



FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

## *As Provas Ilícitas no Processo Civil*

*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 de Andrade Mesquita.*

**Tânia Rodrigues Carreira**

**Coimbra, 2016**

**Tânia Rodrigues Carreira**

***As Provas Ilícitas no Processo Civil***  
***The Illegal Evidence in Civil Procedure***

*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 de Andrade Mesquita.*

**COIMBRA**

**2016**

## AGRADECIMENTOS

Nesta hora de conclusão do Trabalho, venho manifestar a minha imensa gratidão:

À minha Família, sobretudo a minha Mãe e a meu Irmão, por toda a coragem e força que sempre me dão. A meu Pai, onde quer que se encontre.

A uma espécie de «ponto de luz» que sempre guiou o meu caminho e que se traduziu no alento de muitas e muitas horas.

Aos Ilustres Professores da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, por todos os ensinamentos que me transmitiram ao longo do Curso. Em especial, dirijo uma palavra de gratidão ao meu orientador, Doutor Miguel Mesquita, por partilhar comigo as suas elevadas qualidades, pessoais e profissionais, e, sobretudo, por todo o apoio nos momentos mais difíceis.

A todos os meus Amigos, sobretudo à Luciana Lourenço, à Josefina Figueirôa e à Sara Luísa Almeida: obrigada por me fazerem sentir mais acompanhada neste imenso deserto em que viajei! Um especial agradecimento à Vanessa Ribeiro e à Margarida Marques, por todos os incentivos: obrigada por contribuírem para a minha superação!

Por fim, a todas as pessoas que de alguma forma contribuíram e colaboraram, directa ou indirectamente, para a realização da presente investigação.

Muito obrigada!

Tânia Carreira

*«Eureka! Eureka!»*

(Arquimedes)

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

## ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
al.	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	Novo Código de Processo Civil/ Codice di Procedura Civile/ Code de Procédure Civile
CPP	Código de Processo Penal (Portugal)
CRP	Constituição da República Portuguesa
ed.	Edição
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (Mesma Obra)
<i>In</i>	Em
<i>in fine</i>	Parte final
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (Espanha)
<i>Op. Cit.</i>	<i>Opus citatum</i> (Obra citada anteriormente)
pp.	Página/ Páginas
par.	Parágrafo (§)
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 representa o culminar de um longo percurso trilhado ao redor do tema da admissibilidade das provas ilícitas no Processo Civil português. É este o seu objecto. Não obstante os passos dados pela reforma Processual Civil, através da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho<sup>1</sup>, continua a não existir qualquer norma no Código de Processo Civil que determine a admissibilidade da prova ilícita nos nossos tribunais.

Nesse sentido, e não existindo unanimidade doutrinal e jurisprudencial, foi nosso intento avançar com uma solução para este delicado problema.

No âmbito do Processo Penal, nenhum problema de maior vulto se coloca, pois o mesmo está solucionado com a consagração do art. 32º, n.º8, da CRP, e com várias normas dispersas pelo CPP.

Todavia, a situação é divergente no Processo Civil. Apesar de a maioria da jurisprudência entender que o art. 32º, n.º8, da CRP, pensado para o Processo Penal, deve ser analogicamente aplicado ao Processo Civil, esta solução não reúne consenso. A maioria da doutrina e da jurisprudência defende a não admissibilidade da prova ilícita. Tentaremos demonstrar, nesta monografia, que é possível descortinar uma solução equilibrada para este complexo problema, sem nos olvidarmos de que «*discórdia é justiça*»<sup>2</sup>.

***Palavras-chave: prova ilícita, admissibilidade, Processo Civil.***

---

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

<sup>2</sup> Expressão de Heraclito, cfr. ABREU, Carlos Pinto de, *Estratégia Processual – De Uma Visão Bélica Para Uma Perspectiva Meramente Processual*, Lisboa, 2000, nota de rodapé n.º 12, pp. 9.

## ABSTRACT

This work represents the culmination of a long journey walked around the issue of admissibility of illegal evidence in the Portuguese Civil Process. Is this your object. Despite the steps taken by Civil Procedural reform, by Law n.º 41/2013, of 26 June, there is still no any rule in the Code of Civil Procedure to determine the admissibility of illegal evidence in our courts.

In this sense, and in the absence of unanimity doctrinal and jurisprudential, was our intent to move forward with a solution to this delicate problem.

In Criminal Proceedings, no major problem arises, because it is solved with the consecration of art. 32, n.º8, CRP, and several rules scattered throughout the CPP.

