoas, a reconstituição de factos sem o rigor da inspeção judicial.

Como enunciam WAMBIER e TALAMINI, há certas provas que são consideradas em si mesmas ilícitas e por isso violam o ordenamento jurídico, sendo consideradas tão graves violações que são excluídas de todo pelo regime processual civil, *v.g.*, imagem íntima, diário íntimo, etc.. Em semelhança, há outras provas que, mesmo não sendo ilícitas em si mesmas, foram produzidas através de meios ilegais, *v.g.*, confissão obtida sob tortura, logo também não

²⁴⁷ Cfr. NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de Direito...op.cit.*, p. 493.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 493. Para maiores desenvolvimentos a acerca das restrições da CF, *vide* MOREIRA, José Carlos Barbosa, “*Restricciones a la prueba en la constitución brasileña*”, in *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. n.º 21-22, Bogotá, 1997, p. 127-138.

²⁴⁹ KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, trad. João Baptista Machado, Martins Fontes, São Paulo, 1999, p. 45.

²⁵⁰ *Ibid.*

são toleradas, ao não ser que haja um outro direito fundamental em contraste, que necessite ser protegido, ao abrigo do *princípio da proporcionalidade*, admitindo-se que tal prova possa ser considerada²⁵¹.

Voltando à lei portuguesa, a inexistência de uma disposição legal no CPC voltada para as provas ilícitas ressalta a dificuldade no aprofundamento do assunto. Neste horizonte, resta-nos a norma constitucional que servirá de ponto de partida para o estudo da possibilidade de admissão, ou não, dos meios ilícitos de prova no processo, no IV Capítulo.

7.5. Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade no seu sentido próprio, essencialmente, trata-se da indagação acerca da adequação (proporção) de uma relação entre dois bens ou dois valores variáveis e comparáveis. Dentro do tema probatório, o princípio assume notável relevância, e a sua aplicação mais comum é enquanto instrumento de restrição de um direito fundamental referindo-se “a avaliação entre o bem que se pretende proteger ou prosseguir com a sua restrição e o bem *jusfundamentalmente* protegido que resulta, em consequência, desvantajosamente afectado”²⁵².

Por isso, ele é, também, necessário ao tema da *admissibilidade da prova*. Por muitos doutrinadores é considerado um dos mais importantes princípios, pois tem uma função especial dentro do direito como um todo, exercendo um papel único diante dos demais princípios, logo é comumente denominado como “o *princípio dos princípios*”²⁵³. Tende a ser o grande guia da utilização dos demais princípios - *critério de proporcionalidade*²⁵⁴. Dito de outra forma, o princípio da proporcionalidade tem aplicação transversal, incidindo em quase todos os âmbitos do direito *v.g.*, no Direito Civil, Direito Constitucional, Direito Administrativo. Com efeito, no processo Civil, não poderia deixar de o ser.

²⁵¹ O Autor deixa claro o seu posicionamento quanto ao tema da admissibilidade das provas ilícitas. Cfr. WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo, *Curso Avançado de processo Civil, Teoria Geral do processo e processo de Conhecimento*, Vol. 1, 12.^a Ed. Editora Revistas dos Tribunais - RT, São Paulo, 2012, p. 71.

²⁵² [grifo nosso]; Cfr. NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, 1.^a Ed. (Reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p.178.

²⁵³ Cfr. WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo, *Curso Avançado...op.cit.*, p. 76.

²⁵⁴ A denominação tem particular pertinência quando estamos perante institutos de tutela do direito privado. Cfr. PRATA, Ana, *Dicionário jurídico*, vol. I - Direito Civil, Direito Processual Civil, Organização Judiciária, 5.^a Ed. actualizada e aumentada, Livraria Almedina, 2009, p. 1121 e 1122.

Como referem WAMBIER e TALAMINI, a proporcionalidade constitui um método que permite ao jurista fazer uso dos princípios processuais com vista ao alcance do melhor resultado para a lide, mesmo quando há um conflito de direitos²⁵⁵.

Normalmente, o que acontece é que, para a resolução de certos litígios, quando há colisão de direitos fundamentais, o julgador deve proceder a um *juízo de ponderação*, e esse juízo deve ser exercido com base no princípio da proporcionalidade.

De acordo com a regra de sua utilização, exige-se que o sacrifício de um direito seja necessário para a solução do problema, e nesse exacto momento entra em cena o princípio (critério) da proporcionalidade. É necessário que seja proporcional em *sentido estrito*, ou seja, que o ónus imposto ao sacrificado não se sobreponha ao benefício que se pretende obter com a solução alcançada²⁵⁶.

O princípio da proporcionalidade torna-se relevante no quadro da *ponderação de valores conflitantes*, onde se devem avaliar os meios e os fins a atingir, e trilhando o caminho da proporção, o julgador consegue chegar a uma decisão flexível e adaptada ao caso em concreto. Com efeito, dentro do *princípio da proporcionalidade* as palavras de ordem são no sentido da *justa medida*, de *adequação material* ou de *razoabilidade*²⁵⁷.

Podemos adiantar que o critério da proporcionalidade é um corolário do tema da prova ilícita, no que diz respeito a tese da admissibilidade da prova ilícita em certas condições²⁵⁸, o qual abordaremos mais adiante. Dentro desse aspecto veremos que, perante uma colisão de direitos, existe a possibilidade de afastamento do *princípio da proibição da prova ilícita* em favor de um outro princípio que esteja em causa, *v.g., princípio da dignidade humana, i.e.*, para a protecção de um outro direito, que neste exemplo suplanta uma consagração constitucional.

²⁵⁵ Cfr. WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo, *Curso Avançado...op.cit.*, p. 76.

²⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Instituto Brasiliense de Direito Público, Editora Brasília jurídica, Brasília, 2000, p. 183. No mesmo sentido *vide*, NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais...op.cit.*, p.178 e ss; CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I (art. 1.º a 107.º), 4.ª Ed. Revista Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 393.

²⁵⁷ Cfr. NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais...op.cit.*, p.178.

²⁵⁸ Cfr. ABRANTES, José João, *“Prova ilícita...op.cit.*, p. 28.

8. O dever de verdade das partes: Princípio da boa fé

As partes agem em defesa dos seus próprios interesses dentro do processo, e acreditar no contrário seria ignorar que ambas possuem posições opostas. No entanto, se por um lado elas devem agir na protecção dos seus direitos, por outro, não devem olvidar da lealdade processual e do dever de verdade, corroborado pelo dever de cooperação, que pauta o bom desenvolvimento e andamento da lide. Está em causa uma norma de conduta, ou uma *cláusula geral processual* como descreve DIDIER JR.²⁵⁹, que impõe e proíbe condutas com a capacidade de criar situações jurídicas activas e passivas *i.e.*, a “*boa fé objectiva*”, o qual corresponde a boa fé processual²⁶⁰.

O princípio da boa fé, agora previsto no art. 8.º com a reforma processual civil, dispõe que “*as partes devem agir de boa fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior*”.

O legislador refere-se ao princípio da cooperação disposto no art. 7.º. A remição para o princípio da cooperação coloca a boa-fé como um verdadeiro e essencial dever, orientador da atividade e do comportamento das partes perante o julgador e do desenvolvimento do processo que deve se conduzir com o respeito e lealdade mútua entre as partes.

Nesse sentido, DIDIER JR.²⁶¹ ressalta que os destinatários da norma *são todos aqueles que de qualquer forma participam do processo*, o que inclui obviamente não só *as partes* mas também o órgão judicial - *o juiz*. O Autor aponta para tal aspecto, pois a doutrina²⁶², na maioria das vezes, não insere o julgador na aplicação do respectivo princípio, restringindo-o tão somente às partes. No direito comparado, a propósito do aspecto atrás mencionado, NEIL ANDREWS²⁶³ afirma que na Inglaterra, prevalece a orientação de que o abuso processual é praticado pela parte ou pelo advogado, excluindo “*um possível comportamento abusivo do órgão julgador*”.

²⁵⁹ Cfr. JÚNIOR, Fredie Didier, *Fundamentos do princípio da cooperação no Direito Processual Civil Português*, Coimbra editora, Coimbra, 2010, p. 80.

²⁶⁰ Cfr. JÚNIOR, Fredie Didier, *Fundamentos do princípio...op.cit.*, p. 79-81. Aliás, DIDIER JR. afirma que não existe *princípio da boa fé subjectiva*, o qual consiste num “*elemento do suporte fático de alguns fatos jurídicos*”. Cfr. *Ibid.*, 81.

²⁶¹ Cfr. JÚNIOR, Fredie Didier, *Fundamentos do princípio...op.cit.*, p. 80.

²⁶² Por exemplo JUNOY, Joan Picó i., “*El debido proceso “leal” in Rev. Peruana de Derecho Procesal*, Lima, 2006, p. 341 *apud* JÚNIOR, Fredie Didier, *Fundamentos do princípio...op.cit.*, p. 81.

²⁶³ Cfr. ANDREWS, Neil, “*Abuse of process in English civil litigation*”, Abuse of procedural rights: *comparative standards of procedural fairness*. Michele Taruffo (coord.), Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 66 *apud* JÚNIOR, Fredie Didier, *Fundamentos do princípio...op.cit.*, p. 80.

Especificidades à parte, percebemos que a lealdade processual das partes (inclusive do julgador) é um aspecto crucial para o bom e eficaz andamento e funcionamento do processo, de maneira transparente e justa, e que a falta de lealdade e verdade das partes e de todos que de qualquer participam do processo constitui um acto contrário ao exercício da jurisdição e incompatível com o objectivo do processo - *a justa composição do litígio e a descoberta da verdade*.

Segundo COSTA MACHADO, a “lealdade significa o que é segundo a lei, a moral, a justiça, o honesto, a franqueza e a transparência”²⁶⁴. Para THEODORO JÚNIOR, “a lealdade processual é dever genérico das partes, que por essa amplitude, necessita ser observado em todas as modalidades de ação judicial”²⁶⁵.

Em sentido contrário, numa postura, em nosso entender, um tanto radical, assinala BECKER²⁶⁶ que, dentro do processo há um verdadeiro “faz de contas”, no sentido de que o processo é um instrumento judicial guiado pela ética, mas para ele essa teoria não corresponde ao que acontece na prática. Para BECKER, na realidade há uma verdadeira teia de artimanhas de que as partes fazem uso para defender os seus interesses, pois o processo para o autor é amoral. Nesse sentido, BECKER fundamenta a sua posição defendendo que a enumeração realizada pelo legislador e disposta no art. 80.º do novo CPC brasileiro, que respeita à litigância de má-fé traduz-se em garantias processuais que têm como único objectivo o de assegurar o resultado útil e a efectividade do processo, protegendo o seu andamento e a eficiência da tutela jurisdicional²⁶⁷. Não são, porém, na sua opinião, disposições processuais realmente orientadas para defender a “moral” das partes. Para o autor o *princípio da lealdade* do processo deu lugar ao *princípio do resultado* do processo²⁶⁸.

No direito comparado, o novo CPC brasileiro consagra no art. 5.º, o *princípio da boa fé*, afirmando que é um dever que recai sobre todos que de qualquer forma participem do processo, constituindo afloramentos do princípio, v.g., arts. 322.º, §2º e 489.º, §3º, do referido Código. Nessa perspectiva, da violação do princípio da boa fé processual, considerado em si como um

²⁶⁴ Cfr. MACHADO, Costa, *Código de Processo...op.cit.*, p.21.

²⁶⁵ Cfr. STJ, Responsabilidade 267.434/ SP, Rel. Min. Castro Meira, 2.ª turma, jul. 27.09.2005, DJ 10.10.2005, p. 274 apud JÚNIOR, Humberto Theodoro, *Código de Processo...op.cit.*, p. 130.

²⁶⁶ Cfr. BECKER, L.A., *Qual é o jogo do processo?*, Sergio António Fabris Editor, Porto Alegre, 2012, p. 319 e ss.

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ *Ibid.*

valor intrínseco à “*função social do devido processo legal*”²⁶⁹, resulta a condenação da parte em litigância de má-fé, em outras palavras, no dever legal de indemnização à parte contrária pelos danos causados através do mecanismo da responsabilidade processual civil (*vide*, quanto a má-fé, arts. 79.º e ss., 142.º e 777.º do CPC brasileiro).

Sob uma óptica moderna, a relevante doutrina alemã, com base no art. §138 I do ZPO (*Erklärungspflicht über Tatsachen; Wahrheitspflicht*), traz a ideia de que, dentro do processo as partes têm um dever de verdade, um dever de sinceridade, assim JAUERNIG enuncia que, constitui uma verdadeira imposição legal. Isto significa que a parte “não pode alegar um facto contra à parte contrária, de cuja inveracidade tenha conhecimento ou de que esteja convencida; não pode impugnar uma alegação da parte contrária de cuja verdade tenha conhecimento ou de que esteja convencida”²⁷⁰. Conclui a doutrina que se trata de um dever de verdade subjectiva e não objectiva. Salienta JAUERNIG que, o *dever de verdade* é realmente um verdadeiro dever, pois não está na disposição das partes a escolha de não ser verdadeira dentro do processo. Mesmo que não haja a produção de consequências específicas, uma vez que não está em causa um ónus, assim que é verificada a falta de verdade pelo juiz, o §286 do ZPO (*Freie Beweiswürdigung*) aponta para o sentido de que o juiz, na formação da sua convicção deve tomar nota dessa falta e, na prática, penalizar a parte prevaricadora²⁷¹.

No mesmo sentido, a jurisprudência alemã, entendeu ser aplicável o §242 do Código Civil alemão como uma cláusula geral da boa fé, de onde se extrai o princípio da boa fé, com aplicação ao processo civil²⁷².

²⁶⁹ Vide, arts. 5.º, inciso LIV, da CF e 8.º, do CPC brasileiro, Cfr. JÚNIOR, Humberto Theodoro, *Código de Processo...op.cit.*, p. 138.

²⁷⁰ Cfr. JAUERNIG, Othmar, *Direito Processual Civil*, 25.ª ed., totalmente refundida da obra criada por Friedrich Lent, trad. de F. Silveira Ramos, Almedina, Coimbra, 2002, 151.

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² Cfr. JÚNIOR, Fredie Didier, *Fundamentos do princípio...op.cit.*, p. 81.

CAPÍTULO III

PROVA ILÍCITA NO PROCESSO

1. O processo civil e o problema da prova ilícita: Generalidades; 2. Conceito de prova ilícita e o seu regime no CPC; 3. Tipicidade da ilicitude; 3.1. Prova ilícita *versus* prova ilegítima; 3.2. Prova ilícita *versus* prova invalidamente constituída; 3.3. Prova ilícita *versus* prova imoral; 3.4. Prova ilícita *versus* prova inadmissível; 3.5. Prova ilícita *versus* prova atípica; 3.6. Prova ilícita *versus* prova viciada; 4. Prova ilícita por derivação; 5. O processo penal e a prova ilícita; 5.1. A prova e o princípio da legalidade em processo penal; 5.2. Proibição de Prova no processo penal; 6. A prova electrónica e a Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro; 6.2. As interceptações telefónicas; 6.2. Gravações Clandestinas no Brasil.

1. O processo civil e o problema da prova ilícita: Generalidades

A *prova ilícita* é um problema multidisciplinar. Além de se cruzar com o direito processual penal, *v.g.*, com as garantias do processo criminal (art. 32.º, n.º 8, da CRP), atravessa o direito civil, interferindo com os direitos de personalidade (art. 70.º, n.º 1, do CC) e com o respectivo regime previsto no art. 66.º e ss., do CC, caracterizado pela tutela constitucional concedida, *v.g.*, ao direito a integridade pessoal moral e física (art. 25.º, n.º 1 e n.º 2, da CRP), ao direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (art. 34.º, da CRP), o que inclui as telecomunicações²⁷³. Assim, torna-se impossível pensar em uma solução única, baseada apenas em preceitos processuais civis, até porque o CPC quase nada estatui sobre a prova ilícita (art. 417.º, n.º 3), restando-nos interpretar o silêncio da lei. Por exemplo, se uma carta, por ter sido furtada ao seu legítimo dono, chega ao processo²⁷⁴, pode ser valorada pelo juiz no momento de apreciar a prova?

²⁷³ No direito comparado, nem todas as constituições se preocuparam em consagrar disposição legal que assegure a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações. Assim, *v.g.*, em França não há qualquer previsão constitucional semelhante. Pelo contrário, há diversas hipóteses no sistema francês em que, em nome do interesse público, o sigilo desaparece. O que se torna um paradoxo, pois com a Revolução Francesa, o sigilo das correspondências ganha “*status*” de direito fundamental e posteriormente, através do *arrêté* de 5 de dezembro de 1789 o mesmo é proclamado como princípio jurídico. Cfr. FERREIRA FILHO, M.G., *Comentários à Constituição Brasileira*, 1977, II e III, p. 87 *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 239 e 241.

²⁷⁴ Cfr. ABRANTES, José João, “*Prova ilícita...op.cit.*”, p.13.

Com efeito, na iminência da consideração de uma prova como ilícita, v.g., pela violação de uma garantia consagrada na Lei Fundamental, seria impensável não assimilar para o processo civil a utilização dos critérios pertinentes, presentes nas disposições constitucionais dos direitos fundamentais.

Em termos gerais, os casos de prova ilícita correspondem às situações resultantes da violação de normas de direito material, na altura da obtenção da prova, ou da produção da prova dentro do processo.

Não estamos a falar da mera inadmissibilidade de um meio de prova no processo, em virtude da violação de regras processuais civis, caracterizando uma prova ilegítima, v.g., art. 294.º, n.º 1 ou art. 511.º, n.º 1 (*limite do número de testemunhas*). Mas sim, a ilicitude da prova que implica a inadmissibilidade de meios de provas ilícitos, seja porque violam direitos fundamentais²⁷⁵, ou porque são provas formadas a partir de condutas ilícitas²⁷⁶. Nesse sentido, incluem-se os casos de provas que, além de se formarem ou serem obtidas por condutas ilícitas, seriam admitidas no processo em violação de direitos fundamentais. E, porventura, os casos em que a prova é qualificada como ilícita por derivação, recebendo a designação de *prova ilícita derivada*, também defendida entre nós por MIGUEL MESQUITA²⁷⁷, como a “*teoria dos frutos da árvore envenenada*”, pois a violação do direito material para a obtenção da prova contamina as eventuais provas daí advindas, mesmo lícitas em si mesmas, visto que somente foi possível chegar até elas através de condutas ilícitas. A doutrina maioritária defende que essa prova deve ser “*banida*” do processo do mesmo modo que as demais ilicitudes²⁷⁸.

²⁷⁵ Por exemplo, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, art. 26.º, n.º 1, da CRP, violado através de uma filmagem sem o consentimento da pessoa. O meio de prova é ilícito em si mesmo, são assim denominadas de provas “*ilícitas em si mesmas*”.

²⁷⁶ Uma confissão obtida sob tortura, viola o direito à integridade pessoal e física da pessoa (art. 25.º, n.º 1 da CRP), caracterizada como ilicitude praticada no método de formação da prova. Veja-se um caso muito interessante relatado pelo ilustre Prof. MIGUEL MESQUITA, que referiu um indivíduo chinês, acusado do homicídio de sua esposa, o qual após 10 dias de investigação, torturado violentamente, foi obrigado a assinar uma declaração perante às autoridades chinesas com a confissão do respectivo crime para se livrar da constante violação à sua integridade física. Facto assente era a ausência do corpo da vítima. O que certamente, choca à todos foi o reaparecimento da esposa do condenado passados 11 anos. Caso que nos chama a atenção para a incongruência entre a a verdade processual e a verdade material. Assim, Miguel Mesquita, nas aulas do 2.º ciclo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Também é ilícita a prova no seguinte caso: v.g., *documento*, subtraído à parte contrária, pois apesar de ser licitamente formado, foi ilicitamente obtido. Nesse sentido LEBRE DE FREITAS defende que o direito ao processo equitativo implica a inadmissibilidade de meios de prova ilícitos. Cfr. FREITAS, José Lebre de, *Introdução...op.cit.*, p.140 e 141.

²⁷⁷ Assim, Miguel Mesquita, nas aulas do 2.º ciclo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

²⁷⁸ Nesse sentido, vide GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p.599.

Seguimos para uma breve enunciação sobre as provas partindo do momento de sua existência, apenas para melhor compreensão do nosso trabalho, visto que já as referimos no Capítulo II. As provas na sua natureza, em termos de classificação perante o momento do seu nascimento, podem apresentar-se perante o processo de duas maneiras: podemos ter *provas constituendas* e *provas pré-constituídas*. E a diferença entre elas é simples, sendo certo que, tanto umas, quanto outras, podem ser atingidas por uma ilicitude.

A distinção entre ambas passa por um importante pressuposto: o momento de sua produção, mais precisamente o momento do seu nascimento enquanto objecto. Assim uma *prova constituenda* é aquela produzida na altura do processo, não possuindo existência em momento anterior ao mesmo. É no decurso do processo que ela é produzida e inserida como meio de prova²⁷⁹. Por sua vez, as *provas pré-constituídas* nascem antes da origem processual, a sua existência independe do processo, e por conseguinte quando ela é trazida por uma das partes para o processo, ganha natureza processual e passa a fazer parte da instrução com o objectivo de compor o lastro probatório. No mesmo sentido, ALBERTO DOS REIS²⁸⁰ afirma que as *provas pré-constituídas* já estão formadas antes de proposta a acção e como enuncia AZZALI²⁸¹, encontram-se justamente limitadas pelo momento de sua obtenção para uma eventual utilização no processo.

O problema ganha contornos interessantes no processo civil na medida em que o legislador não estabelece as situações em que deve ser considerada como ilícita determinada prova, quando é obtida com a violação de direitos substantivos, nas situações da *prova pré-constituída*. Apenas concebe a solução indirectamente para a ilicitude quanto à *prova constituenda*, no momento em que consagra o direito de recusa lícita ao dever de cooperação para a descoberta da verdade (*vide* art. 417.º, n.º 3), afastando assim qualquer prova produzida no processo que viole o direito material. Entretanto, o legislador não nos esclarece acerca do conceito de prova ilícita e, nem ao menos, ilustra situações em que estaremos diante de uma ilicitude em matéria probatória, no tocante às *provas pré-constituídas*. Por conseguinte, não estabelece nenhum regime jurídico específico aplicável às situações em que, diante de uma prova ilícita *pré-constituída*, deve a mesma ser considerada como prova “*idónea*” ou apta a

²⁷⁹ No mesmo sentido, Cfr. REIS, José Alberto dos, *Código de Processo...op.cit.*,p.243.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 243.

²⁸¹ Cfr. AZZALI, *Prove penali e segreti*, 1967, p. 2 *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p.137.

produzir efeitos no processo²⁸². A este respeito, JOÃO ABRANTES, levanta a seguinte e muito pertinente questão: se o conteúdo da prova ilícita é verdadeiro, porque não admitir a prova no processo²⁸³?

Outra importante colocação a ser realizada dentro do nosso estudo é a separação de águas entre as duas esferas processuais: o processo civil e o processo penal, pois veremos que o tratamento dispensado a cada matéria, além de distinto, foi desenvolvido entre os doutrinadores por caminhos opostos. Assim, reservamos algum espaço, para uma abordagem sintética, mas expositiva, do tratamento dado às provas ilícitas dentro do processo penal²⁸⁴.

O ponto chave para adentrarmos no problema da prova ilícita é compreender qual a natureza da prova ilícita que realmente importa para o efeito do nosso estudo e que nos leva a analisar a verdadeira lacuna deixada pelo legislador no Código de Processo Civil.

2. Conceito da prova ilícita e o seu regime no CPC

A prova é considerada ilícita quando, no momento de sua obtenção, ocorre a sua contaminação por uma ilicitude, *i.e.*, ocorre a prática de um acto contrário à lei para a sua obtenção ou produção, violador de um direito material. Admitir a prova como ilícita significa que, no momento de sua obtenção ou produção, foi praticado um acto ilícito, um acto contrário ao ordenamento jurídico, violador de um direito substantivo.

Segundo CARNELUTTI²⁸⁵, os actos processuais são ilícitos (contrários ao direito) quando resultam do incumprimento de um dever, porém quando o acto corresponde a um ónus, é sempre lícito, haja ou não incumprimento.

²⁸² Coloca-se a questão de saber se, perante um caso de prova obtida ilicitamente aplicamos as regras do art. 195.º relativa ao regime geral das nulidades dos actos e consequentemente, o art. 195.º, n.º 2, relativo ao regime de extensão das nulidades, nos casos em que a prova foi obtida na sequência de uma prova ilícita. Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 14.

²⁸³ Cfr. ABRANTES, José João, “*Prova ilícita...op.cit.*”, p.13. Em resposta, a jurisprudência consolida o entendimento a respeito da *prova ilícita constituenda* (vide art. 417.º, n.º 3, *al. c*)), conforme o Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães, de 24-04-2014 que considera como prova ilícita: “*a junção de um documento ao processo pela seguradora em que o médico atesta a existência de eventuais patologias de que sofria o segurado sem que estas tenham alguma vez sido tornadas públicas pelo mesmo ou pelos seus herdeiros, constitui prova ilícita por violadora do sigilo profissional*”, disponível em <http://www.dgsi.pt>. De modo que o conteúdo da prova é lícito mas a sua admissibilidade no processo viola direitos fundamentais, nomeadamente, *o sigilo profissional*.

²⁸⁴ Os estudiosos e doutrinadores do processo penal desenvolveram o que se pode denominar de “*Teoria geral da prova ilícita*”. Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 15.

²⁸⁵ Cfr. CARNELUTTI, F., *Instituzioni del processo Civile Italiano*, I, 1956, p. 270.

De acordo com MIGUEL MESQUITA, *a prova ilícita é aquela que ofende direitos regulados pelo direito material*, em geral, os *direitos de personalidade*, constitucionalmente consagrados, mas também a que viola outros direitos, entre eles, *v.g.*, os direitos de propriedade e os direitos humanos. Como defende em suas aulas “*Não podemos violar garantias fundamentais em busca da verdade material*”. Afirmando ainda o Autor que deve-se reflectir-se, tanto no processo civil, como no processo penal, antes de colocar em causa direitos de personalidade e direitos fundamentais constitucionalmente consagrados²⁸⁶.

A prova ilícita está ligada com a ofensa ao direito material, para BARBOSA MOREIRA, a prova ilícita é anti-jurídica, pois, por um lado, não segue o nosso senso jurídico comum, e por outro lado, há um interesse público de que aquela prova seja tomada em consideração²⁸⁷.

Com efeito, enuncia ISABEL ALEXANDRE, recorrendo a um conceito amplo que, “ilícito é todo o comportamento humano que contraria proibições ou mandamentos do ordenamento jurídico”, portanto, tanto o processo civil, como o processo penal padecem de tais efeitos e logo estão susceptíveis aos actos ilícitos²⁸⁸. Para o efeito da prova ilícita, a Autora coloca-se ao lado de um conceito de prova ilícita mais restrito e entender ser ilícita “*a prova cujo modo de obtenção o direito material reprova, quer essa ilicitude seja dentro ou fora da órbita processual*”²⁸⁹. Por seu turno, PELLEGRINI GRINOVER entende que há três diferenciações pertinentes: refere-se à prova ilegal, quando haja violação de normas legais ou princípios gerais, seja de natureza processual ou material, a prova ilegítima quando a proibição for colocada por uma regra processual e por último, a prova ilícita (ou ilicitamente obtida) quando a proibição for de natureza material²⁹⁰.

A doutrina italiana também reserva a designação da palavra “*ilegítima*” para se referir às provas que são obtidas ou produzidas com a violação de regras processuais, reservando a prova

²⁸⁶ Assim, Miguel Mesquita, nas aulas do 2.º ciclo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

²⁸⁷ Assim, Miguel Mesquita, nas aulas do 2.º ciclo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, apoiando-se em BARBOSA MOREIRA. No mesmo sentido, defende MANUEL DE ANDRADE que “os ilícitos são contrários à ordem jurídica, antagónicos com ela, por ela reprovados.” Cfr. ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1960, p. 2 *apud* ABRANTES, José João, “*Prova ilícita...op.cit.*”, p. 12. Para maior desenvolvimento das provas ilícitas *vide* ECHANDIA, Henando Devis, “*Pruebas ilícitas*”, in *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. n.º I, Bogotá, 1984, p. 15-29; GOMES, Manuel Tomé Soares, “*Um olhar sobre a prova...op.cit.*”, p. 155 - 158.

²⁸⁸ Cfr. ZEISS, W., “*Schadenersatzpflichten aus prozessualem Verhalten*”, NJW, 1967, p. 704 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 21.

²⁸⁹ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 21.

²⁹⁰ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p.598.

ilícita para tratar as provas que violam os direitos materiais, *i.e.*, violação de deveres de natureza substantiva²⁹¹. ISABEL ALEXANDRE, em contrapartida, defende que mesmo nos casos de violação das regras processuais, nomeadamente de regras do procedimento probatório, configurar-se-á uma prova ilícita “*sob certo ponto de vista*”, pois resulta da violação de um dever por parte do juiz²⁹². Nesse sentido, não vamos seguir a distinção realizada pela autora portuguesa, pois entendemos dever ser restringido às provas ilícitas a violação do direito material, acompanhando a doutrina italiana e brasileira.

Nesse meio, vale ressaltar a separação analítica desenvolvida por RICCI, em que o autor distingue os tipos de prova, em sede de sua natureza, apresentando três perspectivas em relação a ilicitude da prova.

Por um lado, toma nota das *provas constituendas* (inserem-se aqui a *prova inadmissível*²⁹³ e os casos de irregularidade na assunção da prova). Por outro lado, apresenta as *provas pré-constituídas* (agora abrange as situações em que a parte toma posse da prova de modo ilícito, sem irregularidade no procedimento probatório). Por fim, em relação a ambas, *provas constituendas* e *provas pré-constituídas*, refere-se nos casos em que a ilicitude afecta a própria formação da prova²⁹⁴.

Notadamente, ISABEL ALEXANDRE não sustenta a postura explicitada pelo autor e defende que é correcto, afirmar que quanto à prova *constituenda*, se afigura a violação de normas processuais e direitos materiais e, quanto a prova *pré-constituída*, a violação de um direito material²⁹⁵. E contra a posição de RICCI, a Autora defende que tanto pode haver provas ilícitas *constituendas* por haver uma violação de um direito material, *v.g.*, forçar alguém fisicamente a submeter-se a uma perícia médica, como pode haver provas ilícitas *pré-constituídas* por violação de normas de cunho processual, *v.g.*, ilícita obtenção de conhecimentos pela testemunha ou violação ao princípio do contraditório no que diz respeito a prova por

²⁹¹ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 19.

²⁹² *Ibid.*, p. 20.

²⁹³ *Vide supra* 3.4. do Cap. III.

²⁹⁴ Cfr. G.F.RICCI, “*Le prove illecite nel processo civile*” in Riv. trim. di dir. e processo . civ. 1987, pág. 35 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 17. Sobre o processo de formação da prova na doutrina italiana, *vide* CAPPA, Alessandra, CARO, Agostino de, RIZZO, Francesco, RUGGIERO, Andrea, *La Formazione della prova nel giudizio: Dall’undienza preliminare al dibattimento*, Universitaria, UTET Giuridica, Torino, 2009.

²⁹⁵ Esquema elaborado por F. CORDERO, “*Il Procedimento probatorio...op.cit.*”, p. 61 e ss e 119 e ss. *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 17.

documentos, (*vide* art. 427.º)²⁹⁶, desse modo demonstrando que não se podem isolar as situações de ilicitude.

No mesmo sentido, ISABEL ALEXANDRE critica a “*duvidosa*” autonomização exposta pelo Autor italiano quanto à ilicitude ligada à formação do meio de prova²⁹⁷. Para o processualista italiano, a autonomização ganha sentido, na medida em que na ilicitude na formação do meio de prova não estaria em causa uma violação de normas processuais (normas do procedimento probatório), nem de um direito material (normas proibitivas de conduta), estaria em causa um ilícito que afectaria o próprio conteúdo da prova²⁹⁸.

Todavia, o esquema de RICCI não consegue explicar as situações em que o vício na formação do meio de prova, aquando da contaminação do conteúdo da prova, também pode, ao mesmo tempo, violar normas processuais ou ser o responsável pela violação de um direito material. Esta é a posição defendida por ISABEL ALEXANDRE, que ganha sentido na medida em que, vejamos: quando uma testemunha é induzida pelas perguntas que o magistrado ou advogado formula, é notório que afectará o conteúdo da prova, mas também o procedimento probatório. Do mesmo modo que o emprego de força na recolha de uma prova, além de afectar o conteúdo da prova, violará um direito material, automaticamente²⁹⁹ (art. 417.º, n.º 3, *al. a*)).

Com efeito, em abono desta posição, os critérios de divisão em função da natureza dos tipos de prova claramente se misturam. De facto, não podemos autonomizar as situações, colocando-as de maneira isolada, pois elas podem aparecer conjugadas, sendo difícil o funcionamento da esquematização de RICCI, em nossa opinião.

Em termos de compreensão é importante a distinção entre os dois tipos de prova, *constituendas* e *pré-constituídas*, o qual referimos *supra*. Atentemos para o problema das provas ilícitas no direito processual civil português, que se coloca apenas em sede de *provas pré-constituídas*. Isso acontece porque ao analisar o CPC vigente encontramos uma norma específica, dirigida indirectamente à proibição de provas ilícitas³⁰⁰, referente as *provas constituendas*, produzidas em violação do direito de recusa, que é uma excepção ao princípio da cooperação (*vide* o art. 417.º, n.º 3, *dever de cooperação para a descoberta da verdade*).

²⁹⁶ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 17 e 18.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 17 e 18.

²⁹⁸ Cfr. G.F.RICCI, “*Le prove illecite...op.cit.*”, pág. 71-79 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 18.

²⁹⁹ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 18 e 19.

³⁰⁰ Assim, Miguel Mesquita, nas aulas do 2.º ciclo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

O que significa dizer que as *provas constituendas* podem ser afectadas por alguma ilicitude, tais como as *provas pré-constituídas*, só que nesse momento reside uma diferença relevante: o legislador deixa a situação esclarecida, ao que nos parece, e resolvida na letra de lei, impedindo aqui a sua valoração, visto que configura-se uma verdadeira violação do direito material, constituindo mais do que uma simples violação de regras processuais. Assim, seguindo os passos de MIGUEL MESQUITA³⁰¹, podemos afirmar sem dúvida que, o art. 417.º, n.º 3, apesar de consistir na consagração do direito de recusa, excepção à regra da colaboração para a descoberta da verdade, acaba por consagrar indirectamente a *inadmissibilidade das provas ilícitas constituendas*, resultando não de uma simples violação processual, mas indo mais longe, uma violação do direito material — direitos fundamentais, nestes termos impedindo a sua valoração dentro do processo.

Como refere ISABEL ALEXANDRE, a questão estaria em saber se, perante a violação do art. 417.º, n.º 3, poderia ser aproveitada a prova produzida para fins de decisão³⁰², e quanto a este problema, a sua resolução afigura-se simples, pois não é admissível a sua valoração no processo mediante a violação substancial em causa.

Note-se que alguma doutrina³⁰³ questiona a aplicação do art. 195.º, n.º 1 e n.º 2, no que diz respeito à produção de uma *prova ilícita constituenda*, mediante a violação do art. 417.º, n.º 3, considerado o regime geral sobre a nulidade dos actos.

Com efeito, o grande problema que envolve o nosso estudo e que merece a nossa atenção é o da *ilicitude das provas que figuram antes da existência do processo, i.e., as provas pré-constituídas*. São os casos em que a prova chegou as mãos da parte de forma ilícita e que a mesma pretende fazer uso dela no processo. A respeito destas, o legislador foi omissivo e não esclareceu, nem tão pouco consagrou, alguma norma alusiva aos casos de ilicitude em sede de *provas pré-constituídas*.

Como já mencionámos, o art. 417.º, n.º 3, ao fazer alusão ao direito de recusa na produção das provas no momento da instrução processual, ressalta os deveres de cooperação em busca da descoberta da verdade, acentuando-se, que nesta busca, não pode valer tudo. Não se pode alcançar a verdade a todo o custo, pois há que impor limites na lei, evitando a prática de abusos. O legislador descreve quais as violações dos direitos individuais, absolutos na sua

³⁰¹ *Ibid.*

³⁰² Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 22.

³⁰³ *Ibid.*, p.14.

aplicação, que são tomadas em apreço para declaração de uma prova ilícita, por violar direitos fundamentais, em sede de *provas ilícita constituendas*. Vejamos:

“Art. 417.º, n.º 3 - A recusa é, porém, legítima se a obediência importar: a) Violação da integridade física ou moral das pessoas; b) Intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações; c) Violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado [...]”

Acompanhado pelo entendimento maioritário da doutrina, não há dúvidas quanto à conclusão ora exposta retirada do preceito legal e perante essa afirmação, resta-nos analisar agora, qual será a abordagem correcta às provas ilícitas *pré-constituídas*.

Nessa medida, torna-se clara a questão de que o legislador no CPC foi responsável por uma verdadeira omissão quanto às provas ilícitas *pré-constituídas*. Existe de facto uma lacuna jurídica, e perante esses casos, há uma necessidade de esclarecimento e de apresentação de soluções possíveis, sempre que tal situação se coloque no processo.

Passamos para o outro lado e nos questionamos qual o fundamento legal que pode servir para proibir (ou permitir) a utilização da prova ilícita *pré-constituída*. Qual o regime jurídico que deve ser aplicado, em caso de uma situação dessas ocorrer no *iter* processual? Aqui, abre-se um “*tortuoso*” caminho para diversas interpretações, que analisaremos no capítulo seguinte.

O problema da prova ilícita passa por diversas correntes que se encontram divididas na doutrina³⁰⁴. E vão desde aquelas que *aceitam a prova ilícita sem quaisquer restrições*, passando por aquelas que *aceitam mediante a ponderação dos valores envolvidos*, até chegar as que *não admitem de todo a sua valoração*, denominada como *teoria da inadmissibilidade pura e simples*³⁰⁵. Podemos admitir que há, dentro dos mais variados ordenamentos jurídicos, diferentes consequências processuais a partir de uma prova obtida mediante uma conduta ilícita³⁰⁶.

³⁰⁴ Ocorrem divergências não só entre países, devido a variações e particularidades das leis, mas muitas vezes antagonismos nas soluções encontradas no mesmo ordenamento jurídico. Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 15.

³⁰⁵ “Na Doutrina portuguesa, também MARCELLO CAETANO e FIGUEIREDO DIAS se manifestam pela inadmissibilidade da prova ilícita, o primeiro referindo-se ao processo disciplinar e o segundo ao processo criminal.” Cfr. ABRANTES, José João, “*Prova ilícita...op.cit.*”, p. 16.

³⁰⁶ Como ressalva ISABEL ALEXANDRE as consequências vão desde a negação absoluta de quaisquer efeitos dentro do processo, a depender do caso em espécie, até a exclusão do resultado final que a prova ilícita influenciaria na eventual decisão do juiz. Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 15 e 16.

O processo penal por sua vez, exclui a possibilidade de aceitação da prova ilícita, solução consagrada na Constituição Portuguesa, nos termos do art. 32.º, n.º 8, da CRP, com a proibição da prova ilícita em processo penal³⁰⁷.

Será que o preceito constitucional deve ser considerado fora da sua abrangência legal e utilizado de *forma analógica* ao processo civil?

A partir desse ponto, nosso estudo sobre a prova ilícita inicia-se em direção às soluções possíveis encontradas para o processo civil, na tentativa de entender o que deve nortear o intérprete no sentido de aceitação ou exclusão da sua admissibilidade (e apreciação), com a eventual produção de efeitos processuais originários de uma prova ilícita.

Doutrinadores e juristas discutem se é possível a possibilidade de uma solução unitária entre o processo penal e o processo civil, mas a lacuna processual civil e os interesses envolvidos divergentes entre estes dois ramos do direito dificultam uma análise jurídica que aponte no mesmo caminho.

Tentaremos compreender as várias questões que estão envolvidas no silêncio da lei processual civil e demonstrar a pertinência de uma solução divergente (ou não) do processo penal.

3. Tipicidade da Ilicitude

Faz-se imperioso nesse momento, distinguir algumas figuras que podem ser confundidas com a *prova ilícita*.

3.1. Prova ilícita *versus* prova ilegítima

A doutrina estabelece uma diferença relevante no campo das proibições da prova, dependendo da natureza processual ou substancial da vedação, como refere GRINOVER. Tal distinção traz ao nosso estudo a prova ilegítima. Mas aqui o que acontece é uma situação que

³⁰⁷ Antes da Constituição de 1976 e do movimento de 25 de abril que colocou abaixo a ditadura portuguesa, Portugal já inscrevia-se como pioneiro, entre os países “*que baniam expressamente do processo, penal ou civil, provas obtidas mediante em violação à intimidade*”, vide Lei n.º 3 de 5 de abril de 1973, visava proteger “*a intimidade da vida privada*”. Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 188 e 190. Sobre as novas tendências das provas ilícitas no processo penal vide VESCOVI, Enrique, “*Las Pruebas ilícitas - Reflexiones sobre las modernas tendencias del derecho comparado en materia de pruebas ilícitas en el proceso penal*”, in Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, n.º 21-22, Bogotá, 1997, p. 119-126;

difere da prova ilícita nos seguintes termos: quando estamos perante a violação de uma vedação de natureza processual, ou seja, uma vedação que existe em função dos interesses correspondentes à lógica e à finalidade do processo, designamos a prova obtida através dessa violação como uma *prova ilegítima*. Em outras palavras a prova ilegítima surge quando ocorre a *violação de regras de cunho puramente processual*.

Para a corrente doutrinária dominante, a *prova ilegítima* verifica-se quando haja violação de norma de direito processual no momento da produção da prova no processo³⁰⁸.

Por outro lado, se estamos perante uma vedação de natureza substancial, que além de cumprir a sua função mediática no interesse processual, tem como razão de existência a proteção dos direitos que o direito reconhece aos indivíduos, a prova assim produzida caracterizar-se-á como uma prova ilícita³⁰⁹.

Em síntese, a distinção entre a prova ilícita e a prova ilegítima pressupõe, por um lado, que na prova ilegítima não haja afetação de um direito material, mas sim a *violação de regras processuais*.

Neste sentido, para exemplificarmos, imaginemos a seguinte situação³¹⁰, em que houve a produção de uma *prova por inspeção judicial* prevista no art. 490.º e ss., todavia o dever de notificação, imputado e realizado pelo tribunal, foi efectuado apenas ao advogado de uma das partes, com omissão do dever de notificação do advogado da outra parte. Observamos que houve uma violação de uma regra de natureza processual, por seu turno de grande importância para o prosseguimento do processo, em obediência ao *princípio do contraditório*, logo a inspeção judicial encontra-se afectada por um vício, que coloca em causa a sua legitimidade, invalidando a sua utilização como meio de prova. v.g., art. 491.º³¹¹.

De acordo com ISABEL ALEXANDRE, a maior parte da doutrina italiana denomina como *prova ilegítima*, a prova que resulta da inobservância de normas processuais e reserva a designação de *prova ilícita* para as provas que violam direitos de natureza substantiva³¹².

Em seguimento, cabe aqui uma pequena observação de natureza correctiva, enunciada por MIGUEL MESQUITA, que consideramos relevante, quanto ao uso, no art. 417.º, n.º 3, da palavra “*legítima*” por parte do legislador³¹³.

³⁰⁸ Cfr. NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de Direito...op.cit.*, p. 492.

³⁰⁹ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 133 e 134.

³¹⁰ Assim, Miguel Mesquita, nas aulas do 1.º ciclo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra..

³¹¹ Cfr. No mesmo sentido, o novo CPC brasileiro prevê o art. 483º, *par. único*.

³¹² Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas..op.cit.*, p.19.

Quando a letra de lei se refere às situações em que é escusado à parte o *dever de cooperação para a descoberta da verdade*, e define como “*legítimas*” tais recusas, que importem os comportamentos ilícitos elencados nas disposições *a), b) e c)* do mesmo artigo, o legislador não está a referir-se à prova ilegítima. Pelo contrário, com a violação do direito de recusa estará em causa uma disposição referente às provas ilícitas de natureza *constituenda*.

O que nos leva a crer que houve um lapso do legislador no emprego da denominação. E que pode causar uma certa confusão, sendo portanto necessário ter um certo cuidado ao ler a norma, para não sermos induzidos em erro na interpretação da letra de lei. No respectivo artigo, que permaneceu inalterado com a recente reforma, é de excluir qualquer ligação de ordem literal e não podemos relacioná-lo nunca com as provas ilegítimas, pois nada tem a ver a aludida referência.

Por fim, no direito alemão, ZEISS defende que, quanto ao estudo das provas ilicitamente obtidas, a delimitação do tema em estudo no processo civil pode ser separada do estudo da prova ilegítima (casos de violação de normas que regulam o procedimento probatório), com base numa observação realizada a partir dos critérios utilizados no processo penal. Descreve-se que nesta área, as provas obtidas ilicitamente por particulares são admissíveis, em detrimento das provas ilicitamente obtidas por autoridades públicas, sendo estas últimas proibidas³¹⁴.

3.2. Prova ilícita *versus* prova invalidamente constituída

A prova invalidamente constituída possui pertinência no âmbito das *provas constituendas*³¹⁵ visto que, no caso das *provas pré-constituídas*, estas pressupõem a sua produção em momento anterior ao ingresso no processo, e em caso de uma produção de provas extraprocessual inválida, o problema residirá em saber se a prova será ou não admissível, e, caso seja, que valor probatório assumirá dentro do processo. Restando-nos apenas, em bom rigor, as *provas constituendas*, *i.e.*, aquelas produzidas no decurso da fase instrução.

³¹³ Assim, Miguel Mesquita, nas aulas do 2.º ciclo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

³¹⁴ Cfr. ZEISS, W., “*Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel*”, ZZP 1976, p. 337 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p.23 e 24.

³¹⁵ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 32.

As provas são caracterizadas como invalidamente constituídas quando a “*invalidade afectar, não a prova em si, mas os actos processuais de admissão ou de produção de provas*”³¹⁶, que impedem a sua aceitação no processo. Está em causa a observação da legalidade no acto de admissão ou de produção de uma prova, o qual não poderá ser aceite mediante uma violação, v.g., do *princípio da audiência contraditória* (vide art. 415.º, n.º 1).

3.3. Prova ilícita versus prova imoral

Essa distinção, em nossa opinião, apresenta apenas relevância doutrinal, pois é difícil exemplificar na prática casos distintos em que estaríamos perante uma *prova imoral*.

Entretanto, apesar de sua relevância teórica, não nos parece despidendo o seu conceito, pelo que, conceituamos a *prova imoral* com base em um exemplo de ZEISS, que descreve o “*caso da esposa comprada*”. Trata-se da esposa que aceita uma quantia pecuniária do demandado (seu marido) para renunciar ao seu direito de *recusa legítima a depor* no processo, (vide art. 497.º, n.º 1, *al.c*)) O advogado da parte contrária coloca em causa a valoração do depoimento, após tomar conhecimento do sucedido, pois argumenta que estaria em causa uma prova ilicitamente obtida. Porém, para ZEISS, o juiz terá apenas que apreciar as circunstâncias de acordo com a sua prudente convicção e regras de experiência, de acordo com o *princípio da livre apreciação das provas*³¹⁷, (vide art. 607.º, n.º 5). Registe-se aqui que, na doutrina brasileira, em oposição à prova imoral, fala-se em meios de prova “*moralmente legítimos*”, referindo-se aos meios de prova não previstos na lei, que podem ser utilizados desde que não violem a *moral e os bons costumes*, (vide art. 369.º do CPC brasileiro). Podemos ponderar a existência de alguma relação entre os conceitos.

3.4. Prova ilícita versus prova inadmissível

Cabe-nos primeiramente expressar o que significa a inadmissibilidade, para colocar em perspectiva o que seria uma prova inadmissível, contraposta a prova ilícita. Como fundamenta ALTAVILLA, a inadmissibilidade corresponde a criação de um impedimento ao ingresso de

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ Cfr. ZEISS, W., “*Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel*”, ZZP 9176, 89. Band, Heft 4, p. 378 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.* p. 32 e 33.

determinado acto no processo³¹⁸. Por conseguinte, o que nos importa reter é o seguinte: o acto inadmissível é aquele que, por qualquer motivo, não pode ser praticado no processo, ou porque a lei proíbe, ou porque não é permitido àquela parte praticar o respectivo acto, ou porque até pode permitir, mas não com aquela forma ou altura do processo. Com efeito, na doutrina refere-se à “*prova inadmissível*” para descrever os meios de prova que, por qualquer motivo, não podem ser inseridas aos autos³¹⁹. A inadmissibilidade retratada pela doutrina pode ser referida tanto às *provas pré-constituídas*, quanto às *provas constituendas*.

Como enuncia CORDERO, quanto às *provas constituendas* pode justificar-se a inadmissibilidade em três situações: 1. quando a lei proíba a prova de certo facto; 2. quando a lei exclua certas pessoas como fontes de prova; 3. quando haja restrição quanto ao modo de produção da prova³²⁰, v.g., 417.º, n.º 3. Vale ressaltar que o autor separa os conceitos de ilicitude e inadmissibilidade, quando sustenta que a valoração da inadmissibilidade de uma prova não deve misturar-se com o juízo de licitude ou ilicitude do acto pelo qual ela foi obtida, incluído os casos em que a inadmissibilidade deriva da própria lei e que a prova, violando a lei, seria inadmissível indirectamente³²¹. Para ilustrar esse último caso, quando resulte da lei que uma determinada prova não pode ser utilizada em juízo, automaticamente, de igual forma, um depoimento testemunhal que envolva o conteúdo dessa prova será inadmissível³²².

3.5. Prova ilícita versus prova atípica

A prova atípica ou inominada, por seu turno, também está relacionada com o problema das provas ilícitas, merecendo uma distinção conceitual dentro das demais figuras afins. Como assinala RICCI³²³, a prova atípica é aquela que *não vem prevista na lei* como tal, enquanto a prova ilícita, apesar de não estar prevista na lei, é constituída em violação de limites impostos

³¹⁸ Cfr. ALTAVILLA, E., *Lineamenti di Diritto Processuale Penali*, 1946, P. 157 apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 28.

³¹⁹ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 28 e 29.

³²⁰ Cfr. CORDERO, F., “*Il Procedimento...op.cit.*”, p. 61 e 62 apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, 1998, p. 30.

³²¹ Cfr. CORDERO, F., “*Il Procedimento...op.cit.*”, p. 94-98 apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 30-31.

³²² Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 30.

³²³ Cfr. RICCI, G. F., “*Le proeve illecite...op.cit.*”, p. 34-35 apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 33.

pela mesma. Nesse contexto, refere ISABEL ALEXANDRE³²⁴ que a prova atípica apresenta alguns pontos de contacto com a prova ilícita, nomeadamente, destacam-se certas provas tidas como ilícitas podem ser consideradas atípicas. Também em relação às provas atípicas, cogita-se a possibilidade de serem admitidas processualmente. Por fim, há alguma doutrina que defende a utilização da prova ilícita, como se de uma prova atípica se tratasse.

Nesta senda, cumpre referir três correntes quanto ao problema da admissibilidade processual da prova atípica: a *legalista*, a *analógica* e a *discricionária*³²⁵. Em primeiro lugar, a corrente *legalista* defende o carácter taxativo da enumeração legal dos meios de prova; a corrente *analógica* aceita a existência de novos meios de prova, desde que possa ser realizada uma analogia ao meio de prova enunciado pela lei; por fim, a corrente *discricionária* entende que os meios de prova devem ser livres, competido ao juiz decidir pela sua admissibilidade ou não.

Em reacção às correntes expostas, a doutrina italiana³²⁶, de forma unânime, tem manifestado preferência pela última, no sentido de deixar nas mãos do julgador a decisão de admitir ou não os meios de provas, caracterizando a sua livre admissibilidade. Esta posição prende-se com três razões, em alternativa: certas vezes com o *princípio da livre apreciação das provas*³²⁷, outras vezes com a existência da figura das *presunções simples*³²⁸, e ainda outras com a *licitude das provas atípicas*³²⁹.

Ainda quanto à admissibilidade processual das provas atípicas, coloca-se a questão de saber se estamos perante um elenco de provas taxativo, e em resposta, CAVALLONE³³⁰ defende que tal ideia não é dotada de nenhum sentido, dada a heterogeneidade dos elementos presentes entre os meios de prova previstos no CC italiano. Desse modo, só poderíamos falar de uma taxatividade, se estivesse em causa uma homogeneidade lógica dos elementos, e o autor constata que isso não é o que se verifica nos ordenamentos modernos. Com efeito, podemos transpor a

³²⁴ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 34.

³²⁵ Cfr. REDONDO, A. Monton, *Los Nuevos Medios de Prueba y la Posibilidad de su Uso el Proceso*, 1977, p. 25-28 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 34.

³²⁶ Cfr. CAVALLONE, B., “*Critica della teoria delle prove atipiche*”, in Riv. di dir. proc., 1978, p.679 e 680 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 34.

³²⁷ Cfr. CARNELUTTI, F., *Sistema di Diritto Processuale Civile*, I, 1936, p. 746 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 35.

³²⁸ Cfr. TARUFFO, M., “*Prove atipiche e convincimento del giudice*” in Riv. di dir. proc., 1973, p. 389-434 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 35.

³²⁹ Cfr. CARNELUTTI, F., “*Diritto dell'imputato agli esperimenti sul suo corpo*” in Riv. di dir. proc., 1956, p. 276 e ss. *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 35.

³³⁰ Cfr. CAVALLONE, B., “*Critica...op.cit.*”, p.692-693 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 39.

tese de CAVALLONE para o direito português, pois apesar de o CC dispor, nos arts. 349.º e ss., um elenco de meios de prova, este, por sua vez, é totalmente diversificado, o que torna inútil a discussão sobre a taxatividade dos mesmos. Contudo, não se afigura inútil discutir sobre a admissibilidade de meios de prova não previsto no respectivo elenco do CC, pois como alude ISABEL ALEXANDRE³³¹ nada impede que esse elenco possa ser reduzido (de modo a, dentro dele, encontrar tipos legais) ou complementado com outros meios de prova situados fora do CC, v.g., o art. 416.º, n.º 2 e n.º 3, do CPC.

3.6. Prova ilícita *versus* prova viciada

A prova ilícita não se confunde com a prova viciada, conforme explica JOÃO ABRANTES³³². A diferença assenta na falsidade do conteúdo presente nesta última, o qual não corresponde à realidade objectiva³³³. Assim JOÃO ABRANTES chama-nos atenção para o facto de que o problema da prova ilícita só se coloca nos casos em que o conteúdo da prova é idóneo, caso contrário, estamos perante um caso de prova viciada. A este respeito, o legislador dispõe no CPC mecanismos de proteção: v.g., falsidade de documentos³³⁴, (*vide* arts. 444.º e ss.); as inabilidades para depor, (*vide* arts. 495.º e ss.); etc.

4. Prova ilícita por derivação

Há casos em que a prova é qualificada como ilícita por derivação, recebendo a designação de *prova ilícita derivada*. Nesses casos, a prova não é ilícita por ter produzido violações ao direito material, e, nem tão pouco, constitui violação de direitos fundamentais. A sua ilicitude vem atrelada ao um momento anterior, no qual mediante o contacto, a ilicitude se transfere, “*envenenando*” a prova, recebendo a designação de *ilicitude por derivação*, v.g., na confissão extorquida mediante tortura, uma interceptação telefónica clandestina, etc. A sua

³³¹ ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 39.

³³² Cfr. ABRANTES, José João, “*Prova ilícita...op.cit.*”, p.12.

³³³ Cfr. REDONDO, Monton, *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*, Salamanca, 1977, p. 173-182 *apud* ABRANTES, José João, “*Prova ilícita...op.cit.*”, p. 12.