However, the situation is divergent in Civil Proceedings. Although most of the case law to understand that art. 32, n.º8, CRP, thought to Criminal Proceedings, should be similarly applied to the Civil Process, this solution does not meet consensus. Most of the doctrine and jurisprudence supports the inadmissibility of illegal evidence. We will try to demonstrate in this monograph, it is possible to uncover a balanced solution to this complex problem, without forgetting us that «*strife is justice*».



## ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	6
NOTA INTRODUTÓRIA.....	12

### CAPÍTULO I TEORIA GERAL DA PROVA

1. Conceito de prova.....	14
2. Objecto da prova.....	18
3. Ónus da prova.....	20
4. Direito probatório formal vs Direito probatório material.....	22
5. Princípios conexonados com a prova.....	23
5.1. Princípio do inquisitório.....	23
5.2. Princípio do contraditório.....	24
5.3. Princípio da cooperação.....	25
5.4. Princípio da aquisição processual.....	26
5.5. Princípios da imediação, da oralidade e da concentração.....	27
5.6. Princípio da livre apreciação das provas.....	29
6. Breves considerações sobre o conceito de «verdade».....	31

### CAPÍTULO II A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO

1. Noção de prova ilícita.....	35
2. O Processo Civil e o problema da prova ilícita – exemplos.....	38
3. Conceitos que importa distinguir.....	40
3.1. Prova ilegítima.....	40
3.2. Prova inadmissível.....	41
3.3. Prova invalidamente constituída.....	42
3.4. Prova viciada.....	42
3.5. Prova imoral.....	42
3.6. Prova atípica (ou inominada).....	43
4. Prova ilícita por derivação.....	45
5. Prova ilícita em Processo Penal.....	49
5.1. A proibição de provas ilícitas em Processo Penal.....	49
5.2. Noção de prova proibida.....	50
5.3. Razão de ser da prova proibida.....	51
5.3.1. Teoria da esfera jurídica.....	56
5.3.2. Teoria dos três graus.....	56
5.3.3. Teoria da ponderação.....	59
5.3.4. Teoria da gravidade.....	59

5.3.5. Doutrina de Peters.....	59
5.3.6. Doutrina do fim de protecção da norma.....	60
5.3.7. Nova doutrina das proibições de prova.....	61
5.3.8. Síntese conclusiva.....	63
5.4. Fontes das proibições de prova.....	64

**CAPÍTULO III**  
**SOBRE A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL**

<b>1. Doutrina e jurisprudência do direito comparado.....</b>	<b>66</b>
1.1. Direito francês.....	66
1.2. Direito espanhol.....	67
1.3. Direito brasileiro.....	69
1.4. Direito inglês.....	69
1.5. Direito norte-americano.....	70
1.6. Direito alemão.....	72
1.7. Direito italiano.....	73
<b>2. Soluções – teses em debate.....</b>	<b>73</b>
2.1. Tese da admissibilidade da prova ilícita em Processo Civil.....	74
2.1.1. A irrelevância processual da ilicitude material.....	75
2.1.2. O interesse na descoberta da verdade material.....	77
2.1.3. O dever de dizer a verdade.....	79
2.1.4. A celeridade processual.....	79
2.2. Tese da inadmissibilidade da prova ilícita em Processo Civil.....	80
2.2.1. A unidade do sistema jurídico.....	81
2.2.2. O dolo não aproveita ao seu autor.....	83
2.2.3. A dissuasão de comportamentos ilícitos.....	85
2.2.4. O dever de o juiz denunciar os crimes praticados em audiência.....	85
2.2.5. Consagração constitucional: proibição de valoração da prova ilícita.....	86
2.3. Tese da admissibilidade da prova ilícita em certas condições.....	86
2.3.1. O princípio da boa fé.....	88
2.3.2. Distinção entre violação de direitos fundamentais e violação de outros direitos.....	90
2.3.3. A ilicitude material ocorrida durante o processo.....	91
2.3.4. A distinção entre os momentos da obtenção, da produção e da valoração da prova.....	92
2.3.5. O único meio de se provar o facto.....	93
2.3.6. Colisão de direitos e o princípio da proporcionalidade.....	95

**CAPÍTULO IV  
SOLUÇÃO ADOPTADA**

<b>1. O problema em causa.....</b>	<b>98</b>
<b>2. A recusa da aplicação analógica do art. 32º, n.º 8, da CRP ao Processo</b>	
<b>Civil.....</b>	<b>99</b>
<b>2.1. Nulidade da prova.....</b>	<b>103</b>
<b>2.2. Ilicitude ocorrida fora do processo.....</b>	<b>104</b>
<b>2.3. Ilicitude ocorrida no processo.....</b>	<b>105</b>
<b>3. Solução equilibrada: ponderação dos interesses em jogo.....</b>	<b>106</b>
<b>4. Conclusão.....</b>	<b>110</b>
<b>Considerações finais.....</b>	<b>112</b>
<b>Bibliografia.....</b>	<b>114</b>
<b>Jurisprudência.....</b>	<b>122</b>

## NOTA INTRODUTÓRIA

Desde as aulas da Disciplina de Direito Processual Civil Declarativo do 3º ano do Curso de Direito, cuja regência compete ao Doutor MIGUEL MESQUITA, que desejei incessantemente aprofundar o estudo do problema da admissibilidade da prova ilícita no Processo Civil.

Tema árduo e polémico, mas também dotado de elevada sensibilidade quanto à pessoa humana e quanto a todos os direitos constitucionalmente protegidos e valores que a rodeiam, só poderia ter como resultado o despertar da nossa atenção e interesse.

Contrariamente ao que se verifica no Processo Penal, o nosso Código de Processo Civil não apresenta uma concreta resposta quanto à questão da admissibilidade da prova ilícita. Deverá tal prova ser admissível em juízo? Em caso afirmativo, deverá ser sempre admissível ou apenas na hipótese de ser o único meio de alcançar a verdade material e a justiça do caso concreto?

Por outro lado, deveremos também nós seguir o «trilho» da maioria da jurisprudência portuguesa, defendendo a aplicação analógica ao Processo Civil do art. 32.º, n.º8, da CRP, o qual sanciona com a nulidade toda e qualquer prova obtida mediante coação, ofensa da integridade física ou moral, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações?

Assim, «(...) *sempre a sonhar e vendo/ o logro da aventura*»<sup>3</sup>, será a nossa monografia situada ao redor destas e doutras interessantes questões sobre a prova ilícita.

A nossa monografia perfaz um total de quatro Capítulos. Num primeiro Capítulo, faremos uma breve exposição à teoria geral da prova, onde mencionaremos o que é a prova, qual o seu objecto, alguns princípios processuais conexos com a prova, bem como umas breves considerações sobre o conceito de «verdade». No segundo Capítulo, inteiramente dedicado à prova ilícita, iremos proceder à análise conceptual de prova ilícita, bem como exemplificar, de forma breve, a sua relevância prática, distinguindo ainda a prova ilícita de outros conceitos afins; será ainda realizada uma breve incursão pelo Direito Processual Penal Português, no qual se analisará a proibição de provas em Processo Penal, qual a noção de prova proibida, bem como a sua razão de ser e, neste último ponto, serão analisadas várias teorias que têm sido avançadas sobre a matéria e, por fim, enunciaremos as fontes das proibições de prova. Posteriormente, no capítulo Terceiro serão, concretamente, expostas e criticadas as várias teses sobre a prova ilícita, havendo ainda lugar a uma pequena abordagem ao direito comparado e às soluções que têm sido adoptadas. Por fim, no capítulo Quarto, enunciaremos e justificaremos a nossa posição

---

<sup>3</sup> Excerto do poema de Miguel Torga, *Recomeça*.

perante o problema da admissibilidade da prova ilícita no Processo Civil português, sempre sem nos olvidarmos que «a balança possui dois pratos» (e não apenas um) e, por isso, há que contrabalançar os vários direitos e interesses das partes com a prossecução da chamada «justiça do caso concreto» e a descoberta da verdade material, algo que apenas poderá ser conseguido de forma justa, célere e eficaz com a opção pela solução equilibrada.

# CAPÍTULO I

## TEORIA GERAL DA PROVA

1. Conceito de prova; 2. Objecto da prova; 3. Ónus da prova; 4. Direito probatório formal vs Direito probatório material; 5. Princípios conexos com a prova; 5.1. Princípio do inquisitório; 5.2. Princípio do contraditório; 5.3. Princípio da cooperação; 5.4. Princípio da aquisição processual; 5.5. Princípio da imediação, da oralidade e da concentração; 5.6. Princípio da livre apreciação das provas; 6. Classificação das provas; 6.1. Provas imediatas/directas e Provas mediatas indirectas; 6.2. Provas pré-constituídas e Provas constituídas; 6.3. Provas reais e Provas pessoais; 6.4. Provas livres e Provas legais; 7. Tipos legais de prova; 7.1. Prova por apresentação de coisas móveis ou imóveis; 7.2. Prova por confissão; 7.3. Prova documental; 7.4. Prova pericial; 7.5. Prova testemunhal; 7.6. Prova por declarações de parte; 7.7. Prova por verificações não judiciais qualificadas; 8. Breves considerações sobre o conceito de «verdade».