³³⁴ Sobre a falsidade de documentos particulares *vide* SAMPAIO, J. M. Gonçalves, *A prova por documentos...op.cit.*, p. 231-243. Para maior desenvolvimento sobre a falsidade no direito probatório, cfr. FREITAS, José Lebre de, *A falsidade no direito probatório*, 2.ª Ed. atualizada, Almedina, Coimbra, 2013, p. 55 e ss..

interpretação varia conforme o sistema jurídico em causa, v.g., na Alemanha é aceitável a utilização da prova ilícita derivada, mas já no Brasil e nos Estados Unidos não é admissível³³⁵.

A prova ilícita por derivação, consequência da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), muito discutida nos Estados Unidos, advém da corrente restritiva das provas ilícitas, que como veremos adiante, preconiza a inadmissibilidade da valoração da prova ilícita no processo. De acordo com essa teoria, não se admite uma prova que mesmo não apresentando nenhuma ilicitude em si mesma, tenha sido produzida como desdobramento de uma prova obtida de forma ilícita³³⁶.

A formulação da conhecida doutrina *fruit of the poisonous tree*, referida supra, foi concebida a partir de uma decisão da Suprema Corte Americana em 1920, na decisão do caso *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.*, a qual aponta para a “razão da contaminação da prova ilícita pela ilícita” enunciando que, assim como não se pode utilizar nenhum fruto de uma árvore venenosa, também se impõe o repúdio do acto inconstitucional, em todos os seus resultados, mesmo naqueles indirectos³³⁷.

No direito comparado, ressaltamos a jurisprudência brasileira, onde o STF sempre defendeu a extensão da inadmissibilidade da prova ilícita às eventuais provas derivadas, salvaguardadas certas situações, e até mesmo ainda antes da aprovação da CF, foi decidido pelo STF, no sentido de reconhecer a ilicitude das gravações clandestinas e nessa medida, determinou o trancamento do inquérito policial instaurado baseado nas mesmas³³⁸.

³³⁵ Assim, Miguel Mesquita, nas aulas do 2.º ciclo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

³³⁶ Cfr. NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de Direito Processual Civil..op.cit.*, p.493. Com efeito, excluindo qualquer possibilidade de ilicitude, a jurisprudência portuguesa no Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães, de 24-11-2014, “considerou lícito e admissível a prova testemunhal baseada na audição imediata de conversas telefónicas colocadas em sistema de alta voz por um dos interlocutores”. A propósito da consideração feita pelo Trib. da Rel. de Guimarães, cabe reflectir se por acaso haveria a possibilidade de o juiz tomar em consideração outras provas, [e não as conversas telefónicas] que estivessem inseridas no processo. Nesse sentido, Miguel Mesquita, nas aulas do 2.º ciclo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

³³⁷ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 509.

³³⁸ STF, RTJ, 122/47 *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 509. Como descreve PELLEGRINI GRINOVER, ao observar o art. 5.º, LVI, da CF refere que, o respectivo preceito não se manifesta quanto à exclusão das “provas ilícitas por derivação”, o que deixa em aberto várias questões, desde logo a de sua admissibilidade (ou não) no processo abrindo a possibilidade à diversas interpretações. Porém, com a nova reforma no CPP brasileiro, o legislador acolhe a prova ilícita derivada no art. 157.º, § 1.º No mesmo sentido, já prevê o CPP colombiano, na medida que além de incorporar a *exclusionary rule*, dispõe ainda sobre a «nulidade derivada da prova ilícita», assim dispõe o art. 23.º do CPP colombiano, “toda a prova obtida com violação às garantias fundamentais será nula de pleno direito, motivo porque deverá excluir-se da atuação processual. Igual tratamento receberão as provas que sejam consequência das provas excluídas, ou as que somente possam explicar-se em razão

5. A prova ilícita e o processo penal

De maneira geral, a essencialidade da prova também está presente no processo penal, com o papel de realização da justiça e descoberta da verdade material, semelhante ao que ocorre no processo civil, v.g., o caso das interceptações telefónicas que são admitidas desde que “*indispensável para a descoberta da verdade*” (vide art. 187.º, n.º 1, do CPP).

Todavia, a lei, quanto à *prova ilícita* no processo penal português, trata o tema com outra densidade normativa, no art. 32.º, n.º 8, da CRP, complementado pela disposição legal, prevista de maneira objectiva, no Livro III - *da Prova*, no art. 126.º do CPP. Com efeito, não encontramos aqui qualquer lacuna jurídica, mas sim, disposições com grande força normativa, que se coadunam reciprocamente. Um outro aspecto que merece destaque, respeita ao facto de, no CPP, ao contrário do que acontece com as normas de processo civil, o legislador prevê de maneira objectiva as situações em que teremos uma prova proibida, i.e., uma prova nula, seja porque violam regras que proibem um meio, um objecto ou método de prova, v.g., art. 126.º, n.º 1, do CPP³³⁹.

Quanto à doutrina³⁴⁰, em Portugal e além fronteiras, o tema da *prova ilícita* tem sido há objecto de largo desenvolvimento entre os estudiosos do processo penal, o que deu origem a designada “*teoria geral da prova ilícita*”, correspondendo ao seu regime e tratamento jurídico, considerando que o domínio da prova ilícita é um indispensável instrumento, “*pela sua importância prática*” para a boa decisão da causa.

de sua existência”. Cfr. DEU, Teresa Armenta, *A prova ilícita - Um estudo comparado*, Monografias jurídicas, trad. Nereu José Giacomolli, 1ª ed., Marcial Pons Editora, São Paulo, 2014, p. 115; PELLEGRINI GRINOVER E ARMENTA DEU acordam no mesmo sentido de que “ nos sistemas de países da “*civil law*” a regulamentação legal sobre a eficácia reflexa da ilicitude da prova é praticamente inexistente. Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 466. (Na mesma obra e no mesmo autor, vide sobre os efeitos indirectos da prova ilícita derivada, p. 464-467).

³³⁹ Se é certo que temos uma cominação legal de nulidade para a prova ilícita, nos termos do disposto do art. 126.º do CPP, ainda se encontra obscuro qual seria o regime e o valor jurídico da prova ilícita, nos casos em que não esteja prevista a nulidade nesse Código. Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 13 e 14. Ainda sobre os métodos proibidos de prova elencados no CPP, COSTA ANDRADE acredita que não está em causa uma enumeração taxativa. Cfr. Entre outros, ROXIN, “*Strafverfahrensrecht*”, p. 159 *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições...op.cit.*, p. 216. Em defesa da não taxatividade dos meios de de prova enumerados no art. 126.º do CPP vide GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 190.

³⁴⁰ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas ...op.cit.*, p. 15.

No direito comparado, na doutrina espanhola, PÉREZ DEL VALLE³⁴¹ entende que, “a prova ilícita implica uma defesa da posição do sujeito, mediante a protecção real dos seus interesses básicos diante da possibilidade de decisões de preferência arbitrária, a favor do interesse do Estado”. O Autor esclarece que é feito um “juízo de correção jurídica”, assim, ao invés de o órgão judicial se arriscar na busca da verdade, a lei trata de restringir a fonte de conhecimento do tribunal em benefício da situação do imputado, e que a prova ilícita não seria mais do que uma “restrição às fontes do conhecimento do tribunal”, para que se possa administrar a justiça conforme os diferentes valores individuais, sem preferências arbitrárias entre os mesmos.

Destaca-se, assim, esta disparidade de tratamento entre o processo civil e o processo penal. No processo penal, devido à intervenção das autoridades públicas, torna-se necessária a existência de normas para a protecção dos indivíduos contra eventuais abusos. Enquanto isso, no processo civil, destaca-se uma situação de paridade de armas, igualdade de tratamento, justificando a prevalência de maior tutela no processo penal³⁴². Como bem expressa PELLEGRINI GRINOVER³⁴³, é exactamente no processo penal que se faz necessária a protecção do indivíduo acusado, por este ser a parte fraca, tornando-se mais nítida a necessidade de se colocarem limites a atividade instrutória. Destaca a autora que “a dicotomia defesa social-direitos de liberdade assume frequentemente conotações dramáticas no juízo punitivo”, apontando para uma solução equilibrada em que o Estado assume uma obrigação de sacrificar o mínimo possível os direitos de personalidade do acusado, para que se consiga preservar “um sistema de liberdades públicas”³⁴⁴.

Com efeito, quanto a disparidade de tratamento, destaca MARINONI³⁴⁵ que a mesma se deve à diversos motivos, entre eles, o facto de que “no processo penal o réu deve ser informado do seu direito de permanecer calado, enquanto no processo civil as partes tem o dever de dizer a verdade”. Outrossim, destaca o Autor que “as diferentes realidades situadas em cada um dos processos não podem deixar de ser levadas em consideração quando se pensa na prova obtida de modo ilícito”.

³⁴¹ Cfr. VALLE, Carlos Pérez del, *Teoría de la prueba y derecho penal*, Edit. Dykinson, 1999, p. 60 e 61 apud CASTRILLO, Eduardo de Urbano e MORATO, Miguel Ángel Torres, *La Prueba Ilícita Penal: Estudio Jurisprudencial*, 6.ª ed., Editora Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 78.

³⁴² *Ibid.*, p. 13.

³⁴³ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas..op.cit.*, p. 597.

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ Cfr. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz, *Prova...op.cit.*, p. 248.

Em oposição, quanto à desigualdade das partes partindo da prova ilícita, ISABEL ALEXANDRE³⁴⁶ defende que tais desigualdades, entre o processo penal e o processo civil, não devem ser sufragadas por dois motivos: por um lado, porque tanto no processo penal, como no processo civil, as provas ilicitamente obtidas são consideradas nulas (aplicação analógica do art. 32.º, n.º 8, da CRP ao processo civil), logo não há lugar a disparidade de tratamento; por outro lado, em ambos, temos que levar em consideração os poderes inquisitórios do juiz, defendendo que a obtenção de provas ilícitas se possa ficar a dever ao mesmo.

No entanto, ISABEL ALEXANDRE não consegue nos convencer de sua posição, e passamos a sufragar a posição de MARINONI, pois uma solução unitária para o processo civil e penal consoante os valores envolvidos, tornaria-se impossível e logicamente inviável qualquer imposição nestes termos. Sendo claro que o tratamento dispensando entre as duas matérias não possa cominar em soluções idênticas, com a mesma rigidez, desde logo devido a natureza do processo e a protecção das partes em cada um deles.

Ainda quanto o direito comparado, a legislação espanhola concebe as *provas ilícitas* no art. 11.º, n.º 1, da LOPJ (Lei orgânica do poder judicial, aprovada pela Lei n.º 6/1985, de 1 julho) e a propósito do preceito, MARTÍ SÁNCHEZ³⁴⁷, expondo um novo ângulo do problema, sustenta que deve haver um reequilíbrio da questão: por um lado, os interesses da sociedade e da vítima, perante a “incorrecta interpretação que se vem dando ao art. 11.º, n.º 1, da LOPJ, e por outro, a valoração dos direitos fundamentais em conflito, que devem ser realizadas em concreto, e não em abstracto”. Com efeito, MARTÍ SÁNCHEZ³⁴⁸, contra as consequências da doutrina vigente, aponta que, “ *com a não utilização da prova ilicitamente obtida se sanciona não a quem violou o direito fundamental, senão a vítima ou a sociedade em geral, que contemplam estupefactas como se “premia” o delinvente, absolvendo-o, e em troca, ao menos em certa medida se sanciona àqueles.*” Claro, sem olvidar das devidas sanções para aquele que actua contra a lei, limitando os abusos, e enfatiza o autor que não se pode “ *em nenhum caso considerar inexistente o que existe, pois desta maneira se realça a protecção do direito fundamental do autor [do delito].*” Parece-nos que o autor destaca-se pela admissibilidade da

³⁴⁶ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 242

³⁴⁷ Cfr. SÁNCHEZ, Nicolás Martí, “ *La llamada “prueba ilícita” y sus consecuencias procesales*”, Actualidad Penal, n.º 7, del 16 a 22 de febrero de 1998 *apud* CASTRILLO, Eduardo de Urbano e MORATO, Miguel Ángel Torres, *La Prueba...op.cit.*, p. 78.

³⁴⁸ *Ibid.* [grifo nosso]. Flexibilidade também sufragada por MARINONI no processo civil. Cfr. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz, *Prova...op.cit.*, p. 248.

prova ilícita em certos casos, ao menos, aproximando-se de uma corrente mais flexível, atípica no processo penal.

Por fim, de acordo com DÍAS CABIALE Y MARTÍN MORALES³⁴⁹, em regra, a prova ilícita é excluída do processo penal em Espanha, assim como em princípio ocorre em Portugal, por força das *garantias fundamentais*, nomeadamente, os direitos fundamentais, e em particular, a presunção de inocência, prevista no art. 24.º, n.º 2, da CE (Constitución Española). Logo, uma confissão *v.g.*, obtida sob tortura, também será considerada prova nula em si mesma, solução consagrada pela CE.

Por outro lado, em um contexto geral, ainda em sede de processo penal, há autores que sustentam que a valoração da prova proibida, como é assim chamada, não constitui um vício do acto, ou seja, uma nulidade, mas antes, um vício de julgamento, que não deve impedir o conhecimento do mérito da causa³⁵⁰. E seguem além, defendendo que, em situações excepcionais, pode haver a legitimidade da valoração da prova proibida, desde que seja em sentido favorável ao arguido (*ilicitude pro reo*).

5.1. A prova e o princípio da legalidade em processo penal

No direito processual penal, constituem objecto de prova *todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis* (vide art. 124.º CPP).

Como refere FIGUEIREDO DIAS, o *princípio da legalidade* é visto como um princípio que domina a política criminal, no sentido da sua conformidade com o Estado de Direito³⁵¹.

Nesse sentido, em obediência ao *princípio da legalidade*, são permitidas as provas que não forem proibidas por lei, e assim prevê o legislador no art. 125.º do CPP³⁵². Outros afloramentos do *princípio da legalidade* encontram-se previstos no art. 118.º do CPP, referente

³⁴⁹ Cfr. CABIALE, José Antonio Días y MORALES, Ricardo Martín, *La garantía constitucional de la admisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Ed. Civitas, 2001 *apud* CASTRILLO, Eduardo de Urbano e MORATO, Miguel Ángel Torres, *La Prueba...op.cit.*, p. 79.

³⁵⁰ Cfr. ROSA, Luís Bértolo, “*Consequências processuais das proibições da prova*”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 20º, n.º 2, Coimbra Editora, abril/junho de 2010, p. 219.

³⁵¹ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português - As consequências jurídicas do crime*, 2.ª Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 71 e 72.

³⁵² De acordo com FARIA COSTA, trata-se de uma ideia de segurança, certeza e paz jurídicas. Cfr. COSTA, José de Faria - *Noções Fundamentais de Direito Penal* - Introdução: A doutrina Geral da Infracção [A Ordenação fundamental da conduta (Facto) Punível; A Conduta Típica (O Tipo)], 2º Ed., Coimbra editora, 2009, p. 224.

às nulidades, que dispõe que: “a violação ou a inobservância das disposições da lei do processo penal só determina a nulidade do acto quando esta for expressamente cominada na lei”, no art. 191.º, n.º 1, do CPP, quanto às medidas de coacção e de garantia patrimonial, “a liberdade das pessoas só pode ser limitada, total ou parcialmente em função de exigência processuais,[...] previstas na lei”, e também no art. 292.º, n.º 1, do CPP, quanto as provas admissíveis na fase da instrução: “são admissíveis na instrução todas as provas que não forem proibidas por lei”.

Efectivamente, esse princípio constitucional garantidor corresponde à base de todo o sistema jurídico, nomeadamente do Direito Penal e processo penal. De forma sucinta, o *princípio da legalidade* é o princípio garantidor do sistema de normas, normas estas que são previamente formuladas para cobrir com a função legítima do estado em garantir a paz social e a segurança.

A sua origem remonta ao pensamento iluminista de Rousseau e à *teoria do contrato social*. Já em 1215, o *princípio da legalidade* foi consagrado no art. 39.º da *Magna Carta Inglesa*³⁵³, e é certo que hoje esse princípio faz parte de todos os ordenamentos jurídicos estrangeiros com grande consagração constitucional, v.g., art. 5º, XXXIX, da CF, “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*” e no mesmo sentido o art. 25.º da Constituição Espanhola, assegurando a sua aplicação em defesa do cidadão frente ao Estado. Sob esse prisma, a proibição legal ora retratada da norma, nos obriga a reflectir sobre o que seria legal nos termos da lei, nos passos do *princípio da legalidade*.

Nas palavras de FARIA COSTA, a função de garantia do direito penal impõe a sujeição a um estrito princípio da legalidade. E este só tem pleno sentido - e pleno sentido normativo - se se conformar às exigências (...) da absoluta conformidade da descrição dos comportamentos proibidos a uma sua rigorosa definição³⁵⁴. Chegamos a um dos corolários do princípio da legalidade em Direito penal - o princípio *nullum crimen nulla poena sine legge* previsto no art. 29.º da CRP como um verdadeiro princípio garantia. O que nos remete para a necessidade de todo o comportamento penalmente relevante ter que estar previamente definido em uma lei certa e precisa³⁵⁵.

³⁵³ “Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País.”

³⁵⁴ Cfr. COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais...op.cit.* p. 210.

³⁵⁵ “ Uma definição legal, mesmo que só formalmente sustentada, dos comportamentos penalmente proibidos só tem sentido em um quadro de representação política e separados os poderes legislativo, executivo e judicial, (...)” Cfr. COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais...op.cit.*, p. 211 e 225.

No mesmo sentido, MARIA JOÃO ANTUNES ressalta que este princípio destaca-se como um dos princípios orientadores do programa político-criminal de emanção jurídico-constitucional³⁵⁶. Bem verdade é que a Constituição, considerada como norma fundamental do Estado, cumpre um papel inequívoco dentro do processo penal em particular³⁵⁷. Esse marco constitucional (grande contributo) é visível com a consagração de várias normas de cunho processual penal dentro da CRP, v.g., além do princípio da legalidade (art. 29.º), estão: a prisão preventiva (art. 28.º), os limites das penas e das medidas de segurança (art. 30.º), o instituto do *Habeas corpus* (art. 31.º), as garantias de processo criminal (art. 32.º), etc..

Tomando em conta uma perspectiva constitucionalista, GOMES CANOTILHO denomina o *princípio da legalidade* como um princípio de garantia directa e imediata, defendendo que esse princípio possui uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa, e refere que os autores lhes chamam «*princípios em forma de norma jurídica*» (LARENZ)³⁵⁸.

No direito comparado, prescreve PELLEGRINI GRINOVER³⁵⁹ que “*a legalidade na disciplina da prova não indica um retorno ao sistema da prova legal, mas assinala a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos do indivíduo*”. A Autora justifica que na investigação e na luta contra a criminalidade devem existir regras pré-estabelecidas que são observadas e cumpridas pela juiz de forma a garantir a protecção dos direitos do indivíduo.

A doutrina espanhola defende que o “*princípio da legalidade constitui a pedra angular de todo o sistema jurídico e especialmente do direito penal em todas as suas manifestações, unidas, por uma braçadeira comum: a proibição da indefesa*”³⁶⁰.

Toda a exposição de posições aponta para o facto de que o *princípio da legalidade*, em sede normativa da prova como é retratado no art. 125.º do CPP, funciona como alavanca para nos remeter ao tema - a *prova ilícita* no processo penal, o qual serve de parâmetro para o estudo do tema no processo civil.

³⁵⁶ Cfr. ANTUNES, Maria João, “*Consequências jurídicas do Crime*” in Lições para os alunos da disciplina de Direito Penal III da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra’, Coimbra, 2010-2011, p. 11.

³⁵⁷ Cfr. CASTRILLO, Eduardo de Urbano e MORATO, Miguel Ángel Torres, *La Prueba Ilícita Penal : Estudio Jurisprudencial*, 6.ª ed., Editora Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 35

³⁵⁸ Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional...op.cit.*, p. 173.

³⁵⁹ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 597.

³⁶⁰ Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel, *Constitución y Derecho penal: El principio de legalidad en materia criminal*, Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, 1993 *apud* CASTRILLO, Eduardo de Urbano e MORATO, Miguel Ángel Torres, *La Prueba...op.cit.*, p. 36. Sobre o *princípio da legalidade* cfr. CASTRILLO, Eduardo de Urbano e MORATO, Miguel Ángel Torres, *La Prueba...op.cit.*, p. 35-37.

Em outras palavras, partindo do pressuposto da existência de normas proibitivas de determinados meios de prova, norteadas pela força do *princípio da legalidade*, encontraremos a seguir o que se caracteriza como *prova ilícita ou prova proibida*, e que no processo penal português está consagrada de forma clara pelo legislador, tanto no corpo normativo processual penal, designadamente no art. 126.º do CPP, como na Constituição, art. 32.º, n.º 8, da CRP.

A hermenêutica do princípio é extensa e não é o nosso objectivo ultrapassar o terreno conceitual que nos servirá de fundo para continuar o caminho pela prova ilícita no processo civil. Realizamos aqui uma pequena nota sobre o princípio no processo penal, observada a importância consagrada pelo legislador e dignidade doutrinal de tamanha pertinência.

5.2. Proibição de Prova no processo penal

Como afirma COSTA ANDRADE, a *matéria de proibições de prova*, prevista no art. 126.º do CPP, aparece como umas das instituições mais marcantes no novo ordenamento processual, erigido a partir dos alicerces construídos directamente pela constituição de 1976³⁶¹.

Talvez um dos pontos mais importantes é o papel constitucional de matriz formal que exerceu o art. 32.º e, mais imediato o seu n.º 8, em sede de proibições de provas sobre o processo penal. Bem verdade é que tal consagração fez-se limite e parâmetro para o direito processual como um todo, na medida em que impôs uma verdadeira muralha no que diz respeito à produção e aquisição de prova no processo penal. Indo mais além, e nas linhas pensamento de COSTA ANDRADE, a relação de interpretação que interage entre o processo penal e a Constituição traduzem-se em uma “*síntese de HENKEL: o direito processual penal com verdadeiro direito constitucional aplicado*”³⁶².

Realmente, ao olhar para o esquema normativo previsto na Constituição de 1976, retiramos que essa consagração representou um verdadeiro avanço para a dogmática processual penal. A realização da norma com autonomia, generalidade e consistência, como refere COSTA

³⁶¹ Como refere COSTA ANDRADE, a doutrina e jurisprudência deram um grande contributo às disposições relativas às proibições de prova, sendo certo que FIGUEIREDO DIAS foi o autor do Projecto que viria a ser o CPP vigente, partiu das suas próprias mãos toda a conformação das normas pertinentes às proibições de prova. Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições...op.cit.*, p. 17.

³⁶² Cfr. HENKEL, H., *Strafverfahrensrecht*, Ein Lehrbuch (2. Aufl.), Stuttgart, 1968 *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições...op.cit.*, p. 12.

ANDRADE, representou um impacto indiscutível no que se refere as proibições de prova em processo penal³⁶³.

Desde logo, o art. 118.º, n.º 3, do CPP demonstra a grande força que possuem as disposições relativas às proibições de prova, atribuindo-lhe sua máxima eficácia. A letra de lei dá prevalência às regras da prova e ao seu regime jurídico próprio (*vide* art. 118.º, n.º 3, do CPP). Além disso, no corpo normativo processual penal, as proibições de prova se estendem de maneira vasta pelo CPP, *v.g.*, art. 126.º, 129.º, 167.º, 187.º e ss., 355.º, etc.. As normas consagradas são a prova viva da preocupação legislativa em solidificar a matéria das *proibições de prova* de forma concreta no processo penal³⁶⁴.

No direito comparado, a doutrina e a jurisprudência estrangeira, mas especificamente na Alemanha, têm demonstrado grande profundidade de estudos relativo às *proibições de prova*, nomeadamente, o Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (*Bundesgerichtshof*) e o Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), destacando ainda a produção dogmática, com publicações de obras direccionadas à análise do problema em geral³⁶⁵.

6. A prova electrónica e a Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro

O correio electrónico levanta uma questão cada vez mais relevante nos nossos dias, perante a desmaterialização da correspondência tradicional e do uso, cada vez mais intensivo (ou talvez abusivo), dos meios electrónicos de comunicação pela sociedade, tornando-se indispensável um regime jurídico que corresponda às necessidades de aplicação e imposição de limites para a sua utilização com meio de prova no processo.

A Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, aprova a Lei do cibercrime, estabelecendo, entre outras disposições, a possibilidade de recolha de provas em suporte electrónico (art. 1.º, da LC). Esse é o nosso ponto de partida para a discussão sobre a utilização da prova ilicitamente obtida

³⁶³ *Ibid.*, p. 11 No mesmo sentido, sobre as proibições de prova como instituições autónomas, *vide* GÖSSEL, Karl-Heinz, “As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha”, trad. Manuel da Costa Andrade, *in* Revista portuguesa de ciência criminal, Ano 2, fasc. 3, Coimbra Editora, Coimbra, Jul/Set, 1992, p. 398-402.

³⁶⁴ Nesse sentido, hoje já se encontra uniformizada a distinção entre as *proibições de produção de prova* e as *proibições de valoração da prova*. Com efeito, a primeira, limita ao nível dos próprios factos a investigar, e a segunda, por sua vez, limita que determinados factos sejam objecto de sentença. Cfr. GÖSSEL, Karl-Heinz, “As proibições de prova...*op.cit.*”, p. 399.

³⁶⁵ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições...op.cit.*, p. 20.

dentro dos suportes electrónicos no processo, v.g., mensagens de correio electrónico [sms's], chamadas feitas, recebidas e não atendidas, emails, interceptações telefónicas, etc.

Quando estamos perante a iminência de uma prova desta espécie, a solução relativa à sua admissibilidade deve ser enquadrada no regime constante da referida lei. Com efeito, o art. 17.º, da LC sobre a “*apreensão de correio electrónico e registos de comunicações de natureza semelhante*” enuncia que “[...]o juiz pode autorizar ou ordenar por despacho, a apreensão daqueles que se afigurem ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, aplicando-se correspondentemente o regime da apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal”

De modo que, perante a apreensão de uma prova electrónica (v.g., mensagens escritas [sms's], emails ou registos de comunicações de natureza semelhante), prevista no art. 17.º, da LC, seja aplicado *mutatis mutandis* o regime de “*apreensão de correspondência*”, previsto no art. 179.º do CPP. O legislador pressupõe que sejam respeitados, entre outros, três critérios que se revelam pertinentes no caso concreto: *primeiro*, que a correspondência, no caso da prova [electrónica], for expedida ou dirigida ao suspeito; *segundo*, que o crime em causa [necessitado de tal prova], seja punido com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos [crimes relativamente graves]; *terceiro e último*, que exista um “*grande interesse na descoberta da verdade*”, i.e., que aquele meio de prova [electrónica] carregue de *per si* tal carga probatória capaz de se alcançar o esclarecimento dos factos.

Mas ainda é necessário o preenchimento de um critério formal: deve ser autorizada ou ordenada a apreensão da prova [electrónica] através de *despacho do juiz competente* [designadamente, do juiz de instrução], cuja inobservância de tal critério levaria de imediato a ilicitude da prova obtida (violação de um requisito formal).

Acrescenta-se, por fim, um critério de ordem prática, previsto no art. 179.º, n.º 1, *in fine*, do CPP, referimo-nos às “*fundadas razões*” que a ordem de apreensão da prova [electrónica], para a prossecução da verdade deve estar baseada, i.e., revela-se que a decisão do juiz ao autorizar ou ordenar a apreensão [por despacho] de v.g., um telemóvel de um possível agente da prática de crime, deve ser sempre fundamentada, por mais interesse que haja na busca da verdade e no esclarecimento dos factos. (*vide* art. 179.º, n.º 1 *al. c*), e n.º 3, do CPP).

Verificados os contornos previstos na Lei do cibercrime, diante de uma breve reflexão, cogitamos a possibilidade de uma apreensão de *correio electrónico* por parte dos órgãos de polícia criminal (*vide* art. 1.º, *al. c*), do CPP), encarregados da investigação, v.g., um telemóvel

com sms's do suspeito, sem o respectivo *despacho do juiz de instrução*. Essa questão, em princípio, perante o regime estabelecido e a necessidade de despacho do juiz de instrução, levar-nos-ia a crer que se trata de uma prova ilicitamente obtida.