### 1. Conceito de prova

A *instrução* é a fase processual por excelência que se destina à produção das provas<sup>4</sup>: é aí que as partes têm a possibilidade de fornecer ao juiz todos os elementos probatórios necessários para a prova (demonstração) da veracidade dos factos deduzidos nos articulados e constantes da base instrutória.

Com o NCPC, os actos de *instrução* aparecem regulados na Parte Geral do Código, Livro II (Do Processo em Geral), Título V (Da Instrução do Processo): o objectivo foi o de «evidenciar a *dinâmica* da marca do processo em primeira instância, na sua simplicidade essencial. Apresenta-se o processo, no seu conteúdo mínimo, cabendo aos sujeitos da instância, perante cada repto processual, enriquecer o processo concreto com os actos estritamente indispensáveis à satisfação do seu fim»<sup>5</sup>.

A *fase instrutória* inicia-se no momento em que a lei prevê como pertinente a indicação dos meios de prova<sup>6</sup>: com o NCPC, os meios de prova são apresentados imediatamente com os articulados<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Concordamos com SANTOS, Manuel Tomé Soares Gomes dos, *Um Olhar Sobre a Prova em Demanda da Verdade no Processo Civil*, Revista do CEJ, nº3, 2º semestre, 2005, pp. 167, quando refere que «A prova é talvez a manifestação mais significativa do Direito em acção, o que liga o Direito à Vida».

<sup>5</sup> Cfr. FARIA, Paulo Ramos de e LOUREIRO, Ana Luísa, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*, vol. I, Almedina, 2013, pp. 333.

<sup>6</sup> É possível afirmarmos «(...) que a própria narração dos actos realizada nas primeiras peças processuais constitui já um momento inicial em que uma “história” pode começar a afirmar-se como credível ou não credível. Exemplifiquemos: imaginemos que na petição inicial o advogado do autor, vítima de acidente de viação, relata a dada altura que o sítio onde se produziu o acidente estava próximo de um prédio em construção. A Ré, companhia de seguros, contesta, impugnando os factos que desconhece, por não serem seus. Suponhamos agora que na audiência de julgamento surge a depor pelo autor um indivíduo que se afirma operário da construção civil, a trabalhar no prédio mencionado nos autos. A credibilidade do seu testemunho está desde logo reforçada pela menção anterior, aparentemente inócua e irrelevante para o caso, mas que coloca a testemunha de forma verosímil no local do acidente. Ou seja, o que se pretende demonstrar é que a

Mas, pode acontecer que a actividade instrutória tenha o seu início *antes* da fase da instrução. Tal sucederá no caso de as partes apresentarem a *prova documental* logo na fase dos articulados (art. 423º, n.º1) ou quando haja lugar a *produção antecipada da prova* (art. 419º)<sup>8</sup>: em ambos os casos são actos instrutórios situados *fora* da fase de instrução mas, ainda assim, com ela conexiónados.

Por isso, afirmamos, com LEBRE DE FREITAS, MONTALVÃO MACHADO E RUI PINTO<sup>9</sup>, que a expressão «*instrução do processo*» tem 2 sentidos: 1) Um sentido *cronológico* e, 2) Um sentido *lógico*. O primeiro sentido traduz o conjunto de actos da sequência processual compreendidos entre a fase da *condensação* e a fase da *discussão e julgamento da causa*, iniciando-se com os meios de prova que hajam sido indicados na *audiência prévia* (art. 591º, n.º1, *al. a*) e estendendo as suas raízes até ao momento da *audiência final* (arts. 602º e 604º, n.º3, *als. a* e *d*) e n.º4), enquanto o segundo sentido corresponde a todos os actos que, apesar de *formalmente* situados *fora* da fase da instrução, são considerados *actos de instrução*<sup>10</sup>.

A *instrução* tem o seu *terminus* com a realização da *audiência final*, nos termos previstos no art. 591º, n.º1, *al. g*).

Vejamos agora outro ponto.

Com origem no latim *probatio*, a palavra *prova* significa argumentação, examinação, verificação, persuasão de alguém. Ou seja, pretende-se – mais do que afirmar – demonstrar algo, estabelecer uma verdade de uma certa realidade, de forma a formar a convicção do julgador no processo.

Para efeitos processuais, a definição do que é a *prova* deve de ser feita de acordo com a *finalidade* que esta desempenha no processo. A somar a tais considerandos, temos uma definição *legal* de prova (é a constante do art. 341º do CC) e, por outro lado, temos definições *doutrinárias*.

---

prova não se restringe a um momento do processo, mas antes é objecto de permanente construção ao longo dele», cfr. CALHEIROS, Maria Clara, *Verdade, Prova e Narração*, Revista do CEJ, n.º 10, 2º semestre, 2008, pp. 291 a 293.

<sup>7</sup> Cfr. VALLES, Edgar, *Prática Processual com o Novo CPC*, 8ª edição, Almedina, 2014, pp. 106 a 108. Antes do início da vigência do NCPC, a situação era diversa: se houvesse lugar à realização de *audiência preliminar* (hoje, designada *audiência prévia*), era nesta que deveriam ser indicados os meios de prova e requeridas quaisquer diligências probatórias, a gravação da audiência final ou a intervenção do tribunal colectivo, nos termos previstos no art. 508º-A, n.º2, *als. a* e *c*) do antigo CPC.

<sup>8</sup> Verificar-se-á esta situação quando haja «justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas ou a verificação de certos factos por meio de perícia ou inspecção (...)», nos termos do art. 419º.

<sup>9</sup> Cfr. FREITAS, José Lebre de, MACHADO, A. Montalvão e PINTO, Rui, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 2º, Coimbra Editora, pp. 422 e 423.

<sup>10</sup> V.g., a produção antecipada de prova (art. 419º), o requerimento de prova, a apresentação e a impugnação de documentos (art. 552º, aplicável aos restantes articulados – arts. 423º, n.º1, 444º, n.º2 e n.º3 e 552º), a apresentação de documentos em instâncias de recurso (arts. 425º, 662º, n.º2, *al. c*) e 695º).

Tenha-se ainda em conta que o conceito de *prova* pode ser entendido num triplo sentido: 1) Como *meio*; 2) Como *resultado*; e, 3) Como *actividade*. Quanto ao primeiro sentido, como nos ensina RUI RANGEL, «os meios de prova é que são a prova», ou seja, são elementos objectivos através dos quais se pretende demonstrar a realidade dos factos (v.g., o documento escrito, o depoimento gravado, a resposta do perito)<sup>11</sup>. Quanto ao segundo sentido (*prova* como *resultado*)<sup>12</sup>, o resultado probatório final consiste em a verdade dos factos alegados na causa ficar demonstrada<sup>13</sup>. Como nos ensina MANUEL DE ANDRADE, *prova* neste sentido designa «ainda os dados fornecidos pela actividade probatória, mesmo que não conduzam à efectiva demonstração dos factos visados» e, por isso, se pode também falar de *material probatório* (*Beweisstoff*)<sup>14</sup>. A prova no sentido de *actividade* probatória – e este é já o terceiro sentido – corresponde ao conjunto dos actos processuais (desenvolvidos pelas partes, pelo tribunal ou por terceiros) que visam demonstrar a veracidade dos factos<sup>15</sup>.

Após este percurso, adoptamos<sup>16</sup> a posição à luz da qual o termo *prova* é possuidor dos três referidos sentidos. E isto com base em três razões: 1) A prova é *actividade* (autor e réu têm de provar factos e, para isso, não pode haver aqui inércia), 2) Implica a existência de *meios de prova objectivos* (que demonstrem os factos que se afirmam) e, por fim, 3) Há o *resultado* probatório (ou seja, a demonstração da verdade do material fáctico alegado em juízo). Podemos ainda afirmar que, também por estes motivos, consideramos a *prova* como uma das figuras mais completas/complexas do Direito Processual Civil.

Com a prova visa-se alcançar uma certeza *relativa* (ou *subjectiva*<sup>17</sup>) do facto: esta certeza prende-se com o «(alto) grau de probabilidade de verificação do facto, suficiente para as necessidades práticas da vida»<sup>18</sup>. Como nos ensinam ANTUNES VARELA, SAMPAIO E NORA e MIGUEL BEZERRA, a prova «não pode visar um estado de certeza lógica, *absoluta*, sob pena de o Direito falhar clamorosamente na sua função

---

<sup>11</sup> Cfr. RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, Almedina, pp. 19 a 34.

<sup>12</sup> É neste sentido que parece apontar o termo «*provas*» constante do art. 341º do CC que dispõe que «as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos» - esta é a posição que adoptamos conjuntamente com RUI RANGEL. Já ALBERTO DOS REIS e CASTRO MENDES entendiam também a prova como *resultado*, defendendo que o «*genus*» da prova «é, portanto, este: o resultado», cfr. RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus...op. cit.*, pp. 19 a 34.

<sup>13</sup> Nesse sentido se afirma «foi feita a prova dos factos x, y e z».

<sup>14</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1976, pp. 190.

<sup>15</sup> Nesse sentido afirmamos «ter o processo entrado na fase das provas, e que o autor tem de provar o facto x e o réu, por sua vez, o facto y», cfr. CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade da Prova Ilícita no Processo Civil Português*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012.