Porém, a jurisprudência mais recente inclina-se para a admissibilidade da prova supostamente ilícita e a sua conseqüente valoração no processo. Assim decide o Ac. do Tribunal da Relação de Évora³⁶⁶ de 07-04-2015, no sentido de admitir as mensagens escritas [sms's], os registos de chamadas feitas, recebidas e não atendidas, mesmo sem a autorização de um juiz (juiz de instrução), como prova lícita e válida a produzir efeitos no processo. O TRE vai mais além e aplica extensivamente o seu entendimento aos casos em que as mensagens escritas [sms's] ainda não tenham sido lidas pelo titular do telemóvel, que será de igual modo valorado pelos órgãos de polícia criminal na investigação. Com a salvaguarda do caso dos emails (que se possam ter acesso por meio do telemóvel), estes só poderão ser utilizados como meio de prova caso o titular já tenha tido acesso ao conteúdo.

Em nossa opinião, essa busca pela verdade deve ser mitigada pela *proporcionalidade*, temperada sempre com alguma cautela, devido aos valores em causa protegidos, apesar da disposição presente no art. 126.º, n.º 3, do CPP abrir essa porta, com a *ressalva dos casos previstos na lei*, a jurisprudência deve ter atenção ao colocar em causa *v.g.*, o *direito à intimidade da vida privada*, designadamente nas situações em que posteriormente a pessoa suspeita não seja de facto o agente da prática crime.

6.1. As interceptações telefónicas

As novas tecnologias trazem, cada vez mais, a questão da liberdade e do sigilo das comunicações como algo inerente as nossas vidas actuais³⁶⁷. O uso de novos “gadgets” que encurtam a distância, facilitando a comunicação entre as pessoas fazem parte do nosso dia-a-dia. Entretanto, estamos conscientes das dificuldades que o direito atravessa em acompanhar esse percurso exercendo a sua função reguladora, perante a evolução dos instrumentos de informática.

³⁶⁶ Ac. do Tribunal da Relação de Évora de 07-04-2015, disponível em www.dgsi.pt.

³⁶⁷ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas ... op.cit.*, p. 237.

Evidente que, na sociedade hodierna, estamos mais vulneráveis do que podemos imaginar à violação do nosso direito à intimidade, visto que, na maioria das vezes, pode suceder uma violação sem o conhecimento do titular do direito, v.g., como acontece com as escutas telefônicas. Como explica COSTA ANDRADE³⁶⁸, as escutas telefônicas sobressaem pela sua diversidade e complexidade dos problemas normativos que suscitam e configuram valiosos meios de prova, uma vez que os desenvolvimentos tecnológicos “*emprestam uma acrescida valência pragmática*”³⁶⁹.

A origem etimológica da palavra interceptar (de *inter* e *cipio*) significa deter na passagem e impedir que algo chegue ao seu destino mas, por interceptação telefônica, entende a doutrina que, refere-se “*a escuta directa e secreta das mensagens, captando-se a conversa no momento em que se devolve sem o conhecimento de pelo menos um dos seus interlocutores*”³⁷⁰.

Nesse prisma, a tutela da intimidade no âmbito do estudo das provas ilícitas é um ponto fundamental e sobre ele recaem diversos factores, um deles são as escutas ou interceptações telefônicas, os quais, se não forem obedecerem ao seu regime legal, colocam em risco a tutela desse direito pessoal, sujeitas as intromissões que podem ser praticadas tanto por particulares, como pelo poder público³⁷¹. Como adverte PELLEGRINI GRINOVER, no caso da relação entre o indivíduo e a autoridade, tal matéria exige o “*adequado equilíbrio entre as exigências públicas de investigação — principalmente penal — e o interesse pela intimidade pessoal*”³⁷².

A natureza jurídica do direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, entre outros meios de comunicação privada, prendem-se com os direitos subjetivos de defesa e por isso são considerados clássicos direitos de liberdade pela doutrina³⁷³. Defende PELLEGRINI GRINOVER, “*tal liberdade compreende, de um lado, o direito de manifestação de pensamento a uma determinada pessoa e configura, de outro, a expressão particular do direito à intimidade. Nela também encontra-se o direito de propriedade*”³⁷⁴.

³⁶⁸ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições...op.cit.*, p. 272.

³⁶⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 237.

³⁷⁰ Cfr. GOSSO, verb. “*Intercettazioni telefoniche*” in Encicl. diritto, p. 80 *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op. cit.*, p. 387. Vale ressaltar que os dados referentes às ligações telefônicas de um indivíduo (sigilo dos dados das ligações telefônicas), contendo, v.g., dias, horários, duração, números das linhas chamadas, etc, integram a tutela da intimidade, portanto não se aplica o regime disposto para as interceptações telefônicas. Cfr. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, *Provas Ilícitas, interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*, 5.^a ed., Editora Revista dos tribunais, São Paulo, 2012, p. 233.

³⁷¹ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas ...op.cit.*, p. 237.

³⁷² *Ibid.*, p. 238.

³⁷³ *Ibid.*, p. 246.

³⁷⁴ *Ibid.*

Antes de adentrar nas interceptações telefônicas, cabe-nos fazer uma breve distinção entre a inviolabilidade da correspondência e das comunicações, por um lado, e o *direito de liberdade pessoal* e de *inviolabilidade de domicílio*, por outro.

A liberdade de correspondência e das comunicações dizem respeito a um bem, o qual é expressão da pessoa humana, mas materialmente separado do seu âmbito espacial, logo a sua tutela exige que não se atrapalhe o caminho determinado e sigiloso da respectiva correspondência ou comunicação. Autores, defendem ser uma projeção espiritual da pessoa.³⁷⁵ Enquanto que, na *liberdade pessoal* e na *inviolabilidade de domicílio*³⁷⁶ a sua tutela volta-se para a ausência de interferência na própria pessoa do indivíduo.

Passando para o tratamento legal, no direito comparado brasileiro, a princípio não há uma disciplina legal relativa às interceptações telefônicas. Ressalta PELLEGRINI GRINOVER, que “*pode ser esta a razão pela qual não são elas utilizadas pela Justiça Brasileira, muito embora seja comum o seu uso pela polícia judiciária [...], para efeitos de investigação criminal*”³⁷⁷.

Entretanto, autoriza-se a interceptação telefônica através da Lei n.º 4.117, de 27 de agosto de 1962, que aprova o Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT), que regula os serviços de telecomunicações, considerando lícita a interceptação telefônica, mediante autorização judicial (arts. 57.º, II, al. e) e 56.º, §2º). Também a Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996, dispõe sobre as interceptações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e instrução penal, fazendo depender de ordem do juiz, sob o segredo de justiça (a respectiva lei regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5.º da CF). Como refere PELLEGRINI GRINOVER³⁷⁸, apesar de disposição legal, não se verificavam muitos casos de

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 247.

³⁷⁶ Sobre a inviolabilidade do domicílio e as provas ilícitas, a jurisprudência portuguesa, em processo de natureza criminal [casos de criminalidade grave] entende que, “*em situações de partilha por diversos indivíduos de uma habitação a autorização de busca [e apreensão - por meio de despacho judicial] pode abarcar as divisões onde cada um dos indivíduos desenvolve a sua vida ainda que não visados por tais diligências. “Mesmo que as fortes suspeitas da prática de um crime se revelem, tão e somente, “por um determinado indivíduo”*”. Cfr. Ac. do Tribunal Constitucional n.º 216/2012, de 24-04-2012, que não declarou inconstitucionalidade pela interpretação dos arts. 32.º, n.º 1 e 8 e 34.º, n.º 2, da CRP, relativamente à interpretação da decisão do Trib. da Rel. de Évora, disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Sobre a distinção entre as buscas e a apreensão, vide GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas ...op.cit.*, p. 261.

³⁷⁷ A processualista brasileira acredita que as interceptações telefônicas podem revestir-se como um meio de coação processual, semelhante à apreensão, ambos instrumentos preciosos na luta contra a criminalidade. Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 313. Bem verdade é que os Códigos processuais brasileiros não abrem exceção à inviolabilidade das correspondências e das comunicações, no que diz respeito às interceptações telefônicas. Cfr. *Ibid.*, 330.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 401e 402.

aplicação concreta do preceito, com a agravante de parte da doutrina considerar a aplicação inconstitucional, inclusive com decisão do STF, a declarar a prova obtida através desse meio, para uso processual, inconstitucional. Porém, frisa a citada processualista que a jurisprudência moderna tem avançado no sentido de admitir as escutas telefônicas, admitindo o valor probatório das gravações³⁷⁹, com base nos preceitos normativos do CBT, legitimando a sua utilização nos casos de infrações penais graves, v.g., nos casos de sequestro e extorsão³⁸⁰.

Com efeito, a doutrina brasileira, no sentido de argumentar a favor das interceptações telefônicas defende que, o *princípio constitucional da inviolabilidade das comunicações telefônicas* não é absoluto³⁸¹. Logo, quando autorizada, não constitui crime, por ausência do facto típico, sendo certo que se a escuta é ordenada para fins de investigação ou instrução processual, são lícitas, desde que, observem-se os seguintes pressupostos: exigência de ordem judicial autorizada pelo juiz competente com devida motivação (*fumus boni iuris* e o *periculum in mora*) e a realização da escuta pelos serviços fiscais das estações e postos oficiais. De facto, se a interceptação telefônica é lícita, não há porque recusar a eficácia probatória da prova por ela produzida, assim entende PELLEGRINI GRINOVER³⁸².

Ainda quanto ao direito comparado, no processo penal alemão subsiste forte discussão sobre a admissibilidade das interceptações telefônicas. Abrindo, todavia, uma porta para a possibilidade de admissão, defende WOLTER³⁸³ que, a utilização do produto das interceptações telefônicas somente deverá ser aproveitada em casos de relevante *estado-de-necessidade probatório* (*Beweisnotstand*). Nesse sentido, a doutrina maioritária alemã acompanhada da jurisprudência, em hipóteses extremadas, “*de interesse punitivo qualificado*”(criminalidade mais grave), admitem a valoração das interceptações telefônicas³⁸⁴.

³⁷⁹ Quanto ao valor probatório do conteúdo das interceptações *vide. Ibid.*, p. 264-268.

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 402.

³⁸¹ Nesse sentido, Parecer do Procurador da Justiça Damásio de Jesus, 03-09-1987. Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas ...op.cit.*, p. 404. Coloca-se a questão de saber se as interceptações telefônicas constituem-se como *meio* ou *fonte de prova*. Sustenta MANZINI que o resultado da interceptação telefônica constitui *meio de prova*. Em contraposição, PELLEGRINI GRINOVER acredita tratar-se de *fonte de prova* pois defende que o meio é o instrumento idôneo para atestar a existência da conversa telefônica. Cfr. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, 1967, I e II *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas ...op.cit.*, p. 263 e 264.

³⁸² Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas ...op.cit.*, p. 405.

³⁸³ Cfr. WOLTER, J. -“*Repressive und präventive Verwertung tagebuchartiger Aufzeichnungen*”, StV 1990, p. 175 e ss. *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições...op.cit.*, p. 239.

³⁸⁴ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições...op.cit.*, p. 240. Sobre as interceptações telefônicas no direito comparado, *vide* AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, *Provas Ilícitas...op.cit.*, p. 110 e ss.

No ordenamento jurídico português, o art. 167.º do CPP consagra o valor probatório das escutas telefónicas, o qual remete ao art. 187.º e ss., do CPP, que enumera entre outros aspectos, os requisitos para a sua admissibilidade nas situações onde esteja em causa uma criminalidade mais grave. COSTA ANDRADE, a respeito do art. 167.º do CPP, considera-o um preceito nuclear, privilegiado pelo legislador português, pela referência a lei penal substantiva (art. 199.º do CP), declarando que se trata de um “*axioma normativo*” que homenageia “*a unidade da moral do direito em relação aos valores fundamentais da nossa ordenação jurídica: o que foi obtido de forma jurídico-material ilegal, por lesão da esfera da intimidade, permanece igualmente ilegal (e não valorável) no processo estadual*”³⁸⁵. Segue o Ilustre Penalista afirmando que, a eficácia da justiça (penal) não bastam só por si, para legitimar a danosidade social de produção ou utilização não consentidas de gravações, pois o “*mero propósito de juntar, salvaguardar e carrear provas para o processo penal não justifica o sacrifício do direito à palavra [...]*”³⁸⁶.

Porém, ressalta COSTA ANDRADE³⁸⁷ que, pode ser admitida a interceptação telefónica, só como meio necessário e idóneo à salvaguarda de valores prevalecentes, afirmando que para efeitos do art. 167.º do CPP (*valor probatório*), no que diz respeito a *recolha de prova para o processo penal através das escutas telefónicas*, não se deve levar em consideração o enunciado pela lei penal, no art. 199.º do CP. Conclusão esta, que afasta de todo a hesitação e controvérsia para a sua utilização, desde que observados os seus requisitos. Nesse sentido, COSTA ANDRADE³⁸⁸ enumera quatro *pressupostos materiais* para que seja permitida a escuta telefónica: (i) Que esteja em causa os chamados “*crimes do catálogo*”, i.e., uma das infracções previstas no n.º 1, do art. 187.º do CPP³⁸⁹ (ou § 100a) da StPO alemã); (ii) exige-se uma forma relativamente qualificada da suspeita do crime, i.e., não se basta «*com meras suposições ou boatos não confirmados*» (MEYER); (iii) As escutas estão subordinadas a um *princípio de subsidiariedade*, i.e., de outro modo “*a descoberta dos factos seria impossível ou essencialmente*

³⁸⁵ Cfr. MAUNZ, DÜRIG, HERZOG, *Grundgesetz, Kommentar*, artigo 2, 1, Rn, 40 *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições...op.cit.*, p. 237-238.

³⁸⁶ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições...op.cit.*, p. 238 e 239.

³⁸⁷ *Ibid.*

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 289-292.

³⁸⁹ Ao contrário do que ocorre no art. 126.º do CPP (*Métodos proibidos de prova*), no art. 187.º, n.º 1, do CPP, temos uma enumeração “*taxativa e fechada*”. Segundo defende COSTA ANDRADE, o legislador quis dar expressão positivada ao juízo de proporcionalidade. [grifo nosso]; Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições...op.cit.*, p. 290.

dificultada”³⁹⁰ (§100 a) da StPO alemã); (iv) as escutas telefónicas só são admitidas num “*universo determinado de pessoas ou ligações telefónicas*” (100a) 2, da StPO alemã). Mediante o exposto, COSTA ANDRADE³⁹¹ defende que se deve interpretar, necessariamente, o preceito do art. 187.º, n.º 1, do CPP de forma restritiva, i.e., quando realmente se revelar necessária a descoberta da verdade ou para a produção das provas.

Assim, em Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 22-10-2014, ficou consolidado quanto ao “*aproveitamento extraprocessual dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*”³⁹², mesmo quando as mesmas tenham sido produzidas ao abrigo de outro processo, observado o disposto no art. 187.º, n.º 7, do CPP.

No plano constitucional, existe a vedação expressa às autoridades públicas, de qualquer tipo de ingerência ao nível de correspondência, telecomunicações e demais meios de comunicação, *salvo os casos expressamente previsto na lei em matéria de processo criminal*, disposta no art. 34.º, n.º 4, da CRP. A vedação expressa pela lei constitucional só acresce a sua relevância no cenário das provas ilícitas, na medida em que a prática demonstra que a preocupação do legislador possui fundamentação dentro uma escolha axiológica realizada em função da multiplicação da frequência da utilização das escutas telefónicas como meio investigativo em Portugal, é o que demonstra um estudo comparativo, entre os anos de 1979 e 1989, partiu de praticamente inexistente para 365 casos em 1989³⁹³.

Outrossim, a legislação avulsa quanto a matéria, acrescenta densidade normativa, com a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, que estabelece as medidas de combate a *criminalidade organizada*, dispondo no seu art. 6.º, que são lícitas as interceptações telefónicas, sem o consentimento do visado, *desde que tenha a prévia autorização do juiz e que seja necessária para a investigação do crime*, com a observação do art. 188.º do CPP, (pertinente às escutas telefónicas). A Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, no mesmo sentido, prescreve sobre o regime jurídico das *acções encobertas* para fins de prevenção e investigação criminal.

³⁹⁰ Para RUDOLPHI, não basta que a investigação por outros meios se mostre inviável ou sem perspectivas, é preciso que as escutas telefónicas se demonstrem fecundas e promissoras de resultados. Cfr. RUDOLPHI, “*Grenzen der Überwachung des Fernmeldeverkehrs nach den § 100a, b) StPO*”, Fest. Schaffstein, p. 437 *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova...op.cit.*, p. 291.

³⁹¹ ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova...op.cit.*, p. 291 e 292.

³⁹² Refere COSTA ANDRADE a propósito das escutas telefónicas que “*a validade das escutas [telefónicas] determina, sem mais, a validade da recolha dos conhecimentos fortuitos*”. Cfr. Acórdão do Tribunal da Rel. de Coimbra de 22-10-2014, *in* Colectânea de Jurisprudência, n.º 257 ANO XXXIX, TOMO IV/2014, Palácio da justiça, Coimbra, 2014, p. 52-54; [grifo nosso].

³⁹³ “*Informações fornecidas pelo Ex.º mo Procurador-Geral da República.*” Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova...op.cit.*, p. 272.

É importante salientar que esse problema advém dos tempos modernos, onde a tecnologia desenvolve-se a velocidade da luz, todos os dias são lançados novos produtos tecnológicos, que modificam as novas vidas e ao mesmo tempo trazem novas preocupações no que concerne a nossa privacidade, a nossa segurança e o nosso futuro.

6.2. Gravações Clandestinas no Brasil

Também quanto as gravações clandestinas no direito brasileiro, é notório o tratamento diferenciado que tem sido dado pela doutrina (que se encontra ainda dividida) e jurisprudência, no sentido de “*admitir válido meio de prova*”. Com apoio na doutrina de PESTANA AGUIAR e PONTES DE MIRANDA, defendem os Autores que, não se tratando de interceptação de conversa telefónica [sem despacho] ou de outro meio ilegal ou moralmente ilícito, mas simplesmente de reprodução de uma conversa mantida pela partes e gravada por uma delas, deve ser admitida como meio de prova³⁹⁴.

PELLEGRINI GRINOVER, por seu turno, ensina que deve conferir-se um regime diverso do tratamento dado as interceptações telefónicas *stricto sensu*, entendida como aquela “*efectuada por terceiro, ainda que com o consentimento de um dos interlocutores, com a finalidade de tomar conhecimento de notícias que, de outra forma, permaneceriam desconhecidas*”³⁹⁵.

Com efeito, TORQUATO AVOLIO esclarece que a licitude da prova resultante de *gravação clandestina* deve ser aferida não apenas com base na distinção conceitual em relação à interceptação telefónica, mas pelo modo de sua obtenção, “*constituindo este o ponto referencial ao exame de sua validade no processo*”³⁹⁶.

Outrossim, as *gravações clandestinas* se diferenciam da simples escuta, desacompanhada de gravação e da conversa alheia, como refere PELLEGRINI GRINOVER³⁹⁷, enunciando que estas últimas também podem ser objecto de prova.

Nesse sentido, é possível que um dos interlocutores proceda à gravação das suas próprias conversas telefónicas, limitando-se assim, a documentar fatos já conhecidos; que se grave de

³⁹⁴ [grifo nosso] Cfr. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, *Provas Ilícitas...op.cit.*, p. 212.

³⁹⁵ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas ...op.cit.*,p. 390 e 391.

³⁹⁶ Cfr. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, *Provas Ilícitas...op.cit.*, p. 213.

³⁹⁷ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas ...op.cit.*,p. 391.

forma oculta, por um dos interlocutores a conversa entre presentes³⁹⁸; ou mesmo que, um terceiro faça uso de aparelhos electrónicos para gravar a conversa de outrem. Todos essas situações descrevem casos de gravações clandestinas, onde está em causa o problema da violação da intimidade: *violação do segredo*³⁹⁹.

Na jurisprudência portuguesa, de forma lapidar em Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães, de 23-09-2013, referente às *gravações telefónicas*, fica decidido no sentido de permitir a sua realização por particulares no âmbito de relações privadas [gravações clandestinas], prescrevendo que as mesmas “*podem ser utilizadas como meio de prova, quando quem a fez está a ser vítima de um crime, ou presencia a prática de um crime, e com a gravação pretende facilitar a sua averiguação e posterior condenação*”⁴⁰⁰.

No mesmo sentido, acompanha a doutrina brasileira a este respeito, não considerando ilícita uma *gravação clandestina* quando esteja em causa uma conversa própria oculta, em casos excepcionais, *v.g.*, em caso de extorsão, pois este é equiparado ao regime de legítima defesa, excluindo a sua ilicitude⁴⁰¹.

³⁹⁸ Em oposição da doutrina defendida por PESTANA AGUIAR e PONTES DE MIRANDA, conforme atrás mencionado, que aceitam as gravações como meio de prova válido.

³⁹⁹ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas ...op.cit.*, p. 391.

⁴⁰⁰ Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães, de 23-09-2013, disponível em www.dgsi.pt [grifo nosso]. Em sentido oposto, cfr. Ac. do Tribunal da Rel. de Guimarães, de 16-02-2012, considerando ilícita a gravação sem o consentimento do emitente.

⁴⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas ...op.cit.*, p. 391.

CAPÍTULO IV

ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

1. O problema da admissibilidade; 2. O direito Comparado; 3. Soluções; 3.1. Tese de admissibilidade da prova ilícita; 3.1.1. A irrelevância processual da ilicitude material; 3.1.2. A celeridade processual; 3.1.3. O interesse na descoberta da verdade; 3.1.4 Consequência: *Cobra effect* na justiça; 3.2. Tese de inadmissibilidade da prova ilícita; 3.2.1. A unidade do sistema jurídico; 3.2.2. O dolo não aproveita ao seu autor; 3.2.3. Consagração constitucional: Proibição da valoração da prova ilícita; 3.3. Tese da admissibilidade da prova ilícita em certas condições; 3.3.1. Tese da admissibilidade da prova ilícita na perspectiva constitucional: o *critério da proporcionalidade*; 3.3.2. Incidência do princípio da boa fé; 3.3.3. Colisão de Direitos e o princípio da proporcionalidade; 3.3.4. A prova ilícita e o Anteprojeto de novo código de processo civil.

1. O problema da admissibilidade

A tónica do problema em questão está na busca da verdade material, também chamada por alguma corrente de verdade judiciária⁴⁰², confrontada com os valores individuais expostos para a prossecução desse fim e a consequente necessidade de proteção dos direitos fundamentais. Em muitos dos ordenamentos jurídicos, que vamos percorrer a seguir, as suas soluções, no que tange ao estudo da prova ilícita, estão voltadas para o processo penal, especialmente os sistemas caracterizados da *Common Law*⁴⁰³, onde prevalece a *regra da admissibilidade da prova ilícita*, quanto aos particulares.

Note-se, aliás que, mesmo tomando por base outros sistemas de direito, como o *sistema romano-germânico*, sistema vigente na maior parte do mundo, inclusive em toda a Europa

⁴⁰² “*De facto a verdade judiciária difere da verdade história e da verdade científica. [...] a verdade judiciária move-se na esfera da compreensão de determinados comportamentos ou eventos reportados a um quadro normativamente significativa, portanto de pendor perspectivo e condicionado, desde logo, pela forma como as partes equacionam o caso e pela relevância e eficácia dos meios de prova que a lei admite e parametriza.*” Cfr. GOMES, Manuel Tomé Soares, “*Um olhar sobre a prova...op.cit.*, p. 131.

⁴⁰³ “*No panorama jurídico do ocidente é usual a contraposição entre dois grandes grupos: o dos ordenamentos romano-germânicos e o dos anglo-saxônicos, aos quais se aplicam respectivamente, [...], as conhecidas denominações civil law e common law, [...].*” Defende BARBOSA MOREIRA que não podemos diagnosticar com certeza que jamais existirá ordenamento processual “*quimicamente puro*”, visto que todos combinam, em certa dosagem, elementos de ambos os tipos. Cfr. MOREIRA, José Carlos Barbosa, “*Processo Civil...op.cit.*, p. 628 e 630. Sobre a cultura da imparcialidade dos juízes nos países de sistema *common law*, vide TARUFFO, Michele, *Páginas sobre justicia civil - Proceso y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009 p. 39 - 44.

continental, e respectivas regiões que serviram de colônia, incluindo a América latina, encontramos disposições constitucionais consagradas e direcionadas à ilicitude da prova no processo penal, mas, nesses sistemas prevalece a *regra da não admissibilidade das provas ilícitas*, com as marcadas exceções que veremos mais adiante, *v.g.*, em França.

As soluções encontradas estão voltadas ao processo penal porque, em quase todas as ordens jurídicas o estudo da prova ilícita não foi desenvolvido suficientemente no campo do processo civil, e além de ser um tema difícil, o problema não foi colocado de maneira tão acentuada como no processo penal.

Para além disso, a necessidade legislativa criminal parte da ideia central de que no processo penal os valores envolvidos são elevados e complexos. Portanto, necessitam impreterivelmente de disposições concretas, *v.g.*, arts. 32.º, n.º 8, da CRP, 126.º do CPP e 5.º, LVI, da CF brasileira.

A análise dessa figura no processo civil foi colocada à margem, quase sempre para segundo plano. Dessa forma, as soluções aqui encontradas não poderão ser transplantadas automaticamente para o campo do processo civil, sem que sejam necessárias algumas adaptações. Posto isto, passaremos a expor algumas posições previstas nos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

2. O direito comparado

O desenvolvimento do tema da admissibilidade da prova ilícita, levado a cabo, esmagadoramente, por doutrinadores do processo penal, desencadeia a necessidade de, não raras as vezes, fazermos menção ao regime aplicável a este ramo do direito para o processo civil.

Mas não só, pois também a escassa doutrina portuguesa faz-nos depender do direito comparado na busca de outras perspectivas para o melhor entendimento desse intrincado tema.

Em França, a Constituição francesa não consagra nenhuma disposição constitucional a respeito das garantias fundamentais das partes no processo. De forma que, como refere PELLEGRINI GRIONOVER, “a doutrina reconhece que as garantias das partes, no processo, somente se exprimem, no sistema francês, através dos textos dos códigos processuais e da jurisprudência”⁴⁰⁴. Logo, a prova ilícita só estará excluída do processo quando for vedada pela

⁴⁰⁴ Cfr. GRIONOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas ...op.cit.*, p. 169.

lei processual e considerada nula, e pelo que consta, nenhuma sanção está prevista no ordenamento francês contra as possíveis violações dos direitos fundamentais, consagrando-se a *regra da admissibilidade da prova ilícita*, ainda que de forma indirecta, quer no processo penal, quer no processo civil⁴⁰⁵.

Com efeito, em Inglaterra e em outros países influenciados pela *Common Law*, v.g., Canadá, Índia e África do Sul, há um regime concretizado para o processo penal, onde releva o *sistema da admissibilidade da prova ilícita*, com um importante critério: *a relevância da prova*, i.e., desde que ela seja relevante para a descoberta da verdade. Como ressalva JOÃO ABRANTES, “*independentemente da licitude ou ilicitude da conduta através do qual foi obtida*”⁴⁰⁶, o modo de sua obtenção não influencia, mas sim, se a prova é ou não relevante para o desfecho processual. Observamos, que no sistema *common law* inglês é levada a cabo uma análise realizada caso a caso, de maneira que, se o juiz considerar a prova relevante para a descoberta da verdade, a mesma será admitida no processo.

Na Escócia, a jurisprudência tem privilegiado a “*nova corrente*”, apontado para a *regra da admissibilidade da prova ilícita em certas condições*, de acordo com os interesses em jogo, fazendo um juízo dos valores conflituantes, ponderando os interesses das partes envolvidas, através de um *critério de proporcionalidade*, optando assim, pela admissibilidade (ou não) da prova ilícita, mediante a análise do caso concreto. É ponto assente que tal opção legislativa afasta-se dos países tradicionais *common law* (Inglaterra e Canadá), onde predomina a *regra da admissibilidade da prova ilícita*, salienta-se, em processo penal.