<sup>16</sup> Tal como RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus...op. cit.*, pp. 19 a 34.

<sup>17</sup> Esta distingue-se da *verosimilhança*, pois, nesta última, há apenas uma simples probabilidade de verificação do facto.

<sup>18</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel de, *Noções...op. cit.*, pp. 191 *apud* VARELA, Antunes, NORA, Sampaio e, BEZERRA, J. Miguel Bezerra, *Manual de Processo Civil*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2004, pp. 434 a 437.



essencial de instrumento de paz social e de realização da justiça entre os homens»<sup>19</sup>; o julgador apenas deve ficar *mais convicto* de que aquele facto ocorreu do que o contrário. Mas, se acabamos de enunciar a *regra*, é chegada a vez da *excepção*: esta é preenchida pelos *procedimentos cautelares*. Nestes últimos, basta uma mera prova sumária (*summaria cognitio*) dos factos alegados<sup>20</sup>.

Virando agora a página, mas sem sair da «*narrativa*», são variadíssimas as noções *doutrinárias* de prova com as quais nos deparamos.

TEIXEIRA DE SOUSA entende que a prova «é a actividade realizada em processo tendente à formação da convicção do tribunal sobre a realidade dos factos controvertidos (...), isto é, a actividade que permite formular na mente do julgador a convicção que resolve as dúvidas sobre os factos carecidos de prova»<sup>21</sup>.

Já para CASTRO MENDES a prova corresponde ao «pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular de facto é justificavelmente aceitável como fundamento da mesma decisão»<sup>22</sup>.

Para ALBERTO DOS REIS, a prova pode ser definida, processualmente, «como o conjunto de operações ou actos destinados a formar a convicção do juiz sobre a verdade das afirmações feitas pelas partes»<sup>23</sup>.

Por seu turno, RUI RANGEL constata que, em termos processuais, a prova pode ser definida «como a actividade ou conjunto de operações destinadas à formação da convicção do juiz, sobre a veracidade dos factos controvertidos que foram carreados para o processo pelas partes e que se encontram seleccionados na base instrutória» e, como tal, visa ela «fornecer todos os elementos ao julgador sobre a realidade dos factos controvertidos, sanando, na medida do possível, as dúvidas existentes na sua mente sobre os factos carecidos de prova»<sup>24</sup>.

Já MANUEL DE ANDRADE, quanto à noção de *prova*, realiza uma divisão (doutrinária) quadripartida, defendendo que: a) A prova como *actividade probatória* (ou *instrutória*) é a actividade (actos processuais) dirigida aos fins próprios da instrução; b) A prova como *resultado* (*resultado probatório*) é a demonstração efectiva (segundo a

---

<sup>19</sup> Cfr. VARELA, Antunes, NORA, Sampaio e, BEZERRA, J. Miguel, *Manual...op. cit.*, pp. 434 a 437.

<sup>20</sup> Nos termos do art. 368º, n.º1, para uma providência cautelar ser decretada basta que se verifique o chamado *fumus boni iuris* (ou seja, que o julgador constate que há a «*probabilidade séria da existência do direito*») e, cumulativamente, o *periculum in mora* (isto é, que se «*mostre suficientemente fundado o receio*» da lesão do direito).

<sup>21</sup> Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de, *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, LEX, Lisboa, 1997, pp. 195.

<sup>22</sup> Cfr. MENDES, João de Castro, *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, Edições Ática, pp. 741.

<sup>23</sup> Cfr. REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, Coimbra Editora, 1950, pp. 238 a 239.

<sup>24</sup> Cfr. RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus...op. cit.*, pp. 19 a 34.

convicção do juiz) da veracidade/realidade dos factos afirmados; nesta segunda visão, também se pode ainda falar de *material probatório* (*Beweisstoff*); c) A prova como *motivo* ou *argumento probatório* (*Beweisgrund*) corresponde a qualquer elemento (do material probatório) que tenha sido determinante para formar a convicção do juiz; e, por fim, d) A prova como *meio de prova* (*instrumento* ou *fonte de provas*) é todo o elemento (*quid*) sensível, através do qual, mediante actividade perceptiva ou simplesmente indutiva, o juiz pode, segundo a lei, formar a sua convicção acerca dos factos (afirmações de facto) da causa (v.g., a testemunha, o documento, o perito)<sup>25</sup>.

## 2. Objecto da prova

Num processo, para ser atingida a justa composição da lide, têm de ser provados *factos*<sup>26</sup>, ocorrências da vida real<sup>27</sup> (e não *matéria de direito*<sup>28</sup>) – *jura novit curia, da mihi factum dabo tibi ius*.