Em outros países de sistema *common law*, nomeadamente nos Estados Unidos, apresentam-se especificidades quanto à instrução do processo⁴⁰⁷, e apesar da tradição jurídica consuetudinária, os Estados Unidos usufruiu desde suas origens de uma constituição escrita (diversamente do sistema inglês), como adverte PELLEGRINI GRINOVER⁴⁰⁸. Sendo assim há a consagração dos direitos fundamentais através do *bill of rights*, “*configurando-se como verdadeiros imperativos jurídicos*”⁴⁰⁹. Com efeito, o problema da admissibilidade das provas ilícitas é considerado um problema constitucional, na medida que a norma que proíbe a prova

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 170 e 171.

⁴⁰⁶ Cfr. ABRANTES, José João, “*Prova ilícita...op.cit.*, p. 18.

⁴⁰⁷ Nos Estados Unidos subsiste no direito civil o júri popular, procedimento praticamente desaparecido na Inglaterra. Cfr. MOREIRA, José Carlos Barbosa, “*Processo Civil...op.cit.*, p. 632.

⁴⁰⁸ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas ...op.cit.*, p. 161-163.

⁴⁰⁹ *Ibid.*

ilícita pertence à Constituição, Emenda IV, nascendo a *exclusionary rule*: “a prova obtida em contrariedade à Emenda IV é processualmente inadmissível”, pressupondo a ilegitimidade processual⁴¹⁰. Nesta senda, vigora a corrente da *inadmissibilidade da prova ilícita* quanto ao processo penal e esclarece JOÃO ABRANTES, que existem dúvidas relativamente à aplicação do *princípio da inadmissibilidade* ao processo civil⁴¹¹.

A Alemanha, por sua vez, foi bastante influenciada pelos Estados Unidos, nomeadamente quanto ao regime da prova ilícita, como refere PELLEGRINI GRINOVER⁴¹², o sistema positivo alemão quanto as vedações probatórias (*Beweisverbote*), nomeadamente no processo penal, apresenta semelhança com as “*exclusionary rules*” previstas no ordenamento americano, podendo ser observados pontos de contacto entre os dois sistemas, nomeadamente: os destinatários da proibição de prova são os órgãos públicos; a legitimação quanto a produção de prova ilícita é relativa, por via de regra, por competir ao sujeito passivo do acto ilícito e não a parte processualmente prejudicada com a produção das provas. Mas, também, podemos citar uma diferença com o ordenamento americano, designadamente, quanto à *prova ilícita derivada*, na medida em que o ordenamento jurídico alemão não aceita a teoria do “*fruits of the poisonous tree*”.

Em Espanha, o problema da admissibilidade da prova ilícita divide-se em três grandes opiniões, analogamente ao que ocorre nos restantes ordenamentos jurídicos, sendo basicamente as seguintes: o primeiro grupo, defende que só existe prova ilícita quando a prova viola os direitos fundamentais previstos na Constituição Espanhola (Constitución Española), designadamente na Secção 1.^a, do Cap. 2, do Título I. São defensores dessa doutrina, entre outros, v.g., SÁINS ROBLES e ALBÁCAR ; o segundo grupo, representado entre outros, por SILVA MELERO, VESCOVI e LÓPEZ BARJA DE QUIROGA propugnam que em todo o caso de infracção das normas processuais resultará na violação dos arts. 24.º, n.º 2, e 14.º da CE, configurando a prova ilícita; por fim, o terceiro grupo, defende que não será em todos os casos que uma violação de um direito fundamental apontará para a prova ilícita, pois deve *ponderar-se a relevância da infracção tendo em conta os interesses em conflito*. Esta última corrente,

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 167

⁴¹¹ Cfr. ABRANTES, José João, “*Prova ilícita...op.cit*”, p.17.

⁴¹² Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas ...op.cit.*,p. 174 -181.

caracterizada por uma opinião intermédia, corresponde a tese da admissibilidade em certas condições e é actualmente seguida pela jurisprudência espanhola⁴¹³.

No direito brasileiro, a prova ilícita também é regida por norma constitucional, assim como acontece no ordenamento português e em princípio, no espanhol. Durante algum tempo, a doutrina e a jurisprudência no Brasil não eram uniformes quanto à admissibilidade das provas ilícitas, mas a CF, consolidando uma posição já consagrada pelo STF, trouxe no rol das garantias fundamentais do cidadão o art. 5.º, inciso LVI, que afasta do processo as *provas ilícitas*, de qualquer natureza⁴¹⁴, prevendo a norma de forma clara que: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.” Trata-se de uma cláusula pétrea constitucional e, como bem assinala PELLEGRINI GRINOVER⁴¹⁵, a prova será vedada sempre que for contrária, absoluta ou relativamente, a uma norma legal específica ou a um princípio de direito positivo. Sublinha ainda a autora que tal proibição pode ser estabelecida tanto pela lei processual, quanto pela lei material e pode, ainda, ser deduzida, expressa ou implicitamente, de *princípios gerais do direito*, sendo certo que no caso em concreto, estamos perante uma vedação de força constitucional.

A lei brasileira ressalta a prova ilícita dentro das categorias das provas vedadas também no processo penal, com a Lei n.º 11.690/08, de 09 de Junho, que altera o CPP brasileiro relativamente às provas, de forma a reforçar o entendimento de inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, “*assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*”, (vide art. 157.º, *caput*, do CPP brasileiro). No seguimento da ideia, recentemente, foi submetido um projecto de lei ao Ministério Público Federal (MPF), que, num programa “*anti-corrupção*”, sugeriu a mudança do CPP no sentido de admitir a prova ilícita quando “*os benefícios decorrentes do aproveitamento forem maiores do que o potencial efeito preventivo*”. Porém, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) veio confrontar de forma veemente, defendendo que é preciso combater a corrupção, mas a CF impede tal admissibilidade e, como Lei Maior, deve ser respeitada por todos, inclusive pelo Ministério Público. O presidente da OAB, FURTADO COELHO, afirma que, “*devemos estimular o cumprimento das normas legais*

⁴¹³ Cfr. SERRANO, Nicolás González-Cuellar, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en le proceso penal*, Ed. Colex, 1990 *apud* CASTRILLO, Eduardo de Urbano e MORATO, Miguel Ángel Torres, *La Prueba ...op.cit.*, p. 38.

⁴¹⁴ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...*, *op.cit.*, p. 599.

⁴¹⁵ Cfr. VESCOVI, “*Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita*”, in Rev. ib. am. der. proc, 1960, p. 343 *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...*, *op.cit.*, p. 133.

e não pregar o seu desrespeito”, de forma que, se a proposta do MPF for aprovada, a OAB tentará uma acção directa de inconstitucionalidade. A proposta de lei foi criticada por doutrinadores e advogados, ao defenderem que uma admissibilidade da prova ilícita, nesse contexto, permitiria abusos das autoridades estatais⁴¹⁶.

Tal posicionamento, baseado na descrença de uma solução mitigada para a admissibilidade da prova ilícita, reflectiu-se no CPC brasileiro recém aprovado pela Lei n.º 13.105, de 16 de Março de 2015, o qual eliminou a possibilidade de utilização do critério da proporcionalidade que surgiu no art. 257.º do Anteprojecto da reforma ao CPC, e consagrou uma disposição normativa semelhante à anterior, no Capítulo XII - *das Provas*, que igualmente se digna ao mesmo tratamento da prova ilícita, elencando no art. 369.º: “*As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos factos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.*”

A norma apresenta um conceito positivo no sentido de inadmissibilidade da prova ilegal, nas quais se incluem as *provas ilícitas* ou *ilicitamente obtidas*, bem como impõe uma *limitação ao direito à prova*, excluindo do processo os meios de prova *moralmente ilegítimos*, assim entende PELLEGRINI GRINOVER⁴¹⁷, o mesmo só pode funcionar “*dentro de uma escrupulosa regra moral*”, que deve regir a atividade do juiz e das partes. Na mesma linha, ARAÚJO CINTRA ao analisar a norma constante do art. 369º do CPC afirma que, “*a legitimidade moral exigida pela lei se manifesta pelo respeito à dignidade humana e pela adequação do meio de prova ao padrão ético vigente, incluindo-se nessa adequação a idoneidade para fundamentar racionalmente seus resultados*”⁴¹⁸.

3. Soluções

Dentro de uma análise realizada por ISABEL ALEXANDRE, considera-se que a prova ilícita é também um problema político, a partir do qual as soluções encontradas, seja na

⁴¹⁶ Cfr. “*OAB é contra proposta de que "prova ilícita" seja aceita na Justiça*”, notícia da OAB de 23-03-2015, disponível em http://www.oab.org.br/noticia/28205/oab-e-contra-proposta-de-que-prova-ilicita-seja-aceita-na-justica?utm_source=3159&utm_medium=email&utm_campaign=OAB_Informa.

⁴¹⁷ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 414.

⁴¹⁸ CINTRA, António Carlos de Araújo, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2000, p. 16-10 *apud* AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, *Provas Ilícitas...op.cit.*, p. 241.

legislação, seja no próprio intérprete, para a aceitação ou não da prova ilícita, nos diversos ordenamentos jurídicos, variam de acordo com a valorização ou não do ser humano como prioridade dentro do processo, conjugando os elementos de proteção da esfera jurídica por um lado e, por outro, a descoberta da verdade material, entrelaçada pela aceitação ou não da prova ilícita. Nos ordenamentos mais humanistas, valoriza-se o direito fundamental violado em detrimento da aceitação da prova ilícita e consequente descoberta da verdade material, em contraposição aos sistemas menos humanistas, onde ganha supremacia a descoberta da verdade material, defendendo a admissibilidade da prova ilícita⁴¹⁹.

Na doutrina, as consequências processuais da obtenção e utilização de uma prova considerada ilícita vão desde a admissibilidade da prova ilícita com a negação absoluta de qualquer efeito (negativo) dentro do processo, até à proibição absoluta da admissibilidade e valorização da prova ilícita enquanto fundamento da decisão do juiz, passando por um ponto de equilíbrio entre as correntes.

Apesar da expressa proibição que ocorre na maioria dos ordenamentos quanto à admissão da prova ilícita no processo civil, incluindo o contexto das normas constitucionais concebidas para o processo penal, desenvolveram-se basicamente três correntes doutrinárias a respeito do tema: *restritiva, liberal e intermediária(mista)*⁴²⁰.

3.1. Tese de admissibilidade da prova ilícita

As teses que propugnam a admissibilidade da prova ilícita afirmam que somente se deve considerar inadmissível no processo determinada prova, quando existir um impedimento na própria lei processual. Por outro lado, dentro do problema jurídico da admissibilidade da prova é irrelevante saber quais os meios utilizados para obtenção da mesma, prevalecendo nessa corrente: “*Male captum bene retentum*”⁴²¹.

⁴¹⁹ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 15.

⁴²⁰ Cfr. NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de Direito...op.cit.*, p. 493

⁴²¹ Esclarece ALFREDO GAITO que, na época do velho código italiano, o tema da *prova ilicitamente obtida* era endereçado e resolvido pela jurisprudência baseado no “*critério Realpolitik*”: uma vez inserida no processo, a prova permaneceria, sempre e em todo o caso, qualquer que fosse o modo pelo qual tivesse sido adquirida. A tendência processual civil em Itália, na altura, era de um processo pragmático, sem muitas considerações ideológicas. Cfr. BARGI, Alfredo, GAITO, Alfredo, SAGNOTTI, Simona C., *Teoria e Prassi della prova...op.cit.*, p.117.

3.1.1. A irrelevância processual da ilicitude material

Para o entendimento desta corrente, defendida entre outros, por CORDERO⁴²², devemos cingir-nos ao plano da valoração da prova para decidir sobre a sua admissibilidade no processo, deixando de fora o modo como essa mesma prova foi colhida. No mesmo sentido, na doutrina italiana mais recente, RICCI⁴²³ destaca que se o momento em que se verificou a ilicitude foi anterior ao desenvolvimento do processo, a respectiva ilicitude é irrelevante logo a prova conserva o seu valor probatório, podendo ser inserida nos autos, sem prejuízo das eventuais sanções civis ou penais, aplicáveis a quem indevidamente fez uso das provas.

Posto isto, afigura-se relevante o conceito de *prova ilícita*, em contraposição ao conceito de *prova ilegítima*, variando num e noutro caso a admissibilidade da prova no processo. Nestes termos, os defensores desta corrente consideram processualmente admissíveis as *provas ilícitas* (aquelas obtidas mediante *violação do direito material*), visto que elas não representam relevância processual (desde que não se encontre nenhuma norma processual que as exclua), sendo por seu turno, inadmissíveis, apenas as *provas ilegítimas* (aquelas que implicam violação de normas processuais), posto que a existência de normas processuais automaticamente as afastam do processo.

Como refere PELLEGRINI GRINOVER⁴²⁴, afirmar que de uma violação de um direito material passaríamos consequentemente a nulidade de todos os actos praticados, significaria “*um salto lógico*” que não faria qualquer sentido, na medida em que, “*não há nenhuma razão para passar da norma abstracta que garante um direito à inadmissibilidade da prova*”.

Entre os doutrinadores alemães, propugnam esta corrente GOLDSCHMIDT⁴²⁵ e NIESE⁴²⁶, defendendo que a “*inadmissibilidade de um acto processual não pode ser deduzida da ilicitude material de certa conduta*”, pois o direito processual é dotado de autonomia perante o direito material, sendo regido por valores próprios.

⁴²² Cfr. CORDERO, “*Prove illecite nel processo penale*”, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1961, p. 53 e ss. *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini, “*Provas ilícitas...op.cit.*”, p. 144-145.

⁴²³ Cfr. G.F.RICCI, “*Le prove illecite...op.cit.*”, pág. 70 *apud* ALEXANDRE, Isabel - *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 172-173.

⁴²⁴ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 143.

⁴²⁵ Cfr. GOLDSCHMIDT, J., *Der Prozess als Rechtslage*, Springer, Berlin p. 294 e ss. *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 172.

⁴²⁶ Cfr. NIESE, W., “*Narkoanalyse als doppelfunktionelle Prozesshandlung*”, ZStW, 1951, p. 216-2017 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 172.

Com efeito, a admissibilidade da prova deve ser regida segundo a existência de normas processuais, as quais estabeleçam que quem agiu ilicitamente deve ser sancionado, contudo, a prova é validamente introduzida no processo, desde que não haja previsão processual expressa que a exclua.

3.1.2. A celeridade processual

A celeridade processual é considerada por alguma doutrina um fundamento a favor da admissibilidade da prova ilícita no processo. Todavia, tal argumento não apresenta consistência em nossa opinião. Isso porque a tese em análise, defendida por ROTH⁴²⁷, apresenta como fundamento a ideia de que, admitida uma discussão entre as partes no processo a respeito da admissibilidade da prova, esta colocaria em causa a celeridade no processo, figura tão tutelada no moderno processo civil⁴²⁸.

Ora, apesar de o processo se reger, de entre outros princípios, pelo *princípio da celeridade processual*, este não é o único e o mais importante e, portanto, o mesmo não significa que não devemos aceitar expedientes processuais necessários à justa composição do litígio, que porventura atrasem a instância, v.g., art. 269.º, n.º 1, *causas de suspensão da instância*, e sobretudo, os institutos que tutelam o contraditório, v.g., 415.º, *princípio da audiência contraditória*.

Nesse sentido, ZEISS⁴²⁹ defende que (posição que corroboramos) não se pode prescindir das etapas e discussões necessárias no processo em nome da celeridade processual, esta não pode ser conseguida a qualquer custo, por mais que a celeridade processual seja objecto de tutela no processo, não se pode sacrificar outros institutos processuais em nome da mesma, v.g., §387 ZPO, relativo ao incide de recusa de depoimento.

⁴²⁷ Cfr. ROTH, A., “*Die prozessuale Verwendbarkeit rechtswidrig erlangter Beweisurkunden*”, JR, 1950, p.175 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 177.

⁴²⁸ A celeridade processual, verdadeiro princípio presente no moderno processo civil, está relacionada com a ideia do *impulso oficial processual* (corrente publicista do processo), este critério aponta para o órgão jurisdicional a ativação que move o processo, sem olvidar que “o ordenamento processual civil não aboliu por completo a iniciativa das partes, permitindo-lhes quando de acordo”, v.g., abreviar ou prorrogar prazos. Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 22.ª Ed. revista e atualizada, Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p. 350 e 351.

⁴²⁹ ZEIS, W., “*Die Verwertung...op.cit.*”, p. 384-385 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 177-176.

3.1.3. O interesse na descoberta da verdade

O interesse na descoberta da verdade desde há muito foi fundamento para a justificação de barbaridades, *v.g.*, na II Guerra Mundial, é também encontrado, em sede do processo⁴³⁰, como fundamento para a admissibilidade de provas ilicitamente obtidas e sua consequente valoração pelo juiz, através do *princípio da investigação da verdade*.

Assim, o interesse na descoberta da verdade pode ser invocado para defender a admissibilidade da prova ilícita (e a consequente valoração) ou pode, apenas, ser invocado para defender a sua valoração no processo, no caso de prova ilegitimamente admitida ou invalidamente constituída. Essa separação de águas faz-se necessária na medida em que, como define ISABEL ALEXANDRE⁴³¹, “em defesa da admissibilidade implica o dever do juiz de admitir o meio de prova”, mas por outro lado, “a defesa de sua valoração pode significar que existe um dever do juiz em não admitir a prova ilícita, aceitando-se embora, em caso de admissão, a ponderação do resultado obtido, quando seja útil para a descoberta da verdade”.

A favor da corrente ora em análise, SCHÖNKE⁴³² afirma que o recurso ao *princípio da investigação da verdade*, dentro dos demais princípios fundamentais, é a resposta para a admissibilidade da prova ilícita, pois é a partir dele que se manifesta o interesse da colectividade, em que os factos fiquem esclarecidos no processo, de forma a assegurar a ordem jurídica. Nessa lógica, quando uma das partes apresenta uma prova ilícita, estão em causa dois interesses conflituantes: por um lado o interesse (*público*) na descoberta da verdade e, por outro, um interesse (*público*) na protecção contra a obtenção ilegal da prova. De forma que, o conflito deve ser solucionado, segundo o autor, com a prevalência na descoberta da verdade, pois o

⁴³⁰ No processo penal, chama-nos atenção as *provas científicas*, *v.g.*, a utilização da narcoanálise (“*soro da verdade*”) e do polígrafo (“*detector de mentiras*”) para fins probatórios, sendo certo que o art. 126.º, n.º 2, *al. a*), do CPP, parece consagrar o entendimento de não admissão de tais métodos de prova. Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 182. A doutrina alemã afasta de todo o “*lie detector*”, consolidado pela jurisprudência, tal entendimento afasta o respectivo método de prova por concebê-lo como uma “*devassa sobre a alma e as pulsões inconscientes do arguido*” tornado-o violador da dignidade humana. Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições...op.cit.*, 2013, p. 217. Sobre a *prova científica* e o seu desenvolvimento nos Estados Unidos, *vide* TARUFFO, Michele, “*Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno. 50 n.º 1, Giuffrè Editore, Milano, 1996, p. 219 - 250.

⁴³¹ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 180.

⁴³² Cfr. SCHÖNKE, A., “*Limites de la prueba en el derecho procesal*”, in *Rev. de der. proc.*, 1955, p. 374 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 184-185.

interesse (*público*) contra a ilicitude da prova, pode ser sempre satisfeito, mediante sanções civis e penais, aplicadas ao agente da lesão.

Em oposição, defende e muito bem ALMAGRO NOSETTE⁴³³, que se trata de uma tese ultrapassada, pois o processo não funciona baseado em uma justiça “*justiceira*” mas, pelo contrário, em harmonia com os valores materiais, nomeadamente com “*o núcleo básico dos direitos humanos*”.

Do nosso CPC também podemos retirar justificativas que colocam em causa a descoberta da verdade a qualquer custo, pois esta não pode ser obtida por qualquer meio com prevalência absoluta sobre os demais valores da ordem jurídica. Corrobora a nossa posição, *v.g.*, o art. 417.º, n.º 3, concebendo a lei o *direito de recusa* dentro do *dever de cooperação para a descoberta da verdade*, nomeadamente protegendo os direitos fundamentais invioláveis em sua esfera jurídica, de modo a que estes sobreponham-se à busca da verdade. Outrossim, o art. 454.º, n.º 2, proibindo certos *factos sobre o qual podem recair* o depoimento de parte, por via do qual demonstra a lei que o interesse na busca pela verdade deve ser sempre limitado perante outros valores superiores.

3.1.4. Consequência: *Cobra effect* na justiça

A admissibilidade da prova ilícita está presente em grande parte nos países de sistema *Common Law*, onde sobrepõe a verdade em detrimento de todos os outros aspectos, designadamente, da protecção e salvaguarda do direito material, traduzindo-se na busca pela verdade, privilegiada a todo o custo.

Mas na busca pela verdade material, podemos defender a admissibilidade de toda e qualquer prova de forma absoluta no processo? Nesse contexto, entramos em um espaço perigoso para a esfera do direito (substantivo), pois os doutrinadores defensores da tese da admissibilidade baseiam-se no fim primário do processo, a *descoberta da verdade material*, e por sua vez, se tal desiderato é atingido através da exposição de provas, pouca importa se elas sejam contrárias (ilícitas) ou não ao ordenamento jurídico, *i.e.*, para essa corrente os fins justificam os meios.

⁴³³ Cfr. NOSETTE, J. ALMAGRO, “*Garantias constitucionais del proceso civil*”, Justicia, 1981, p. 11-12 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 186.

Observada a hipótese, retiramos a seguinte conclusão que não passa despercebida. E em nosso entendimento parece merecer alguma reflexão. Vejamos.

Com a aceitação de todo e qualquer meio de prova sem distinção, incluindo as provas ilícitas, as partes lançarão mão de quaisquer meios e artifícios para defenderem os seus interesses com o propósito de atingir o sucesso na lide, e não se sentirão intimidadas em violar direitos fundamentais, v.g., inviolabilidade das correspondências, direito à reserva da vida privada e familiar, etc.

A liberdade concedida na utilização de qualquer meio de prova pode abrir a porta para um sem número de casos onde prevalece a idéia de que “*os fins justificam os meios*”. Ou seja, não importam os meios utilizados para se alcançar determinada prova, nem os bens e valores sacrificados com a utilização da respectiva ilicitude, mas sim, o resultado que a prova (ilícita) irá causar dentro do processo: *uma posição vantajosa*, em relação à contraparte.

Ora, nesta perspectiva, os tribunais podem ver-se com imensos casos em que as partes se valem de *provas ilícitas*, sem prejuízo das devidas sanções civis ou penais cabíveis daí advindas, para a parte, que de algum modo, fez uso da prova ilícita.

Aqui chegados, ponderamos se a admissibilidade das provas ilícitas sem restrições traria algum benefício para o processo e para a justa composição do litígio ou apenas fomentaria a proliferação deste tipo de prova dentro do meio probatório, com a agravante de, por um lado, produzir como *consequência imediata*, o desincentivo a obediência à lei, e principalmente, o desincentivo pelo respeito dos direitos fundamentais das partes, e por outro lado, uma *consequência mediata*, contribuindo para o afogamento do sistema judicial com processos eivados por provas ilícitas, o que não parece de todo, corresponder a vontade do legislador, na medida que este consagra a protecção dos respectivos direitos fundamentais na lei.

A situação descrita caracteriza o *efeito cobra*, ou como é conhecido pela maioria, “*the cobra effect*”, onde o resultado é notavelmente pior do que o ponto de partida⁴³⁴. Nessa óptica, a tese que defende a aceitação das provas ilícitas sem restrições, funcionaria a princípio como a

⁴³⁴ Aplicado também na economia pelos economistas e cientistas, onde recebeu a denominação ulterior de Lei das Consequências não Intencionais, “*conta a lenda que o governo britânico estava preocupado com o aumento do número de cobras venenosas em Delhi, na Índia, e ofereceu uma recompensa para cada cobra morta. Inicialmente, esta foi uma estratégia bem sucedida com um grande número de serpentes mortas em troca da recompensa. Com o passar do tempo, no entanto, empreendedores começaram a criar cobras para obter renda. Quando o governo descobriu a aldrabice, o programa foi abandonado, fazendo com que os criadores de cobra fossem obrigados a desfazer-se delas. Como resultado, aumentou ainda mais a população selvagem de cobras na cidade*”, disponível em <http://www.institutoliberal.org.br/blog/o-efeito-cobra-e-lei-preco-fixo/>.

subtracção de um problema, eliminando uma discussão processual em torno da admissibilidade da prova ilícita, mas, em contrapartida, significaria um combustível dado as partes para que estas buscassem, a todo o custo, provar a sua verdade, com a demonstração dos factos em juízo, através de provas ilicitamente obtidas.

Em abono da nossa interpretação, em acórdão do STF⁴³⁵ sobre as “*provas resultantes de busca e apreensão a partir de dados obtidos ilicitamente*”, defendendo a inadmissibilidade das provas ilícitas, o Juiz SEPÚLVEDA PERTENCE, do Supremo Tribunal, afirmou a propósito da prova ilícita derivada que, permitir as informações colhidas através de condutas ilícitas para serem utilizadas no processo, *é o mesmo que estimular, e não reprimir a atividade ilícita, i.e., fomentar o desrespeito pelo direito material.*

Com efeito, a impressão que fica é que se cogitarmos a possibilidade de adopção de uma *posição liberal*, defendendo a admissibilidade das provas ilícitas, sem restrições, obter-se-ia um resultado inverso àquele que se propunha no início, qual seja, a eliminação do problema da prova ilícita.

3.2. Tese de inadmissibilidade da prova ilícita

As teses que defendem a inadmissibilidade da prova ilícita afirmam que, uma vez reconhecida a ilicitude da prova obtida, esta deve ser considerada excluída do processo, não pode ser admitida ou valorada. Essa corrente sobreleva os valores fundamentais, não abrindo espaço para a ponderação dos interesses envolvidos, defendendo que o processo não pode ser visto “*como um campo de batalha onde os fins justificam os meios*”⁴³⁶

3.2.1. A unidade do sistema jurídico

A tese da inadmissibilidade da prova ilícita é defendida por esta doutrina com base na ideia de que o ordenamento jurídico não é formado por divisões estanques dos diversos ramos do direito. Logo, também no processo, os institutos processuais recebem influência de outros

⁴³⁵ Cfr. STF, HC, 69.912-0-RS, *Lex, Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, 183/290, 1994 *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 509.

⁴³⁶ Cfr. REDONDO, Monton, “*Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso el proceso*”, Salamanca, Departamento de Derecho procesal de la Universidad de Salamanca, 1977, p. 173-182 *apud* ABRANTES, José João, “*Prova ilícita...op.cit.*, p. 11-12.

ramos substantivos, em consequência disso, há que existir uma certa coerência e se, a ilicitude é um conceito geral aplicado aos diversos ramos do direito, a nulidade por sua vez segue a mesma lógica por maioria de razão, v.g., quando uma prova é considerada nula por um ramo específico, também o deve ser nula e inválida para a generalidade⁴³⁷.

São defensores dessa corrente entre outros, ALLORIO⁴³⁸ e NUVOLONE⁴³⁹, que invocam a autonomia do direito processual, mas estabelecem uma unidade entre os sistemas jurídicos, de modo a funcionarem em congruência na aplicabilidade dos seus conceitos. Ao abrigo dessa corrente, sempre que a obtenção da prova provoque a violação de normas jurídicas, poderá ser arguida a sua inadmissibilidade e a sua ineficácia em juízo.

Todavia, a tese da unidade do sistema jurídico não é bem aceite pela maioria da doutrina, como refere ZEISS⁴⁴⁰ e muito bem, a ilicitude material tem a sua origem numa conduta proibida pelo direito (e não num resultado), com o intuito de preservar os bens jurídicos, sendo impossível extrair do próprio direito material consequências destinadas ao tratamento processual, v.g., o furto de uma prova não pode ser, *de per se*, constituir fundamento para a sua não admissibilidade no processo. Também em oposição à tese de unidade do ordenamento jurídico, COMOGLIO⁴⁴¹ defende que o recurso a tal conceito não justifica o acolhimento de uma noção tão genérica de “*contrariedade ao direito*”, pois quanto aos limites de admissibilidade de uma prova, a norma processual é sempre “*lex specialis*”. De forma que, uma violação do direito material não pode ser sustentada apenas por normas processuais para excluir a valoração da prova.