A *matéria fáctica* diz respeito: 1) À averiguação dos factos, às ocorrências concretas da vida real, ao estado e à situação real das pessoas e das coisas (v.g., idade, sexo, habilitações literárias, a área de certo prédio, se este confina com outro prédio, etc.), 2) Aos acontecimentos do *foro interno* da vida das pessoas (v.g., a dor física ou o sofrimento moral, o conhecimento pela testemunha de determinado evento concreto, a vontade psicológica do testador, etc.), 3) Às ocorrências hipotéticas (v.g., saber se o condutor do veículo teria ou não podido travar num espaço livre e visível à sua frente se os travões tivessem sido correctamente verificados e inspeccionados) e, 4) Aos juízos periciais de facto (v.g., saber qual a percentagem da diminuição da capacidade de trabalho)<sup>29</sup>.

Como assinala TEIXEIRA DE SOUSA, «a prova tem por objecto *imediato* um facto e por objecto *mediato* (ou meta-objecto) a respectiva afirmação»<sup>30</sup>.

*Mas, que factos temos de provar?* Numa demanda, em primeiro lugar, provam-se os *factos principais*<sup>31</sup> e, seguidamente, de acordo com as *regras da experiência*, os *factos instrumentais* ou *secundários*<sup>32</sup> (que nos vão fazer chegar à prova dos *factos principais*).

<sup>25</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel de, *Noções...op. cit.*, pp. 189 a 192.

<sup>26</sup> No mesmo sentido, LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manuale di Diritto Processuale Civile, Principi*, Quinta Edizione, Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1992, pp. 326.

<sup>27</sup> Esta é a *regra*. A *excepção* é preenchida pelos casos em que algumas das partes em litígio invoca direito consuetudinário, local ou estrangeiro: cabe a quem invoca este direito fazer a prova da sua existência e do seu conteúdo; mas, também neste caso, terá de existir *cooperação* entre o tribunal e as partes, pois o juiz deverá, officiosamente, proceder ao seu conhecimento.

<sup>28</sup> Esta reporta-se à indagação, interpretação e aplicação das regras jurídicas. Nos termos do art. 5º, n.º3, «O juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito».

<sup>29</sup> Cfr. VARELA, Antunes, NORA, Sampaio e, BEZERRA, J.Miguel, *Manual...op. cit.*, pp. 407 a 409.

<sup>30</sup> Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de, *As Partes...op. cit.*, pp. 195 e 196. O sublinhado é nosso.

<sup>31</sup> Estes factos são os que integram a *causa de pedir* e as *excepções* (cfr. art. 5º, n.º1); a sua alegação cabe – apenas e só – às partes.

Nos termos do art. 410º, o objecto da *instrução* são os *temas da prova* enunciados ou, quando não haja essa enunciação, os *factos necessitados de prova*. Ora, concordamos com a crítica de LEBRE DE FREITAS<sup>33</sup> a esta disposição, pois o que se prova são *factos* (e não *temas da prova*). Os *temas da prova* são apenas *quadros de referência*<sup>34</sup> e, dentro destes, temos de nos socorrer dos factos que as partes carregarem para o processo. Os *temas da prova* são apenas uma bússola para a actividade instrutória, mas estes não constituem o seu objecto.

Todavia, factos há sobre os quais a prova, no caso concreto, não recai – é o que se verifica com: 1) Os *factos controvertidos* (ou «*factos necessitados de prova*», na terminologia do art. 410º) e, 2) Os *factos não necessitados de prova*, de acordo com o art. 412º. Vejamos. Os *factos controvertidos* são aqueles que foram articulados pelas partes e relativamente aos quais, autor e réu, divergem de posição, já os *factos não necessitados de prova* são: 1) Os *factos notórios*<sup>35-36</sup> e 2) Os *factos de que o tribunal tiver conhecimento por virtude do exercício das suas funções*. Os *factos notórios*, como assinala LEBRE DE FREITAS<sup>37</sup>, são factos conhecidos ou facilmente cognoscíveis pela generalidade das pessoas de determinada esfera social, de tal modo que não haja razão para duvidar da sua

---

<sup>32</sup> Têm como função «fazer luz» (na sugestiva expressão de MIGUEL MESQUITA, proferida nos seus ensinamentos orais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, quer nas Aulas de Licenciatura do 3º ano, quer nas Aulas de Mestrado) sobre os *factos principais* da causa. Com os *factos instrumentais*, e através de *presunção judicial*, poder-se-á chegar à demonstração dos correspondentes factos essenciais. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA *apud* VALLES, Edgar, *Prática...op. cit.*, pp.83, «dá o seguinte exemplo de *factos instrumentais*: a circunstância de o telhado permitir a infiltração de águas prova, revela, segundo as *máximas de experiência*, não terem sido observadas pelo empreiteiro as boas regras de construção de edifícios, ou seja, que houve, da parte deste, negligência, assim como as condições de estrada, numa acção sobre responsabilidade civil emergente de acidente de viação, serão instrumentais em relação ao alegado excesso de velocidade». O itálico é nosso.