3.2.2. O dolo não aproveita ao seu autor

A tese que agora analisamos tem origem numa análise exposta inicialmente por CARNELUTTI, numa anotação ao acórdão da *Corte d'Appello* de Milão, de 5 de abril de 1934, defendendo a inadmissibilidade da prova ilícita em processo civil. O autor expõe o caso do

⁴³⁷ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 148.

⁴³⁸ Cfr. ALLORIO, “*Efficacia giuridica delle prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge*”, in *Giur. it.*, 2º, 1960, p.867 e ss. *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 149.

⁴³⁹ Cfr. NUVOLONE, “*Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*”, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 442 e ss. *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini, “*Provas ilícitas...op.cit.*”, p. 149.

⁴⁴⁰ Cfr. ZEISS, W., “*Die Verwertung...op.cit.*”, p. 382 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 189 e 190.

⁴⁴¹ Cfr. COMOGLIO, “*Il problema delle prove illecite nell'azione esperienza angloamericana e germanica*”, 1996, p. 352 *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 177.

instituto da *exibição de documento*, de acordo com o sistema italiano (na altura): o ordenamento jurídico, em regra, não concede àquele que pretende utilizar em juízo um documento que está nas mãos da parte contrária, nenhum direito de exibição. Logo, não podemos estabelecer um direito à exibição do documento, se a lei assim não prescreve e se limita apenas a atribuir ao juiz um poder de extrair da respectiva recusa uma *presunção desfavorável* à parte que não contribui para a justa composição do litígio. Ora, nesse sentido, o que resulta para a parte contrária que detém o documento é apenas um ónus, então o que resultaria se houvesse a apresentação do respectivo documento ilicitamente obtido da contraparte?

Partindo do raciocínio anterior, se alguém tem uma prova ilicitamente obtida e pretende fazer uso dela em juízo, a consequência não pode ser outra senão a sua ineficácia. Pois, se uma parte que obedece as regras previstas na lei não é beneficiada e apenas tem a seu favor uma *presunção judicial*⁴⁴² *desfavorável* à parte contrária, não seria lógico atribuir uma qualquer vantagem, a quem subtrai dolosamente o documento da contraparte e pretende fazer uso dele em juízo, obtendo com isso a demonstração dos factos da sua pretensão.

Em conclusão, os defensores dessa posição defendem que o autor não pode aproveitar-se do acto ilícito, o que significa dizer que o dolo não pode aproveitar ao seu autor.

3.2.3. Consagração constitucional: Proibição da valoração da prova ilícita

A inadmissibilidade das provas ilícitas baseada na consagração constitucional apresenta interesse crescente conforme a doutrina, acompanhada da “*nova corrente*”, inclina-se nos ordenamentos jurídicos para uma flexibilização dos preceitos, quanto à interpretação legal das normas. Todavia, com o possível declínio da rigidez constitucional, faz-se pertinente a nossa reflexão, na medida em que a ilicitude material da obtenção da prova e a sua respectiva admissibilidade no processo são fundamentos de inconstitucionalidade.

Tal orientação, visa proteger a liberdade e a dignidade humana, e apresenta-se relevante por duas razões, como justifica PELLEGRINI GRINOVER⁴⁴³, por um lado, pelo problema da prova ilícita, que sofre influência na mudança de atitude nos sistemas jurídicos, face aos

⁴⁴² Sobre o papel das presunções judiciais no âmbito dos danos não patrimoniais, cfr. CAPELO, Maria José, “*Os factos...op.cit.*”, p. 301-304, (*vide* art. 349.º do CC). A legislação brasileira não prevê, no seu corpo normativo, a definição expressa de *presunção*, como ocorre na legislação portuguesa e em demais ordenamentos estrangeiros, *v.g.*, Código Civil italiano e francês, art. 2.727.º e 1.349.º, respectivamente.

⁴⁴³ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 149 e 150.

problemas constitucionais e processuais, que alteram-se consoante à crescente preocupação em proteger os valores fundamentais, *v.g.*, cada vez mais expostos pela tecnologia moderna; e por outro lado, pela tendência que se verifica quanto à inclusão das provas ilícitas, o que demonstra uma ruptura com o *princípio da proibição da valoração da prova ilícita*, caminhando para uma consolidação de uma tendência antagónica.

Importante tomar nota que a “*nova corrente*”, idealizada para uma flexibilização das normas constitucionais, representa o preço consciente, em termos de busca da verdade⁴⁴⁴, que a sociedade civil moderna está disposta a pagar, para a proteção dos bens envolvidos que merecem maior tutela.

De todo modo, PELLEGRINI GRINOVER⁴⁴⁵ afirma ainda que se torna pertinente encontrar o equilíbrio entre o custo e o benefício desse novo entendimento, destacando nesse contexto, *v.g.*, os Estados Unidos, que ainda consideram inconstitucionais as provas reputadas como ilícitas, (impedindo sua utilização em juízo), por força das *rules of exclusion*, sendo certo que assim o são consideradas, não por força da sua ilicitude, mas por violarem a *IV emenda*, reforçando a ideia que perdura nos ordenamentos jurídicos defensores da “*dicotomia substance-procedure*”, a propósito da *illegally obtained evidence*⁴⁴⁶. Aliás, na Itália, a doutrina sustenta a inadmissibilidade da prova ilícita, “*mesmo quando inexista norma processual que a considere inadmissível*”, tal rejeição é baseada em sua inconstitucionalidade, sempre que o acolhimento da prova ilícita implique uma violação de alguma norma ou princípio geral da constituição⁴⁴⁷, os autores dessa corrente defendem que é inadmissível a utilização da prova ilícita no processo⁴⁴⁸.

A propósito da doutrina italiana mais recente, ALFREDO GAITO⁴⁴⁹ afirma que, de facto uma prova só é admissível no processo e portanto valorável, somente se, e quando responda positivamente a todos os requisitos legais e porque nenhuma norma a proíbe. Refere o Autor, que faz falta uma norma que estabeleça regras de exclusão probatória, entretanto, não há dúvidas de que não são valoradas as provas adquiridas em violação de proibições fixadas na lei.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 150.

⁴⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁴⁶ “[...] o conceito de *illegally obtained evidence* engloba a produção processual de elementos objectivos de convencimento do juiz, cuja formação ou cuja obtenção *in rerum natura* se tenha caracterizado através de um acto praticado contra ius.” Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 155.

⁴⁴⁷ Cfr. VESCOVI, “*Premisas...op.cit.*”, p. 355 e 361 *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 151.

⁴⁴⁸ Nesse sentido, cfr. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de, “*O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*”, em Academia brasileira de Direito processual civil, p. 11, disponível em www.abdpc.org.br.

⁴⁴⁹ Cfr. BARGI, Alfredo, GAITO, Alfredo, SAGNOTTI, Simona C., *Teoria e Prassi...op.cit.*, p.118.

3.3. Tese da admissibilidade da prova ilícita em certas condições

Por conseguinte acha-se consagrada na doutrina uma posição intermédia, em que há que valorar a prova ilícita somente caso a caso, de acordo com a ponderação dos interesses envolvidos no conflito processual.

De acordo com esse entendimento, devem ponderar-se os valores em jogo entre as partes e decidir pela admissão e valoração, ou não, da prova ilícita pelo juiz. Nesse contexto pode surgir, *v.g.*, um interesse individual em proteger um direito constitucionalmente consagrado em detrimento da descoberta da verdade material⁴⁵⁰.

3.3.1. Tese da admissibilidade da prova ilícita na perspectiva constitucional: o critério da proporcionalidade

Dentro dessa tese acabada de referir, verifica-se uma tentativa de equilibrar, no mesmo contexto, a ilicitude material e os valores envolvidos. Como refere PELLEGRINI GRINOVER⁴⁵¹, nota-se uma tendência, inicialmente jurisprudencial, “no sentido de corrigir possíveis distorções que poderiam ser geradas pelo entendimento rigidamente aplicado a casos de excepcional gravidade”. É o que se verifica nos tribunais alemães, ao admitirem a prova ilícita, mesmo em violação à Constituição, se for considerada a *única forma possível e razoável de proteger outros valores fundamentais*, mais urgentes no processo. Está em causa o critério da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), responsável pela admissibilidade da prova ilícita em detrimento de normas constitucionais e legais, que impõem o equilíbrio de valores conflituantes fundamentais, através do *princípio da proporcionalidade*. Nesse sentido, verifica-se a necessidade de alguma cautela, pois o “*subjectivismo*” da aplicação na verificação do caso concreto, pode induzir a aplicação do tribunal extensivamente⁴⁵².

⁴⁵⁰ Cfr. ABRANTES, José João, “*Prova ilícita ...op.cit.*”, p. 16.

⁴⁵¹ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 151.

⁴⁵² *Ibid.*, p. 152. Como ressalva CAPPELLETTI, o perigo de uma aplicação extensiva não é imaginário, apontando uma decisão do Superior Tribunal de Berlim (*Kammergericht Berlier*) de 03-06-1955, o qual foi admitida uma gravação clandestina, feita pelo marido, da conversa da mulher, para que ficasse demonstrada a conduta da mulher. Cfr. CAPPELLETTI, “*Fundamental guarantees of the parties in civil proceedings, in fundamental guarantees of the parties in civil litigation*”, 1973, p.765-812 *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 152.

Apesar disso, o Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (*Bundesgerichtshof*) tem admitido a prova ilícita nos casos que, de forma excepcional, a sua obtenção e posterior admissibilidade seja a *única via para se alcançar a salvaguarda de valores fundamentais imperiosos*, o que implica em contrapartida, a violação de direitos fundamentais. Veja-se a posição do *Bundesgerichtshof*, quanto à gravação secreta de entendimentos feitos com a finalidade de extorsão, para a legítima defesa do indivíduo, como descreve PELLEGRINI GRINOVER⁴⁵³.

Alguma doutrina, nesse caminho, admite mesmo que o *critério da proporcionalidade*, pode alcançar uma posição de *“instrumento necessário”*, com a finalidade de manutenção do justo equilíbrio dos valores conflitantes, *“desde que aplicado única e exclusivamente em situações tão extraordinárias que a inadmissibilidade da prova ilícita poderia produzir resultados desproporcionais, desusuais e repugnantes”*⁴⁵⁴.

3.3.2. Incidência do princípio da boa fé

Para esta tese, a doutrina que sobressai foi defendida por BAUMGÄRTEL⁴⁵⁵ em 1983, com a sua postulação baseada numa diferenciação entre os casos de violação dos direitos fundamentais através da obtenção ou valoração de um meio de prova ilícito, v.g., gravação secreta; e os casos de simples violação da lei, v.g., subtração de um documento.

Nesse sentido, o autor sustenta a aplicação do *princípio da boa fé* ao processo civil, quanto a admissibilidade das provas ilícitas, de forma que, quando estamos perante uma violação constitucional, não é necessário a aplicação de tal princípio para sustentar a tese de inadmissibilidade da ilicitude material, uma vez que, a norma processual deve ser interpretada em harmonia com a Lei Fundamental⁴⁵⁶, deixando resolvido, o problema coloca-se nos casos de simples violação da lei. Ainda quanto à violação de normas constitucionais, perante tal

⁴⁵³ Nesse sentido, Bundesgerichtshof, decisão de 20-05-1958 in *neue Juristische Wochenschrift*, 1.344 e 1345 *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 152.

⁴⁵⁴ Cfr. CAPPELLETTI, *“Fundamental guarantees...op.cit.*, p.765-766 *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 152.

⁴⁵⁵ Cfr. BAUMGÄRTEL, G., *“Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess” in Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, Band II, Dr. Peter Deubner, Köln, 1983, p. 478 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 218.

⁴⁵⁶ Cfr. BAUMGÄRTEL, G., *“Die Verwertbarkeit...op.cit.*, p.480 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 218.

interpretação, o Autor pondera ainda se da violação do direito material resultaria uma proibição absoluta da valoração, ou se, pelo contrário, poderia ser admitida uma ponderação de interesses, por aplicação do *princípio da proporcionalidade*, aceitando-se em, casos excepcionais, a valoração da ilicitude⁴⁵⁷.

Nos casos em que haja apenas a violação da lei, BAUMGÄRTEL⁴⁵⁸ acredita encontrar a solução no processo civil, mediante a aplicação do *princípio da boa fé*, como uma espécie de solução subsidiária. Vejamos como.

Para o Autor, perante os casos de violação da lei, somente o princípio da boa fé pode dar resposta ao problema da ilicitude, visto que a ilicitude em causa não implica a inadmissibilidade imediata do meio de prova, faz-se iminente recorrer a outro critério para concretizar a aplicação do princípio da boa fé num “*ângulo processual*”, buscando tal concretização através da função do processo civil, *i.e.*, “*averiguar se a admissibilidade do meio de prova obtido contraria o direito material*”, pressupondo o âmbito de protecção da norma violada atendendo a conduta de obtenção ilícita da prova. Se houver violação do direito material, a solução será baseada na “*ponderação de interesses das partes opostos entre si*”, através do princípio da proporcionalidade, de maneira que se aprecie, se apesar de tudo, a valoração da prova é de aceitar. Caso não seja de aceitar, por gravidade do bem jurídico lesado pela conduta, o meio de prova ilícito é inadmissível e a valoração vedada, pois contraria o *princípio da boa fé*⁴⁵⁹.

Com efeito, ISABEL ALEXANDRE enuncia a utilização do *princípio da boa fé*, como fundamento para admissibilidade das provas ilicitamente obtidas pela jurisprudência francesa, designadamente no caso (*Mme. Neocel c/ Spaeter*) submetido à apreciação da *Cour de Cassation*, YVES CHAUVY⁴⁶⁰, representante do Ministério Público, invoca a violação do respectivo princípio na execução do contrato de trabalho, como causa da não admissibilidade de um meio de prova em juízo, nomeadamente, uma gravação de vídeo realizada pelo proprietário do estabelecimento por suspeitas de desvio de dinheiro pela funcionária, sendo vedada pela *Cour de Cassation* a utilização da prova obtida ilicitamente.

⁴⁵⁷ Cfr. BAUMGÄRTEL, G., “*Die Verwertbarkeit...op.cit.*”, p. 480 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 219.

⁴⁵⁸ Cfr. BAUMGÄRTEL, G., “*Die Verwertbarkeit...op.cit.*”, p. 484 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 220 e 221

⁴⁵⁹ *Ibid.*

⁴⁶⁰ Cfr. “*Conclusions sur Soc. 20 novembre 1991*”, par YVES CHAUVY, Recueil Dalloz Sirey 1992, N.º 7, 13 février 1992, p. 73 e ss. *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 223 e 224. Sobre o *princípio da boa fé* processual *vide* JÚNIOR, Fredie Didier, *Fundamentos do princípio da cooperação no Direito Processual Civil Português*, Coimbra editora, Coimbra, 2010, p. 79 e ss.

3.3.3. Colisão de Direitos e o princípio da proporcionalidade

O juízo de ponderação entre os bens jurídicos em confronto pode ser realizado tanto pelo julgador, para resolver um caso concreto, quanto pelo legislador, determinando que, nas específicas condições de facto, um direito prevalecerá sobre outro direito⁴⁶¹.

Com efeito, VIEIRA DE ANDRADE⁴⁶² explica que a solução passa pela seguinte fórmula: se os direitos forem iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário (*vide* art. 335.º, n.º 1, 1º parte, do CC); pelo contrário, se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, “*prevalece o que deva considerar-se superior*” (*vide* art. 335.º, n.º 2, do CC).

No caso da prova ilícita, quanto à admissibilidade da mesma em certas condições, perante a ausência de disposição legislativa, a ponderação terá de ser efectuada pelo julgador, considerando a colisão e conflito de direitos na avaliação da admissibilidade ou não da prova, “*acentuando a capacidade de o juiz interpretar e aplicar a norma da forma que considerar mais adequada*”⁴⁶³.

Como sublinha ainda VIEIRA DE ANDRADE⁴⁶⁴, “*haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição numa determinada situação concreta*”. Nesse sentido, o Autor esclarece que a esfera de protecção de um direito é constitucionalmente protegida pela possibilidade de cruzar com a esfera de outro direito ou de colidir com uma outra norma ou princípio constitucional.

Vale ressaltar que a solução dos conflitos e colisões entre *direitos, liberdades e garantias* (*D.L.G. 's*) não pode ser resolvida de forma abstracta, e porque é difícil estabelecer-se uma regra de hierarquia entre os diversos *D.L.G. 's*, VIEIRA DE ANDRADE defende que terá de respeitar-

⁴⁶¹ Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Instituto Brasiliense de Direito Público, Editora Brasília jurídica, Brasília, 2000, p. 184.

⁴⁶² ANDRADE, José Carlos Viera de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 299 e 300.

⁴⁶³ Cfr. CAMPOS, Sara Raquel Rodrigues, “*(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, Coimbra, 2015, p. 59.

⁴⁶⁴ Cfr. ANDRADE, José Carlos Viera de, *Os direitos fundamentais...op.cit.*, p. 299.

se a protecção constitucional dos diferentes direitos ou valores, procurando uma solução de harmonia com a Constituição, de forma a compatibilizar os preceitos divergentes⁴⁶⁵.

E, assim sendo, como actuar sempre que ocorram colisões dos direitos fundamentais?

Nesta senda, ressalta GILMAR MENDES que, “*os princípios são determinações para que um determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem*”, com efeito, o Autor refere-se aos princípios como “*mandatos de otimização*”, impondo a sua realização na máxima extensão possível, de modo que será atendível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso *in concreto*⁴⁶⁶. O Autor esclarece que o conflito de direitos fundamentais resulta em um *conflito de princípios*, no qual um princípio em colisão com outro princípio não pode ser *pura e simplesmente* excluído do ordenamento jurídico, pois deve buscar-se a conciliação entre eles, mediante a sua extensão e relevância no caso concreto. Nessa conformidade, perante uma situação prática, devem pesar-se os valores e interesses envolvidos em conflito, buscando estabelecer qual dos princípios deve prevalecer⁴⁶⁷.

Sustenta GILMAR MENDES que tal característica dos princípios de funcionarem como “*mandatos de otimização*” revela-lhes um elemento essencial: o seu carácter *prima facie*⁴⁶⁸. De modo efectivo, o conhecimento da total dimensão de um qualquer princípio, relevando todo o seu significado jurídico, não resulta imediatamente da leitura da norma que o consagra, *i.e.*, deve ser complementado pela consideração de outros factores. A normatividade dos princípios é,

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 301.

⁴⁶⁶ Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica Constitucional...op.cit.*, p. 181 e 182.

⁴⁶⁷ Veja-se o caso, *v.g.*, de uma pessoa comum que se encontra num lugar público, está sujeita a aparecer em fotografias desse lugar, publicadas na imprensa; entretanto, uma foto *close-up* dessa pessoa não será admitida por violação do seu direito de imagem e em honra à sua privacidade. Assim decidiu a Justiça francesa, nos anos 80, quando determinou o pagamento de indemnização a uma mulher, que fora fotografada em *close*, com os seios nus, numa reportagem sobre praias francesas. Cfr. BRANCO, Paulo G.G., “*Privacy and Freedom of Information (mimeo). Colchester*”. Universidade de Essex, 1990, p. 72 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica Constitucional...op.cit.*, p. 182 e 183. Situação diferente, mas no mesmo sentido, foi defendida pelo Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães, de 29-04-2014, que enuncia: “Não constituem provas ilegais, podendo ser valoradas pelo tribunal, a gravação de imagens por particulares em locais públicos, ou acessíveis ao público, nem os fotogramas oriundos dessas gravações, se se destinarem a documentar uma infração criminal e não disserem respeito ao «núcleo duro da vida privada» da pessoa visionada (onde se inclui a intimidade, a sexualidade, a saúde e a vida particular e familiar mais restrita)”, disponível em www.dgsi.pt; Em sentido oposto, constituindo provas ilícitas, cfr. Ac. do Trib. da Rel. de Lisboa, de 19-11-2008, disponível em Colectânea de Jurisprudência, n.º 210 ANNO XXXIII, Tomo 5, Coimbra, nov/dez de 2008.

⁴⁶⁸ Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica Constitucional...op.cit.*, p.183.

nesse sentido, provisória, *potencial, com virtualidades de se adaptar à situação fática, na busca de uma solução ótima*"⁴⁶⁹.

A *teoria dos princípios* de ROBERT ALEXY⁴⁷⁰, relacionada à ponderação de valores, através do *princípio da proporcionalidade* propugna:

"A grande vantagem da teoria dos princípios reside no fato de que ela pode impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais sem introduzir uma rigidez excessiva". Para o Autor, a pergunta sobre a legitimação de uma restrição há-de ser respondida mediante a ponderação dos bens jurídicos, de modo que o *postulado da ponderação*, assim denominado, correspondente ao terceiro "*sub-princípio do postulado da proporcionalidade*" no Direito constitucional alemão. Vejamos.

Segundo ROBERT ALEXY, o primeiro é o *postulado da adequação do meio* utilizado para a persecução do fim desejado, e o segundo é o *postulado da necessidade desse meio*, visto que o meio não é necessário se se dispõe de um mais suave ou menos restritivo, de forma que ele deve ser o único possível e razoável⁴⁷¹.

Refere ainda o Ilustre filósofo do Direito, que "*constitui um fortíssimo argumento, tanto para a força teórica quanto prática da "teoria do princípio" que os "três sub-princípios do postulado da proporcionalidade" decorram logicamente da estrutura principiológica das normas de direitos fundamentais e estas da própria ideia de proporcionalidade*"⁴⁷².

O Autor ressalta ainda que podemos ter um postulado da "*proporcionalidade em sentido estrito*", uma vez que ele é um instrumento fundamental para a solução de colisões entre direitos, parecendo ser esse o sentido exacto do princípio, de que lançamos mão para aceitar a corrente da *admissibilidade da prova ilícita de forma mitigada*. Esclarece ROBERT ALEXY⁴⁷³

⁴⁶⁹ Cfr. MATOS, Varela de, *Conflito de Direitos Fundamentais em Direito Constitucional e Conflitos de Direitos em Direito Civil*, Elcla Editora, Porto, 1998, pág. 18.

⁴⁷⁰ Cfr. ALEXY, Robert, "*Kollision und Abwägung als Grundproblem der Grundrechtsdogmatik*", Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.1998, tradução livre do autor deste estudo *apud* MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica Constitucional...op.cit.*, p. 227.

⁴⁷¹ Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica Constitucional...op.cit.*, p.183. Em abono da Teoria de ROBERT ALEXY, sobre a limitação dos direitos fundamentais, através do *princípio da proporcionalidade* nos casos da prova ilícita, ARMENTA DEU enuncia um tríplice aspecto: *idoneidade, necessidade e proporcionalidade stricto sensu*, *vide* DEU, Teresa Armenta, *A prova ilícita...op.cit.*, p. 96 -101.

⁴⁷² *Ibid.* Considerado como um dos mais brilhantes e influentes filósofos do *Direito moderno alemão*.

⁴⁷³ *Ibid.* Nesse mesmo sentido, ARMENTA DEU, em representação da doutrina espanhola, considera que o sacrifício dos direitos fundamentais que a restrição comporta mantém uma relação proporcional com a envergadura

que, o princípio da *proporcionalidade em sentido estrito* pode ser formulado como uma “*lei de ponderação*”, cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: “*quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão-de revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção*”.

Segundo a “*lei de ponderação*” de ROBERT ALEXY, esta há-de ocorrer em três planos: no primeiro plano, há-de definir-se a intensidade da intervenção; no segundo, refere-se à necessidade de verificar a importância dos fundamentos justificadores da intervenção; e por fim no terceiro plano, pode ser realizada a “*ponderação em sentido específico e estrito*”.

VIERA DE ANDRADE⁴⁷⁴, por seu turno, perante a colisão de direitos não sustenta e nem adopta como modelo a “*teoria dos princípios*” atrás mencionada, propugnada por ROBERT ALEXY, apesar de reconhecer a sua relevância na doutrina alemã, que também encontra eco em Portugal, mas para o constitucionalista português “*a limitação de direitos fundamentais, associada ao método de ponderação e da harmonização, toma um sentido muito amplo, que tende a consumir na colisão de direitos ou de direitos e valores, [...]*”⁴⁷⁵ E assim, entende que o caminho para a colisão de direitos terá de ser feito através da delimitação substancial dos direitos em conflito. No mesmo sentido, GOMES CANOTILHO⁴⁷⁵ esclarece que só é adequado falar de direitos como princípios “*quando se trata de acentuar as dimensões objectivas de valor a eles inerentes*”, de modo que para o autor o modelo coerente de concretização dos *direitos, liberdades e garantias* é um modelo que combine regras e princípios, mas prevalecendo o plano das regras sob o plano dos princípios.

3.3.4. A prova ilícita e o Anteprojecto de novo código de processo civil⁴⁷⁶

No Brasil, o terreno da prova ilícita é orientado pela norma constitucional, art. 5º, inciso LVI, da CF, já referido supra, que proíbe expressamente a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Porém, no campo do processo civil, antes da versão definitiva do CPC

do interesse estatal de salvaguarda dos interesses prevaletentes. Cfr. DEU, Teresa Armenta, *A prova ilícita...op.cit.*, p.100.

⁴⁷⁴ ANDRADE, Viera de, *Os direitos fundamentais..op.cit.*, p. 269.

⁴⁷⁵ Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes, “*Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias*”, in BFD, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, 2003, p.814; Com efeito, GOMES CANOTILHO faz referência à concepção proposta de relevante impacto nos *direitos fundamentais* realizada por R. DWORKIN, a propósito da distinção entre as *regras e princípios*, Cfr. *Ibid.*, p. 813.

⁴⁷⁶ Elaborado por Comissão de Juristas instituída pelo Acto do Presidente do Senado Federal n.º 379, de 2009, destinada a elaborar *Anteprojecto de Novo Código de Processo Civil*.

Brasileiro, aprovado pela recentíssima Lei n.º 13.105, de Março de 2015, foi criado um anteprojecto do novo Código de Processo Civil e que consagrava uma norma bastante inovadora no sentido de consolidação da *admissibilidade da prova ilícita em certas condições*, mediante a ponderação dos valores envolvidos em conflito, por via do *princípio da proporcionalidade*.

Referimo-nos ao art. 257.º, *parágrafo único*, que prescrevia: “*A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos.*”

O anteprojecto, ao consagrar a possibilidade de incluir uma norma com esse teor no CPC brasileiro, abriria uma nova porta, capaz de acompanhar a corrente do *moderno processo civil*, e defenderia a *admissibilidade da prova ilícita* em certos casos, por meio da ponderação dos interesses e valores envolvidos, utilizando precisamente um *critério de proporcionalidade*, quando a utilização da prova ilícita seja o *único meio possível e razoável* para se proteger valores fundamentais.

Foi exactamente essa a ideia presente na norma, que expressava clara e objectivamente a tese mista, mitigada pelo *princípio da proporcionalidade*, exigindo uma análise do caso em concreto, quanto a admissão (ou não) da prova ilícita.

Seria esse um passo em direcção a uma revolução legislativa, modificação há muito já reclamada por juristas, doutrinadores e magistrados, no tema da prova ilícita? O projecto de lei não conseguiu levar adiante o texto do dispositivo legal, sendo infelizmente subtraído na versão consolidada do novo CPC brasileiro. O legislador decidiu não se aventurar em novos terrenos, permanecendo a letra da lei semelhante à anterior, reiterando assim, o seu posicionamento rígido no sentido de inadmissibilidade das provas ilícitas, já previsto no CPC de 1973, coadjuvado pela força normativa-constitucional da CF brasileira que proíbe as provas ilícitas.

CAPÍTULO V

SOLUÇÃO ADOPTADA

1. Analogia entre o art. 32º, n.º 8, da CRP e o processo civil?; 1.1. Nulidade da prova; 1.2. Ilicitude ocorrida fora do processo; 2. Solução equilibrada: Ponderação dos interesses em jogo; 3. Conclusão.

1. Analogia entre o art. 32.º, n.º 8, da CRP e o processo civil?

A diferença de tratamento entre o processo civil e o processo penal é clara e notória. Logo, na resolução do problema da prova ilícita será que podemos recorrer ao preceito constitucional dedicado à matéria penal?

Ao observarmos a letra da lei disposta no art. 32.º, n.º 8, da CRP, cabe-nos analisar, primeiramente, se o respectivo artigo prescreve a sua aplicação apenas às provas obtidas por entidades públicas ou se refere também às provas obtidas por particulares, para depois ponderar sobre o seu âmbito de aplicação.

Em busca de uma interpretação da norma constitucional, ISABEL ALEXANDRE⁴⁷⁷ recorre ao art. 34.º, n.º 4, da CRP, *inviolabilidade do domicílio e da correspondência*, pelas entidades públicas, para colocar a possibilidade de exclusão de aplicação do art. 32.º, n.º 8, da CRP, aos particulares. Por essa via, a autora pondera uma leitura restritiva do art. 32.º, n.º 8, da CRP, em razão de a norma considerar nulas todas as provas obtidas mediante “[...] *abusiva intromissão [...] na correspondência ou nas telecomunicações*” referindo aos actos praticados pelas autoridades públicas em violação do art. 34.º, n.º 4, da CRP, *i.e.*, excluindo as provas ilicitamente obtidas por particulares. Com efeito, ISABEL ALEXANDRE⁴⁷⁸ acredita que não se deve fazer uma conjugação dos preceitos constitucionais pois, desde logo, o art. 18.º, n.º 1, da CRP impõe uma aplicação *às entidades públicas e privadas*, assim incluem-se no campo de

⁴⁷⁷ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 234 e 235.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 235.

aplicação do 32.º, n.º 8, os particulares, do contrário, não se compreenderia a derrogação do art. 18.º, n.º 1.

Outro aspecto aliciante a favor da aplicação aos particulares é a inserção sistemática do art. 32.º, n.º 8, da CRP dentro do Capítulo dedicado aos *direitos, liberdades e garantias* pessoais, embora tal seja precipitado, pois como esclarece a Autora, os artigos que o antecedem só fazem sentido na relação Estado/indivíduo, logo o elemento sistemático do art. 32.º, n.º 8, da CRP não deve ser interpretado com eficácia na relação horizontal, “*limitando-se a estabelecer mais uma garantia para o arguido, nas suas relações com as entidades públicas*”⁴⁷⁹.

Contudo, o elemento sistemático não é suficiente (!), e perante o exposto, o art. 32.º, n.º 8, só impediria a valoração das provas ilícitas obtidas pelas entidades públicas. Ora, a letra da lei prescreve que: “*São nulas todas as provas [...]*”, nesse sentido o art. 9.º, n.º 3, do CC, determina que existe uma *presunção favorável* à letra da lei e que por isso, se nada aponta no sentido oposto, deve considerar-se a interpretação mais abrangente⁴⁸⁰.

No mesmo sentido, a doutrina defende que a interpretação do art. 32.º, n.º 8, da CRP, deve ser feita no sentido de aplicação mais abrangente, *i.e.*, também aos particulares, assim entende FIGUEIREDO DIAS⁴⁸¹, enunciando a norma como a “[...] *continuação, a nível de processo do direito fundamental dos cidadãos à integridade da pessoa [...]*”. Em abono desse entendimento, JORGE MIRANDA⁴⁸² refere que se deve dar a maior eficácia possível aos preceitos constitucionais dentro do sistema jurídico, nessa medida, há que interpretar o art. 32.º, n.º 8, da CRP em harmonia, não devendo ser retirada a sua força constitucional. Esse entendimento é corroborado por força do *princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais* (*vide* art. 18.º, n.º 1, da CRP), com aplicação imediata⁴⁸³, implicando o mesmo

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 237.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 238.

⁴⁸¹ Cfr. DIAS, Figueiredo, “*La protection des droits...op.cit.*, p. 182 e 183 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 238.

⁴⁸² Cfr. MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional (Direitos fundamentais)*, Tomo IV, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 319 e ss.

⁴⁸³ Quanto ao 18.º, n.º 1, da CRP, de acordo com CANOTILHO e VITAL MOREIRA, em termos jurídico-dogmáticos, os direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis por duas razões: por um lado, concebem-se e valem constitucionalmente como normas concretamente definidora de posições jurídicas; por outro lado, apresentam o carácter *prima-facie*, *i.e.*, aplicam-se sem necessidade de interposição conformadora de outras entidades, designadamente, do legislador. Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República...op.cit.*, p.382; Também JORGE MIRANDA, chama-nos a atenção para a “*Revolução copernicana*” do Direito público europeu das últimas décadas, ligada à Constituição alemã de 1949 e, entre nós, a CRP de 1976, (diferentemente, os Estados Unidos, que logo em 1787 proclamam a Constituição americana, direito supremo do país), pois “enquanto antes o exercício dos direitos dependia da sua regulamentação, hoje as normas adstringem o

tratamento não só entre o Estado e os particulares, mas também entre os próprios particulares⁴⁸⁴. O que leva a considerar nulas, não só as provas obtidas ilicitamente por entidades públicas mas também as obtidas ilicitamente por particulares.

Cabe agora, decidir quanto à aplicação analógica do art. 32.º, n.º 8, da CRP a outros processos, nomeadamente ao *processo civil*, prevista a possibilidade no art. 10.º, n.º 2, do CC.

Assim, sob a análise da norma, apesar de a Constituição a inserir nas *garantias de processo criminal*, não parece de considerar tal razão preponderante para excluí-la do âmbito de aplicação do processo civil, pois, como sublinha OLIVEIRA ASCENSÃO, não se acredita na excepcionalidade formal da regra⁴⁸⁵. Excluído o problema formal, cabe verificar agora a existência de uma excepcionalidade material, à luz do art. 11.º do CC. Nesse ponto, a consideração das provas como nulas, quando obtidas mediante a violação do direito material, não se afigura contrário a nenhum princípio geral do processo civil, *v.g.*, o princípio da investigação da verdade, o princípio da livre apreciação da prova, etc. De forma que fica igualmente excluída a possibilidade da norma constituir uma excepcionalidade material.

Com efeito, ISABEL ALEXANDRE⁴⁸⁶ acredita que a inadmissibilidade da prova ilícita deve ser retirada da aplicação analógica do art. 32.º, n.º 8, da CRP ao processo civil, à luz do art. 10.º, n.º 2, do CC, considerando-se *nulas as provas ilicitamente* obtidas por violação do direito material. Assim também acompanha a jurisprudência, demonstrada pelo Ac. de 01-06-2009 do Tribunal da Relação do Porto⁴⁸⁷, que entende de forma inequívoca sobre a aplicação analógica do art. 32.º, n.º 8, ao processo civil, determinando nulas as provas obtidas “*por intromissão na vida privada*” à luz da aplicação do preceito constitucional.

Porém, ISABEL ALEXANDRE no seu desenvolvimento, não abre a possibilidade para outro desfecho, como a ponderação dos bens jurídicos em jogo, em casos excepcionais, por via do *princípio da proporcionalidade*, pois a mesma defende que tal solução levaria ao “*puro casuísmo*”⁴⁸⁸.

comportamento de todos [...] sem necessidade de mediatização legislativa”. Cfr. MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito...op.cit.*, p. 319 e 320.

⁴⁸⁴ Cfr. MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito...op.cit.*, p. 324 e ss.,331 e ss..

⁴⁸⁵ ASCENSÃO, Oliveira, *O Direito, Introdução e Teoria Geral (Uma perspectiva Luso-Brasileira)*, 3.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984, p. 359 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 239.

⁴⁸⁶ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 240.

⁴⁸⁷ Cfr. Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 01-06-2009, disponível em www.dgsi.pt.

⁴⁸⁸ No mesmo sentido, quanto aos riscos da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, *vide* NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais...op.cit.*, p. 184-186.

Ora, parece-nos que o rigor de tal posicionamento não acautelaria determinadas situações em que pela aplicação rígida do art. 32.º, n.º 8, da CRP, sem distinções, ocasionaria a nulidade de toda e qualquer prova ilícita (resultado da violação de direitos fundamentais), não deixando nenhuma margem de manobra para uma solução mais consentânea perante casos mais delicados.

De harmonia com uma nova corrente, mais acertada com o fim do processo, defende JOÃO ABRANTES⁴⁸⁹ que o preceito da Lei Fundamental é directamente aplicável ao processo civil, conforme ISABEL ALEXANDRE, (pois a norma constitucional nada mais faz do que especificar alguns direitos previstos na constituição, direitos constitucionalmente consagrados contra particulares por força do art. 18.º, n.º 1, da CRP), todavia, em abono da nossa interpretação, JOÃO ABRANTES enverga por um caminho mais flexível, o que parece-nos mais acertado, e aponta que, as provas são em princípio inadmissíveis, mas “*quando se mostrar serem a única via possível e razoável de proteger outros valores que, no caso concreto, devam ser tidos como prioritários*”, a regra geral deve ceder perante a ponderação dos bens jurídicos envolvidos no conflito de direitos ou valores, por meio do *critério da proporcionalidade*. Nesse mesmo sentido, defende MIGUEL MESQUITA⁴⁹⁰, posição que de igual modo sufragamos, ser esta a solução mais compatível com o fim do processo, capaz de proteger caso a caso os bens jurídicos em jogo, levando em consideração os interesses dos envolvidos, permitindo ao juiz decidir de forma a tutelar os bens que se mostrem merecedores de maior protecção.

1.1. Nulidade da prova

Observadas as consequências impostas pelo art. 32.º, n.º 8, *a nulidade das provas ilicitamente obtidas, mediante a violação do direito material*, e considerando a analogia do art. 32.º, n.º 8, ao processo civil, torna-se iminente determinar se se trata de uma nulidade processual e se a mesma é absoluta ou relativa⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ Para o autor, o art. 32.º, n.º 8, consagra realmente a proibição de certos meios de prova, sejam eles obtidos por autoridades públicas ou particulares. Cfr. ABRANTES, José João, “*Prova ilícita...op.cit.*, p.35 e ss. ; ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 238 e 239; No mesmo sentido, *vide* GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 190;

⁴⁹⁰ Assim, Miguel Mesquita, nas aulas do 2.º ciclo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

⁴⁹¹ Sobre a nulidade relativa e absoluta, *vide* GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 22.ª Ed. revista e atualizada, Malheiros Editores, São Paulo, 2006, p. 367 e 368.

Ressalta ISABEL ALEXANDRE⁴⁹² que essa questão não é pacífica, mesmo ao nível do processo penal é possível encontrar soluções diferenciadas, consoante o carácter disponível ou indisponível do direito violado (a nulidade absoluta, quanto à violação do art. 126.º, n.º 1 e n.º 2, do CPP; a nulidade relativa, quanto à violação do art. 126.º, n.º 3, do CPP). Tal entendimento não é incontestável e alguma doutrina ecoa no sentido de atribuir a nulidade absoluta também ao art. 126.º, n.º 3, do CPP, por força do art. 32.º, n.º 8, da CRP e do art. 126.º, n.º 4, do CPP.

Para efeitos da prova, a nulidade no processo civil quanto às provas ilícitas aponta para a proibição da admissibilidade de um determinado meio de prova, bem como, a sua valoração dentro do processo, caracterizando-se como ilícitos em virtude da violação dos direitos fundamentais protegidos pela constituição.

Por sua vez, perante uma prova ilícita, em que termos pode o juiz recusar a admissão de um determinado meio de prova (*prova ilícita pré-constituída*), v.g., o meio de prova obtido mediante “coacção” ou “ofensa da integridade moral”, sendo certo que está em causa um acto ilícito material e não processual? Em compensação, se a ilicitude ocorre dentro do processo (*prova ilícita constituenda*), como deve reagir o juiz perante o resultado probatório ilícito? Vejamos.

1.2. Ilicitude ocorrida fora do processo

Perante uma *prova ilícita pré-constituída*, i.e., a prova obtida ou constituída através de condutas ilícitas — em momento anterior ao ingresso no processo — resultando na violação de direitos materiais, o juiz ao decidir pela sua não admissibilidade, fá-lo-á com base na proteção desses direitos materiais à luz da Lei Fundamental. De modo que, não fará uso da norma constante do art. 195.º do CPC, respeitantes as *regras gerais sobre a nulidade dos actos* (processuais), pois como defende MIGUEL MESQUITA, a aplicação do respectivo regime restringe-se “a violações de regras ou princípios de natureza estritamente processual”, o que no caso não se verifica⁴⁹³.

Nesse contexto, a prova sofrerá de uma nulidade material, devendo ser considerada para a inadmissibilidade no processo devido à ofensa de direitos fundamentais. O motivo da exclusão do regime constante do art. 195.º do CPC prende-se a dois factores: por um lado, porque o

⁴⁹² Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 261 e 262.

⁴⁹³ Assim, Miguel Mesquita, nas aulas do 2.º ciclo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

regime previsto no CPC traduz-se em uma disposição sancionatória dirigida aos actos processuais, e o acto ilícito em causa foi praticado fora da órbita processual (ilícito material); por outro lado, por estar em causa uma violação de direitos materiais (ilicitude material), esta violação ultrapassa a esfera do direito processual, logo sua cominação não passa por uma mera nulidade do processo.

Por fim, no processo civil, como esclarece ISABEL ALEXANDRE⁴⁹⁴, esta nulidade não será nem absoluta, nem relativa pois, não estão em causa actos processuais.

1.3. Ilicitude ocorrida no processo

Por sua vez, podemos distinguir as provas produzidas no procedimento probatório, eivadas de ilicitude (*prova ilícita constituenda*), praticadas pelo próprio juiz, pelas partes ou por terceiros. Nesse momento, discute-se como deve o juiz valorar esse resultado probatório ilícito(?), v.g., a violação da integridade física durante a prestação do depoimento testemunhal, (*vide* art. 417.º, n.º 3, do CPC). Em relação a tal ilicitude coloca-se a questão de saber se a mesma se considera uma nulidade material, apesar de ocorrer dentro do processo, tendo em vista a violação de direitos fundamentais ou se, pelo contrário, está em causa uma mera nulidade processual, e a nulidade das provas assim obtidas será de conhecimento oficioso pelo juiz ou, não sendo nulidade principal, só poderá ser arguida pela parte interessada⁴⁹⁵, (*vide* arts. 196.º, 197.º, 629.º, 630.º do CPC).

Nesses casos, ISABEL ALEXANDRE⁴⁹⁶ exclui a aplicação da nulidade por força do art. 32.º, n.º 8, da CRP, pois acredita que o preceito constitucional não estabelece “*regras gerais sobre a nulidade dos actos*”, nem é fundamento para deduzir a nulidade do acto processual do procedimento probatório, que viole os direitos mencionados pelo presente artigo, “*aliada a inexistência de correspondência entre o tipo de nulidade e o carácter disponível ou não dos direitos*”, levam a Autora a concluir que o art. 32.º, n.º 8, remete *implicitamente* para a lei processual, aplicando-se o art. 195.º e ss., do CPC, no caso do processo civil, às provas ilícitas produzidas no processo (*provas ilícitas constituendas*). Aliás, a Autora expressa uma posição rígida e inflexível, quanto a aplicação do art. 195.º às violações processuais, concretizadas em

⁴⁹⁴ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 264

⁴⁹⁵ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 266.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 266 e 267.

ilicitudes materiais no procedimento probatório, não há que adoptar um “*tratamento diferenciado*”, independentemente de estarem em causa eventuais direitos fundamentais, assim defendendo que a consequência da violação de uma norma processual relativa ao procedimento probatório, quer se reporte ou não à Constituição, é sempre a mesma: têm de ser compreendidas à luz dos artigos 195.º e ss., do CPC⁴⁹⁷.

Ora, a posição defendida por ISABEL ALEXANDRE acaba por considerar que o regime de nulidade das *provas ilícitas constituendas*, cuja inadmissibilidade pode ser retirada da Constituição, deve ser enquadrado no art. 195.º e ss., do CPC, sendo aplicado o regime idêntico ao das provas ilícitas previstas pela lei processual. Nesse ponto, a autora não faz qualquer distinção entre a ilicitude material em causa, por violação dos direitos materiais, e a ilicitude processual, para a qual parece-nos que o art. 195.º e ss., do CPC foi pensando pelo legislador (*sanção à mera nulidade processual*).

De forma que apresenta-se indispensável esclarecer a nossa opinião, perante tal interpretação feita pela Autora, na medida que, sufragamos a posição defendida por MIGUEL MESQUITA⁴⁹⁸, no sentido da prática de uma ilicitude dentro do seio processual, nomeadamente, no procedimento probatório, dar origem não a uma mera nulidade, mas ultrapassar quaisquer possibilidades de aplicação de normas processuais sancionatórias, estando em causa uma verdadeira ilicitude material, resultando assim na proibição da sua valoração no processo, por violar direitos fundamentais, sendo nulas as respectivas provas, por força da Constituição. E será assim, mesmo quando esteja em causa a violação de uma verdadeira norma processual, que tutela direitos materiais, v.g., art. 417.º, n.º 3, (em relação ao *direito de recusa para a descoberta da verdade*), norma esta, que consisti numa consagração *indirecta* da inadmissibilidade das provas ilícitas (*ilicitude constituenda*), causando a nulidade das provas, mais uma vez, não por força de uma simples violação das regras processuais mas, sobretudo, por violação de direitos fundamentais, o que impede de igual modo a sua valoração no processo.

2. Solução equilibrada: Ponderação dos interesses em jogo

A solução equilibrada, característica da “*nova corrente*” que merece o nosso acolhimento, assenta no *princípio da proporcionalidade*. Tal princípio, no seio da

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 145 e 146.

⁴⁹⁸ Assim, Miguel Mesquita, nas aulas do 2.º ciclo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

admissibilidade da prova ilícita, afigura-se como instrumento essencial perante a colisão de direitos fundamentais, por via de um *juízo de ponderação*, tornando possível sobrelevar um direito em detrimento de outro, de forma a atingir a *justa composição do litígio* e a *descoberta da verdade*.

Como defende MARINONI, o problema de resolução das colisões entre os direitos fundamentais e outros bens dignos de protecção implica necessariamente a aplicação da *regra da proporcionalidade* ou, como denomina o autor, “*um método de balanceamento de bens no caso concreto*”⁴⁹⁹. Em abono de MARINONI, propugna REIS NOVAIS⁵⁰⁰ que, “de facto, no controlo de proporcionalidade, trata-se essencialmente de valorar, sopesar, comparar, sacrifícios (*da liberdade individual*) e benefícios obtidos ou visados, vantagens e desvantagens da restrição objecto do controlo”, *i.e.*, dos direitos fundamentais em jogo. De modo que, o Autor conclui que é compreensível que no domínio das restrições aos direitos fundamentais, “a proporcionalidade seja frequentemente identificada com a ponderação de bens”.

De forma a compreendermos o funcionamento do “*critério da ponderação*” por via do *princípio da proporcionalidade*, atentemos na seguinte hipótese: quando estamos perante uma reportagem jornalística de uma revista que faz a divulgação de dados não autorizados acerca de uma pessoa considerada uma “*celebridade*”, haverá (ou não) a violação do *direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar* (art. 26.º, n.º 1, da CRP) ?

Ora, antes de decidirmos por uma solução equilibrada, temos que ponderar os bens jurídicos tutelados em jogo, e nesse caso o *direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar* da “*celebridade*” entra em colisão com o *direito fundamental à liberdade de expressão* (art. 37.º, n.º 1, da CRP). A princípio, podemos ponderar resguardar a intimidade da vida privada e familiar da pessoa, mas no caso em concreto, por um lado, trata-se de uma pessoa que faz a sua vida de forma pública, vivendo do crédito que a sociedade lhe confere e, de outro, está em causa a liberdade de expressão da revista numa reportagem que divulga dados não autorizados acerca da pessoa famosa, de forma que o direito à privacidade cede perante o direito à liberdade de expressão *i.e.*, as pessoas têm o direito de saber se a vida pessoal daquela “*celebridade*” corresponde ao que pretende fazer crer⁵⁰¹. Como explica GILMAR MENDES⁵⁰², não está em

⁴⁹⁹ Cfr. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz, *Prova, ...op.cit.*, p. 249.

⁵⁰⁰ Cfr. NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais...op.cit.*, p. 179.

⁵⁰¹ Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica Constitucional...op.cit.*, p. 182.

causa a mera curiosidade sobre uma pessoa que não depende profissionalmente de sua imagem pública, ao contrário, se se tratasse de uma pessoa que não faz uso de sua imagem para esses efeitos, não se justificaria uma invasão à sua privacidade.

No contexto da prova ilícita, fazemos o mesmo trajecto lógico quando ponderamos os direitos fundamentais que estão em colisão com a admissibilidade (ou não) da prova obtida ilicitamente e a sua eventual valoração pelo julgador. Nessa perspectiva, por via de um *critério de proporcionalidade*, decide-se pela aceitação da prova ilícita quando ela seja o *único caminho possível e razoável à tutela de outros valores*, que sejam prevaletentes. Adverte JOÃO ABRANTES⁵⁰³ que não pode aceitar-se a violação de direitos fundamentais por força do mero interesse processual em busca da verdade. Interessante foi o caso decidido em Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 28-06-2004, a propósito do sigilo das telecomunicações em detrimento da descoberta da verdade processual, determinando o tribunal que a empresa de telecomunicações (TMN) fornecesse a identificação do domicílio do executado. A TMN alegou que o fornecimento de tais dados infringiria o sigilo das comunicações (o *dever de sigilo profissional*) a que se encontrava vinculada. No seguimento, o tribunal considerou *tal recusa* ao dever de colaboração para a descoberta da verdade *ilegítima*, “*porque entre o direito de confidencialidade, requerido pelo titular do número do telemóvel, cliente da “TMN”, e o interesse no regular e célere andamento do processo no tribunal, deve prevalecer o direito a que o tribunal cumpre assegurar*”⁵⁰⁴.

Nesta senda, como ensinam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁵⁰⁵, a restrição dos direitos fundamentais tem de ser justificada quanto à sua necessidade e adequada em relação

⁵⁰² *Ibid.* Caso diverso, foi o decidido pelo STJ em Ac. de 26-02-2004, quando esteja em causa “a publicação, em jornal que se vende em todo o território nacional, de acusações ou insinuações feitas a uma mulher casada, no mínimo tratando-a como leviana e imputando-lhe a prática de adultério, atinge directamente o marido daquela, violando o seu direito ao bom nome, à honra e consideração social, e à reserva da intimidade da vida privada conjugal. Ressalta ainda o STJ que, “não importa que o facto afirmado ou divulgado seja ou não verdadeiro, contanto que seja susceptível, ponderadas as circunstâncias do caso, de abalar a honra e o prestígio de que a pessoa goze ou o bom conceito em que ela seja tida (prejuízo do bom nome) no meio social em que vive ou exerce a sua actividade. Assim decide que, “na conflitualidade entre os *direitos de liberdade de imprensa* e os *direitos de personalidade*, sendo embora os dois direitos de igual hierarquia constitucional, é indiscutível que o direito de liberdade de expressão e informação, pelas restrições e limites a que está sujeito, não pode atentar contra o bom nome e reputação de outrem, salvo se estiver em causa um interesse público que se sobreponha àqueles e a divulgação seja feita de forma a não exceder o necessário a tal divulgação”, disponível em www.dgsi.pt.

⁵⁰³ ABRANTES, José João, “*Prova ilícita...op.cit.*”, p. 36.

⁵⁰⁴ Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 28-06-2004, disponível em www.dgsi.pt.

⁵⁰⁵ Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República...op.cit.*, p. 392 e 393.

à prossecução de uma determinada finalidade pública, nesse caso, a *descoberta da verdade*, e *proporcionais* à importância da respectiva finalidade que se procura atingir.

Com efeito, de acordo com GILMAR MENDES⁵⁰⁶, se “exige que o sacrifício de um direito seja necessário para a solução do problema e que seja proporcional em sentido estrito”, *i.e.*, somente em tais condições e desde que o ónus imposto ao sacrificado não seja superior ao benefício que se pretende obter com a admissibilidade da prova obtida ilicitamente.

Para o Autor, a realização do sacrifício do direito envolvido implica comprimir ao menor grau possível os direitos fundamentais, preservando sempre a sua essência, como refere VIERA DE ANDRADE⁵⁰⁷ “*o seu núcleo essencial*”, em vista da necessidade desses direitos “serem compatibilizados com outros bens, interesses ou valores igualmente dignos de protecção jurídica”⁵⁰⁸. No mesmo sentido, CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁵⁰⁹ realçam, que em qualquer caso, há um limite absoluto para a restrição de direitos, liberdades e garantias, que consiste no respeito do “*conteúdo essencial*” dos respectivos preceitos. Conforme o exposto, segundo REIS NOVAIS⁵¹⁰, as garantias jurídicas proporcionadas pelos direitos fundamentais são, em princípio, concebidas como garantias “*imanentemente condicionadas por uma reserva legal de compatibilização com outros bens que o Estado deve perseguir [...]*” Concluindo o Autor, de maneira um tanto crítica em nossa opinião, que na prática quanto a ponderação no quadro do controlo da proporcionalidade, o que acaba por ser ponderado não são bens, valores ou interesses, mas sim, *vantagens e desvantagens recíprocas* de alternativas legítimas e disponíveis⁵¹¹.

⁵⁰⁶ Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica Constitucional...op.cit.*, p. 183

⁵⁰⁷ Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos individuais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1987, p. 223. *apud* MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica Constitucional...op.cit.*, p. 183.

⁵⁰⁸ Cfr. NOVAIS, Jorge Reis, *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 570 e ss.

⁵⁰⁹ Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República...op.cit.*, p. 393.

⁵¹⁰ Cfr. NOVAIS, Jorge Reis, *As restrições aos Direitos...op.cit.*, p. 570 e ss.

⁵¹¹ [grifo nosso], Cfr. NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais...op.cit.*, p. 185.

3. Conclusão

Após a nossa incursão pelas diversas teses que norteiam os ordenamentos jurídicos a respeito do problema da prova ilicitamente obtida e dos seus efeitos no processo, teses que, como vimos, defendem a *livre admissibilidade* (tese liberal), a *inadmissibilidade* (tese restritiva), ou, por fim, à luz da “*nova corrente*”, a *admissibilidade condicionada ou limitada* da prova ilícita —, é chegada a altura de averiguarmos qual delas, em nosso entender, melhor responde aos anseios do novo processo civil.

Verdade é que, perante esta última corrente, evidencia-se a consolidação, quer na doutrina, quer na jurisprudência, de uma nova tendência baseada nas ideias do moderno processo civil, diligente e célere, mas atinente à prossecução *da justiça no caso concreto*, procurando livrar-se dos formalismos desnecessários, visando a realização da *justa composição do litígio* aliada à descoberta da verdade, sempre que ela seja coerente com a protecção e salvaguarda dos direitos fundamentais.

E, por tudo isto, como deixámos perceber nas páginas anteriores, a nossa preferência vai para esta última tese.

A propósito da “*nova corrente*”, a avaliação que ela faz do caso concreto perante os valores individuais em jogo aponta para uma solução mais consentânea e adequada, na medida em que, com a presença de todos os elementos no processo, o juiz pode valorar aquilo que é pertinente, mas sem descuidar a protecção dos direitos fundamentais, *i.e.*, terá de ser capaz de decidir privilegiando o bem jurídico mais necessitado de tutela, sem olvidar os outros objectivos do processo. Por outro lado, é a única corrente que faz uso do *critério da proporcionalidade*, através da ponderação dos bens jurídicos em conflito, admitindo a compressão de um direito em detrimento de outro prevalecente, para se atingir a aplicação da lei de maneira mais justa.

E não nos parece adequado qualificar a *ponderação de valores em conflito por via de um critério da proporcionalidade* como um caminho “*casuístico*” ou “*eivado de subjectivismo*”, como refere, *em tom crítico*, alguma doutrina que, em nossa opinião, é demasiadamente rígida e arcaica para acompanhar os novos rumos que o processo civil se propõe.

Além disso, o juiz deve ser tomado como alguém dotado de capacidade e experiência bastante para, a partir da situação em concreto, perceber aquilo que se afigura prudente, salvaguardando os direitos fundamentais em risco, agindo com a boa fé necessária, sempre em busca do melhor desfecho para a lide. Argumentar o contrário sobre a figura do julgador, implica colocar em causa toda a estrutura conjuntural do sistema da justiça, não nos parecendo correcto a assunção de tal ideia, pois não correspondente à realidade verificada na prática.

Acreditamos que o *princípio da proporcionalidade*, dentro da posição por nós sufragada, se apresenta como verdadeiro corolário, na medida em que, perante a ponderação de interesses, no sentido de admissibilidade das provas ilícitas e da eventual violação de direitos fundamentais, torna-se iminente a utilização desse critério, de forma a ferir o mínimo possível a esfera dos direitos materiais envolvidos em conflito.

Quanto à posição legislativa do CPC, questionamos a posição do legislador quando omite qualquer menção às *provas ilícitas pré-constituídas*. Facto que, para nós, ainda causa alguma estranheza e se afigura de difícil compreensão, apesar de ser uma postura legislativa presente, reiteradamente, em quase todos os ordenamentos processuais civis. Talvez seja esta a real intenção do legislador que, partindo de uma óptica reformista, decididamente, optou por não se pronunciar e continuar em silêncio em relação ao problema complexo da admissibilidade das provas ilícitas.

Fica, entre nós, a pergunta: tal impasse no processo civil será algum dia resolvido ou perdurarão, eternamente, as diferentes teses? Pelo sim, pelo não, talvez o excerto abaixo nos ajude a reflectir sobre o assunto:

*“O século XXI apresenta novos desafios para a justiça cível, no horizonte de uma crise económico-financeira, mas sobretudo de profunda crise social, constituindo-se os tempos de hoje num importante momento de reflexão sobre o que se pretende para o direito processual civil, enquanto ramo de natureza adjectiva, de direito público, instrumento de procura da verdade material e da realização da justiça, num Estado de Direito Democrático.”*⁵¹²

De todo o modo, o resultado final a que chegámos parece configurar-se como a solução mais acertada e comedida, capaz de colmatar a falta de uma norma sobre a admissibilidade das provas ilícitas no processo. Assim, vislumbramos uma «luz no fim do túnel», no ensejo de

⁵¹² ESTEVES, José, “Um novo Mundo, uma nova Racionalidade, um novo processo Civil”, in I Jornadas de processo civil, “Olhares transmontanos”, Valpaços, 2012, p.11.

consagração de uma norma nesse sentido, finalmente apta a consolidar uma solução legal aceite pelos nossos tribunais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegamos ao final do nosso estudo, em nota conclusiva podemos aludir os pontos pertinentes:

1. O fim do processo é atingido com a justa composição do litígio, o que implica a descoberta da verdade material, *v.g.*, 6.º do CPC.
2. Ultrapassada a idéia de verdade formal, a verdade material é a única componente relevante na doutrina actual.
3. Para a descoberta da verdade, a prova desempenha uma função *vital*, logo um processo sem a prova é um processo morto.
4. O direito probatório representa as normas processuais relativas às provas e a sua utilização no processo visa a regulação de todo o conteúdo da prova.
5. A prova ilícita no processo penal recebe um tratamento diferenciado quanto ao processo civil no ordenamento jurídico.
6. Consoante se verifica, por um lado, a protecção da colectividade e a salvaguarda da ordem social no processo penal e, por outro lado, a protecção de interesses e direitos privados no processo civil.
7. As partes no processo penal não estão em uma situação de igualdade, logo necessitam de maior tutela por parte do legislador.
8. Nomeadamente, o art. 32.º, n.º 8, da CRP, consagra as garantias do processo criminal, incluindo a *proibição das provas ilícitas*, concebendo o seu regime e o valor probatório.
9. De harmonia com a Lei Fundamental, o processo penal consagra a mesma posição, relativa à proibição da prova ilícita, no seu art. 126.º do CPP.
10. As provas electrónicas, nomeadamente as *mensagens escritas “sms”* e os *“registos de chamadas”*, no processo penal ganham, cada cada vez mais relevo, com o consolidação da recente jurisprudência portuguesa, no sentido de permitir a sua admissibilidade sem prévia autorização do juiz de instrução (excepção aos arts. 179.º do CPP e art. 17.º da Lei do cibercrime).
11. Com a ressalva de que, dentro do regime das provas electrónicas, os emails só podem ser objecto de prova se o titular já tenha tido acesso ao seu conteúdo.

12. As interceptações telefônicas (escutas) só são lícitas mediante autorização judicial previa, conforme dispõem os arts. 187.º, do CPP e 18.º, da Lei do cibercrime.
13. A prova é considerada ilícita quando ofender direitos fundamentais, independentemente da ilicitude ter sido formada dentro ou fora da órbita do processo: *prova pré-constituída ou prova constituenda*.
14. A prova ilícita não deve ser confundida com as suas figuras afins: invalidamente constituída, ilegítima, inadmissível, imoral, atípica e viciada.
15. A prova ilegítima é aquela caracterizada pela simples violação de regras processuais.
16. Os princípios processuais civis exercem uma função orientadora no que diz respeito à admissibilidade da prova ilícita, sobretudo o *princípio da proporcionalidade*.
17. O *princípio da livre apreciação das provas* não corresponde à livre admissibilidade das provas.
18. O juiz decidirá anteriormente sobre a admissibilidade (ou não) da prova para em momento posterior proceder a sua eventual apreciação.
19. O *princípio da cooperação* prescreve que é dever de todas as pessoas, sejam ou não parte não processo, cooperar entre si na descoberta da verdade, v.g., art. 417.º, n.º 1, do CPC.
20. No moderno processo civil, o juiz deixa de ser um “*convidado de pedra*” e passa a actuar activamente no processo perante as partes.
21. O sistema processual passa a existir de forma híbrida, conjugando o *princípio do dispositivo* com o *princípio do inquisitório*.
22. O princípio da gestão processual não se mistura com o princípio do inquisitório.
23. O direito à prova é inerente ao *direito de acção e defesa*, consagrado como um direito fundamental, previsto no art. 20.º, n.º 1, da CRP.
24. Do art. 413.º do CPC referente as “*provas atendíveis*” decorre o dever de o tribunal atender a todas as provas produzidas, no processo, desde que lícitas.
25. Por outro lado, também decorre do art. 413.º do CPC a liberdade de escolha pelas partes dos meios de prova que melhor lhes aprouver.
26. Todavia, não pode ser reconhecido como um direito absoluto, sendo objecto de limitações como ocorre com às *proibições de prova*.
27. Perante a prova ilícita e a sua admissibilidade abre-se a porta para as diferentes interpretações, influenciando o desenvolvimento de três correntes fundamentais: teses favoráveis, teses contrárias e as teses mistas.

28. Retira-se do art. 417.º, n.º 3, do CPC a tutela de valores, em princípio valores intangíveis, podendo justificar a recusa do dever de colaboração e fundamentar a inadmissibilidade de certos meios de prova que violem tais direitos materiais.
29. De acordo com o CPC, o art. 417.º, n.º 3, não admite a valoração da *prova ilícita constiuenda*, derivada da violação do direito de recusa, excepção consagrada ao dever de cooperação para a descoberta da verdade.
30. No entanto, o legislador não consagrou uma norma referente a *prova ilícita pré-constituída*, objecto de lacuna jurídica no CPC.
31. A posição adequada à evolução do processo civil moderno aponta para o corrente da admissibilidade em certas condições, mediante a utilização do critério da proporcionalidade.
32. A justiça deve procurar o equilíbrio mediante a ponderação dos valores envolvidos, prevalecendo aquele que revestir maior relevância sobre o outro.
33. Adoptamos a posição em que a prova ilícita só deve ser aceite, caso esse seja o único meio possível e razoável, para se alcançar a verdade material, salvaguardando tanto quanto possível os direitos fundamentais.
34. Não se pode aceitar a violação dos direitos fundamentais por força do mero interesse processual na descoberta da verdade.
35. Se a admissibilidade da prova ilícita não se afigurar como único meio possível e razoável, a prova é decretada nula, por força da violação de preceitos da Lei Fundamental.
36. Não se aplica o *Regime geral sobre nulidade dos actos*, previsto no art. 195.º e ss., do CPC, para os casos de ilicitude material, na medida que estes foram pensados pelo legislador para as situações de “*mera nulidade processual*”.

ABRANTES, José João, “*Prova ilícita (Da sua relevância no processo civil)*”, Revista Jurídica, n.º 7 , nova série, AAFDL, Lisboa, Jul/Set de 1986;

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

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

———, *Direito Processual Civil*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2015;

ALMEIDA , João de, “*Direcção do Inquérito e o relacionamento entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária*”, in Revista de Investigação Criminal, n.º 1, Ensaios e Estudos, Lisboa, 2011;

ALLORIO, Enrico, “*Giustizia e processo nel momento presente*” in Rivista di Diritto Processuale Civile, Vol. XVI – Parte I, Anno 1939, CEDAM, Padova, 1930, p. 220 -231;

ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, Coimbra editora, Coimbra, 2013;

ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993;

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

⁵¹³ O elenco das obras citadas com a menção *op.cit.*, por o serem mais de uma vez.

ANTUNES, Maria João, “*Consequências jurídicas do Crime*” in *Lições para os alunos da disciplina de Direito Penal III da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 2010-2011;

AROCA, Juan Montero, “*Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil - Los poderes del juez y la oralidad*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001;

_____, “*Il processo civile <sociale> come strumento di giustizia autoritaria*”, *Rivista de Diritto Processuale*, Anno 59 (Seconda Serie) - N.º 2, CEDAM, Padova, 2004, p. 553 - 579;

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, *Provas Ilícitas, interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*, 5.ª ed., Editora Revista dos tribunais, São Paulo, 2012;

BARGI, Alfredo, GAITO, Alfredo, SAGNOTTI, Simona C., *Teoria e Prassi della prova - Profili processual - filosofici*, Universitaria, UTET Giuridica, Torino, 2009;

BAUER, Fritz, “*Potere giudiziale e formalismo dei diritto processuale*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1965, p. 1683-1704;

BECKER, L.A., *Qual é o jogo do processo?*, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 2012;

BENAVENTOS, Omar A., “*El futuro del proceso civil en la Latino América*”, in *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. n.º 21-22, Bogotá, 1997, p. 34-53;

BERIZONCE, Omar Roberto, “*Las grandes líneas tendenciales del proceso civil a fines del segundo milenio*”, in *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. n.º 23-24, Bogotá, 1998-1999, p. 35-45;

CALAMANDREI, Piero, “*Per la definitizione del fatto notorio*”, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol. II – Parte I, Anno 1925, CEDAM, Padova, 1925, p. 273-304;

_____, “*La relatività del concetto di azione*”, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol. XVI – Parte I, Anno 1939, CEDAM, Padova, 1930, p. 22 -46;

CALOGERO, Guido, “*Probità, Lealtà, Veridicità nel Processo Civile*”, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol. XVI – Parte I, Anno 1939, CEDAM, Padova, 1930, p. 129-153;

CAMPOS, Sara Raquel Rodrigues, “*(In)admissibilidade de provas ilícitas - dissemeilhaça 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, Coimbra, 2015;

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed. revista, Livraria Almedina, Coimbra, 2003,

_____, “*Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias*”, in *BFD*, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, Coimbra, 2003, p. 793 - 804;

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I (art. 1.º a 107.º), 4.^a ed. Revista Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2014;

_____, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II (art. 108.º a 296.º), 4.^a ed. Revista Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2014;

CAPELO, Maria José, “*Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais*,” in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 143, n.º 3985, Coimbra Editora, Coimbra, março/abril 2014, p. 286 e ss.;

_____, “*As verificações judiciais não qualificadas: reforço ou desvirtuamento da prova por inspeção judicial?* ”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 144, n.º 3992, Coimbra Editora, Coimbra, Mai/Jun 2015, p. 330 e ss.;

CAPPA, Alessandra, CARO, Agostino de, RIZZO, Francesco, RUGGIERO, Andrea, *La Formazione della prova nel giudizio: Dall'undienza preliminare al dibattimento*, Universitaria, UTET Giuridica, Torino, 2009;

CARNELUTTI, Francesco, “*Prove civili e prove penali*”, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol. II – Parte I, Anno 1925, CEDAM, Padova, 1925, p. 3-26;

———, *Teoria Geral do Direito*, tradução de A. Rodrigues Queiró, Artur Alnselmo de Castro, Armênio Amado Editor, Coimbra, 1942;

CASANOVA, J. F. Salazar, “*Cooperação Judiciária Européia no Domínio da Obtenção de Provas*”, SCIENTIA IVRIDICA, in *Revista de direito comparado português e brasileiro*, Universidade do Minho, Tomo LIII, n.º 298, Jan/Abr de 2004;

CASTRILLO, Ude Urbano e MORATO, Miguel Ángel Torres, *La Prueba Ilícita Penal : Estudio Jurisprudencial* , 6.ª Ed., Editora Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012;

CAVALLONE, Bruno, *Il giudice e la prova nel processo civile*, in *Processo e Giudizio*, Vol. III, CEDAM, Padova, 1991;

COMOGLIO, Luigi Paolo, *Le Prove Civili*, Terza edizione, UTET Giuridica, Itália, Torino, 2010;

———, “*Prove e accertamento dei fatti del nuovo C.P.P.*”, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Anno 33, Fasc. 1 (Genn./Mar.), 1999;

COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, Introdução: A doutrina Geral da Infracção [A Ordenação fundamental da conduta (Facto) Punível; A Conduta Típica (O Tipo)], 2.ª ed., Coimbra editora, Coimbra, 2009;

COSTA, Salvador de, “*Organização Judiciária*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, Lisboa, 2013, p. 435- 459;

CREDIDIO, George Luís Argentini Príncipe, *Regras de experiência e motivação das decisões no processo civil*, Editora LTR, São Paulo, 2012;

CREMASCO, Suzana Santi, *A distribuição dinâmica do ónus da prova*, 1.^a ed., Editora GZ, Rio de Janeiro, 2009;

CUSTÓDIO, Sérgio Filipe Barata Lourenço, “*Provas Ilícitas em processo Civil: O princípio da proporcionalidade*”, dissertação apresentada no âmbito do 2.º ciclo de Estudos em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011;

DENTI, Vittorio, “*Francesco Carnelutti e le riforme del processo Civile*”, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Anno 50, n.º 2, Giuffrè Editore, Milano, 1996, p.407-418;

DEU, Teresa Armenta, *A prova ilícita - Um estudo comparado*, Monografias jurídicas, trad. Nereu José Giacomolli, 1.^a ed., Marcial Pons Editora, São Paulo, 2014;

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, As consequências jurídicas do crime*, 2.^a Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2009;

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, “*Particularidades da prova em processo penal, algumas questões ligadas à prova pericial*”, in *Revista do CEJ*, 2.º semestre, n.º 3, 2005, p. 169 -226;

ECHANDIA, Henando Devis, “*Pruebas ilícitas*”, in *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. n.º I, Bogotá, 1984, p. 15-29;

ESTEVES, José, “*Um novo Mundo, uma nova Racionalidade, um novo processo Civil*,” in *I Jornadas de processo civil, “Olhares transmontanos”*, Valpaços, 2012;

FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao processo Civil - Conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013;

———, *A ação Declarativa Comum - À luz do Código de Processo Civil de 2013*”, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013;

———, *A falsidade no direito probatório*, 2.^a ed. atualizada, Almedina, Coimbra, 2013;

GOMES, Manuel Tomé Soares, “*Um olhar sobre a prova em demanda da verdade no processo civil*”, in *Revista do CEJ*, 2.^o semestre, n.º 3, Lisboa, 2005, p. 127-168;

GÖSSEL, Karl-Heinz, “*As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha*”, trad. Manuel da Costa Andrade, in *Revista portuguesa de ciência criminal*, Ano 2, fasc. 3, Coimbra Editora, Coimbra, Jul/ Set, 1992, p. 397- 441;

GRECO, Leonardo, “*O conceito de prova*”, in *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano IV, n.º 4 e Ano V, n.º 5, Rio de Janeiro, 2003-2004, p. 213 - 269;

GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 22.^a ed. revista e atualizada, Malheiros Editores, São Paulo, 2006;

GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas, interceptações e escutas*, 1.^a ed., Gazeta Jurídica Editora, Brasília, 2013;

KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, trad. João Baptista Machado, Martins Fontes, São Paulo, 1999;

KLETT, Selva, BALUGA, Cecilia, ÁLVAREZ, Federico e CASTILLO, Juan, “*Principios de la prueba en el sistema procesal civil*”, in *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. n.º 29, Bogotá, 2003, p. 11- 68;

JAUERNIG, Othmar, *Direito Processual Civil*, 25.^a ed., totalmente refundida da obra criada por Friedrich Lent, trad. de F. Silveira Ramos, Almedina, Coimbra, 2002;

JORGE, Nuno Lemos, “*Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*”, in *Revista Julgar*, n.º 3, Lisboa, 2007, p. 61 - 84;

—————, “*Direito à prova: brevíssimo roteiro jurisprudencial*”, in *Revista Julgar*, n.º 6, Lisboa, 2008, p. 99 - 106;

JÚNIOR, Freddie Didier, *Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, Vol. I, 7.^a ed., Ed. PODIVM, Bahia, 2007;

—————, *Fundamentos do princípio da cooperação no Direito Processual Civil Português*, Coimbra editora, Coimbra, 2010;

JÚNIOR, Freddie Didier, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael, *Curso de Direito Processual Civil - Direito Probatório, decisão Judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada* - Vol. II Editora PODIVM, Bahia, 2007;

JÚNIOR, Humberto Theodoro, *Curso de Direito Processual Civil, Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*, Vol. I, 44.^a ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2006;

—————, *Código de Processo Civil Anotado 2014*, 18.^a ed., revista atualizada e ampliada, Editora Forense, 2014;

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, “*Notas breves sobre o Código de Processo Civil de 2013*”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, Lisboa, 2013, p. 423-434;

LIMA, Pires de e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.^a ed. revista e actualizada - com a colaboração de M. Henrique Mesquita, Coimbra editora, Coimbra, 2011;

LLUCH, Abel Xavier, JUNOY, Joan Picó i e GONZÁLEZ, Manuel Richard, *La Prueba Judicial - Desafios en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso - administrativa*, Edita LA LEY, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2011;

MACHADO, João Batista, *Lições de Direito internacional privado*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2009;

MACHADO, Costa, *Código de Processo Civil Interpretado*, 6.^a ed., Editora Manole, Barueri - São Paulo, 2007;

MALATESTA, Nicolás F. Del., *A lógica das provas em matéria criminal*, 6.^a ed., Bookseller, Campinas, 2005;

MANNARINO, Nicola, *La Prova Nel processo*, CEDAM, Padova, 2007;

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz, *Prova*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010;

—————, *Curso de processo Civil, processo Cautelar*, vol. 4, 3.^a ed. revista e atualizada, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011;

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

MATOS, Varela de, *Conflito de Direitos Fundamentais em Direito Constitucional e Conflitos de Direitos em Direito Civil*, ELCLA editora, Porto, 1998;

MELLADO, José Maria Asencio, *Introducion al Derecho Procesal*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004;

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

MENDES, João de Castro, *Direito Processual Civil*, vol. I, AAFDL, Lisboa, 2012;

MERS, Sandro, *Manuale Pratico dela Prova Civile prima e durante il processo*, CEDAM, 2008;

MESQUITA, Miguel, “*Reconvenção e Excepção no processo Civil [O Dilema da Escolha entre a Reconvenção e a Excepção e o problema da falta de exercício do Direito de Reconvir]*”, Dissertação para Doutoramento em Ciências Jurídico-Processuais apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Almedina, Coimbra, 2009;

———, “*A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno processo civil*” in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 143.º, Coimbra, nov/dez 2013, p. 129-151;

———, *A metamorfose do Futuro Tribunal de Comarca*, Almedina, Coimbra, 2014;

———, *Código de processo Civil*, 33.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014;

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional (Direitos Fundamentais)*, TOMO IV, 5.ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

MITIDIERO, Daniel, “*Bases para construção de um Processo Civil cooperativo: O Direito Processual Civil no marco teórico do formalismo - valorativo*”, Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul para obtenção do grau de Doutor, Porto Alegre, 2007;

———, “*Processo justo, colaboração e ônus da prova*”, *Rev. TST*, Vol. 78, n.º 1, Brasília, jan/mar 2012, p. 67-77;

———, “*A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional*”, in *Revista de Processo*, Ano 39, vol. 229, *Revista dos Tribunais*, março 2014;

MOREIRA, José Carlos Barbosa, “*Dimensiones sociales del proceso civil*”, in Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, vol. n.º 6 , Bogotá, 1987, p. 111-120;

—————, “*A influência do Direito Processual Civil alemão em Portugal e no Brasil*”, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 51, Lisboa, 1991, p. 29 - 44;

—————, “*Restricciones a la prueba en la constitución brasileña*”, in Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, vol. n.º 21-22, Bogotá, 1997, p. 127-138;

—————, “*Correntes e contra correntes no processo Civil Contemporâneo*”, in Revista Brasileira de Direito Comparado, n.º 27, Rio de Janeiro, 2005, p. 3 -18;

—————, “*Processo Civil Contemporâneo - Um enfoque comparativo*”, in *Scientia Iuridica*, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LV, n.º 305, 2006, p. 627 - 644;

—————, “*Anotações sobre o título “da prova” do novo código civil*”, in *Temas de Direito Processual* (nona série) , Editora Saraiva, São Paulo, 2007, p. 141- 158;

NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 17.^a ed. revista e actualizada, Ediforum, Lisboa, 2010;

—————, *Código de Processo Civil Anotado*, 3.^a ed. revista e actualizada, Ediforum, Lisboa, maio/ 2015;

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de Direito Processual Civil*, volume único, edição 2014, 6.^a ed. revista, atualizada e ampliada, Editora Método, São Paulo, 2014;

NOVAIS, Jorge Reis, *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010;

—————, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, 1.^a ed. (Reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2014;

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de, “*O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*” em Academia brasileira de Direito processual civil, disponível em www.abdpc.org.br;

ORDEM DOS ADVOGADOS PORTUGUESA, “*Parecer da Ordem dos Advogados (Sobre o Projecto da Reforma do Código de Processo Civil)*”, Lisboa, 2012;

_____, “*Parecer da Ordem dos Advogados de 5 de janeiro de 2013*”, in *Pareceres da O.A. sobre a Reforma do C.P.C.*, Lisboa, 2013, p. 1079-1123;

PEYRANO, Jorge W., *Cargas Probatorias Dinámicas*, 1.^a ed., 1.^a reimpressão, Rubinzal - Culzoni Editores, Argentina, 2008;

PRATA, Ana, *Dicionário jurídico, vol. I - Direito Civil, Direito Processual Civil, Organização Judiciária*, 5.^a ed. actualizada e aumentada, Almedina, Coimbra, 2009;

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

RAMOS, Rui Manuel Moura Ramos, “*O Direito Processual Civil Internacional no Novo Código de Processo Civil*”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 143º, N.º 3983, Coimbra Editora, Coimbra, 2013;

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

REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do, *Comentários ao Código de processo Civil*, Vol II, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2004;

ROSA, Luís Bértolo, “*Consequências processuais das proibições da prova*”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 20 , n.º 2, Coimbra Editora, Coimbra, abril/ junho 2010;

SAMPAIO, J. M. Gonçalves, *A prova por documentos particulares - Na doutrina, na Lei e na Jurisprudência*, 3.^a ed. atualizada e ampliada, Almedina, Coimbra, janeiro 2010;

SORIANO, Miguel Virgós e ALFÉREZ, Francisco J. Garcimartín, “*La prueba internacional*” in *Derecho Procesal Civil Internacional - Litigación Internacional*, 2.^a ed., Thomson Civitas, Pamplona, 2007, p. 473-514;

SOSA, Angel Landoni, “*Principio de Razonabilidad, Sana crítica y Valoración de la Prueba*”, in *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. n.º 23-24, Bogotá, 1998-1999, p. 101-138;

TARUFFO, Michele, “*Note sulla garanzia costituzionale della motivazione*”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 55, Coimbra, 1979, p. 29 - 38;

—————, “*Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno. 50 n.º 1, Giuffrè Editore, Milano, 1996, p. 219 - 250;

—————, “*L’ insegnamento accademico del diritto processuale civile*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno. 50 n.º 2, Giuffrè Editore, Milano, 1996, p. 551 - 558;

—————, “*Funzione della prova: la funzione dimostrativa*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno. 51, n.º 3, Giuffrè Editore, Milano, 1997, p. 553 - 574;

—————, “*Il giudice e la < Rule of Law >*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno. 53, n.º 3, Giuffrè Editore, Milano, 1999, p. 931- 944;

—————, “*La Prueba, Artículos y Conferencias*”, in *Monografías jurídicas Universitas*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2008;

—————, *Páginas sobre justicia civil - Proceso y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009;

—————, “*Considerazioni sulle massime d’ esperienza*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno. 53, n.º 2, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 531 - 569;

TROCKER, Nicolò, *La Formazioni Del Diritto Processuale Europeo: STUDI*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011;

VALLES, Edgar, *Prática Processual Civil com o novo CPC*, 7.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2013;

VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel e NORA, Sampaio E., *Manual de processo Civil*, 2.ª Ed. (Reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2004;

VARELA, Antunes, “*Manuel de Andrade e o ensino do processo Civil*”, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Vol.35, Coimbra, 1959, p. 41-60;

VERDE, Giovanni, “*Postilla*”, in *Rivista de Diritto Processuale*, Anno 59 (Seconda Serie) - n.º2, CEDAM, Padova, 2004, p. 580 - 582;

VESCOVI, Enrique, “*Las Pruebas ilícitas - Reflexiones sobre las modernas tendencias del derecho comparado en materia de pruebas ilícitas en el proceso penal*”, in *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, n.º 21-22, Bogotá, 1997, p. 119-126;

WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo, *Curso Avançado de processo Civil, Teoria Geral do processo e processo de Conhecimento*, Vol. 1, 12.ª ed., Editora Revistas dos Tribunais - RT, São Paulo, 2012;

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, “*Considerações a respeito da iniciativa instrutória do juiz no processo civil brasileiro*”, in *Revista Julgar*, n.º 6, Lisboa, 2008, p.107 - 132;

ZENHA, Francisco Salgado, “*Processo civil, Constituição e democracia*”, in *Revista da Ordem dos advogados*, ano 52, Lisboa, jun/1992, p. 341-353.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- § Ac. de 26-02-2004, processo n.º 03B3898;
- § Ac. de 11-03-2010, processo n.º 1860/07.0;
- § Ac. de 18-02-2015, processo n.º 1120/11.1;
- § Ac. de 24-06-2015, processo n.º 9/2005.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- § Ac. de 12-2-2003, n.º 78/03;
- § Ac. de 8-11-1999, n.º 389/99;
- § Ac. de 12-05-2009;
- § Ac. de 15-06-2009;
- § Ac. de 24-04-2012, n.º 216/12.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- § Ac. de 24-10-2006;
- § Ac. de 15-12-2009, processo n.º 257/05.0;
- § Ac. de 19-11-2008;
- § Ac. de 30-06-2011, processo n.º 439/10.3.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES

- § Ac. de 16-02-2012, processo n.º 435234/09.8;
- § Ac. de 23-09-2013, processo n.º 689/10.2;
- § Ac. de 24-11-2014, processo n.º 29/13.9;
- § Ac. de 24-04-2014, processo n.º 523/11.6;

⁵¹⁴ Os acórdãos supracitados estão disponíveis em www.dgsi.pt.

§ Ac. de 29-04-2014, processo n.º 102/09.8.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA

§ Ac. de 23-10- 2013, processo n.º 144/12.6;

§ Ac. de 22-10-2014, processo n.º 174/12.8.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

§ Ac. de 05-11-2009, processo n.º 0857899;

§ Ac. de 01-06-2009, processo n.º 0825375;

§Ac. de 28-06-2004, processo n.º 2369/04;

§ Ac. de 16-12-2009, processo n.º 577/08.2.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA

§ Ac. de 04-07-2015, processo n.º 13/15.8.