<sup>33</sup> Cfr. FREITAS, José Lebre de, *A Acção Declarativa Comum – À Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 205 a 207.

<sup>34</sup> A expressão é de FREITAS, José Lebre de, *A Acção...op. cit.*, pp. 205.

<sup>35</sup> PROTO PISANI menciona serem exemplos de factos notórios «os índices de desvalorização da moeda, os desastres naturais ou uma guerra que ocorreram numa determinada zona, a greve dos serviços públicos», cfr. PISANI, Andrea Proto, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Quinta Edizione, Jovene Editore, Napoli, 2006, pp. 414. A tradução é nossa. Por seu turno, LIEBMAN assinala, ainda, que a «jurisprudência recente considerou como notório a existência do mercado negro durante a Segunda Guerra Mundial, a desvalorização da moeda no período subsequente a essa Guerra, a insolvência de um banco local, a topografia do centro da cidade», cfr. LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manuale...op. cit.*, pp. 331 e 332. A tradução é nossa. Uma interessante anotação sobre os *factos notórios* e a prova dos danos não patrimoniais pode ver-se em CAPELO, Maria José, *Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22 de Junho de 2010*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 143º, nº 3985, Março/Abril, 2014.

<sup>36</sup> JAIME GUASP e PEDRO ARAGONESES constata que *não são factos notórios* «aqueles que o juiz pode conhecer, oficiosamente ou de forma privada, mas que são reconhecidos de forma geral no local e no momentos em que o processo decorre», cfr. GUASP, Jaime, ARAGONESES, Pedro, *Derecho Procesal Civil*, Tomo Primero, 7ª edición, Thomson Civitas, pp. 383. A tradução é nossa.

<sup>37</sup> Cfr. FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios Gerais*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2009, pp.148 e ss.

ocorrência<sup>38-39</sup>, enquanto os segundos, o juiz conhece-os porque são factos já constantes de outro processo em que o juiz interveio<sup>40</sup>.

### 3. Ónus da prova

Um *ónus* (jurídico), na definição de MANUEL DE ANDRADE, «traduz-se na necessidade, imposta pela ordem jurídica a uma pessoa, de proceder de certo modo para conseguir ou manter uma vantagem»<sup>41</sup>. Repare-se que este *ónus* não é uma *obrigação* pois, para que esta se verifique, tem de existir uma relação jurídica entre sujeitos (uma determinada parte tem de estar onerada com um determinado comportamento exigível pela contraparte), sob pena de sofrer uma sanção legal; este *ónus* é uma *faculdade*, uma *liberdade*<sup>42</sup>.

Como assinala RUI RANGEL, «O *ónus processual*<sup>43</sup> consiste em fazer recair sobre as partes as consequências de uma inércia, estimulando-as, assim, a actuar como forma de alcançar uma resolução favorável e, simultaneamente, em lançar sobre estas as consequências dos seus actos, quando infundados»; e, continua este ilustre autor, é dever das partes «agir ponderadamente e com este dever de cuidado»<sup>44</sup>.

É às *partes*, autor e réu, que incumbe a prova dos factos alegados na demanda: o primeiro, tem de provar os factos *constitutivos* do seu direito, enquanto o segundo tem de provar os factos *impeditivos* ou *extintivos* do direito do primeiro<sup>45-46</sup>.

---

<sup>38</sup> E o mesmo autor vem ainda recordar-nos que os *factos notórios* são distintos das *máximas de experiência*; enquanto os primeiros são factos *concretos*, do conhecimento geral, as *máximas de experiência* têm natureza *geral*. V.g., é um *facto notório* que Fidel Castro usa barba, mas já é uma *máxima de experiência* referir que todos os homens morrem. Todavia, apesar de diferentes, são semelhantes no que diz respeito à dispensabilidade de prova e à inadmissibilidade de prova contrária: ambos estão sujeitos ao mesmo regime, cfr. FREITAS, José Lebre de, *Introdução...op. cit.*, pp. 149.

<sup>39</sup> Em sentido crítico, ISABEL ALEXANDRE assinala a circunstância de os *factos instrumentais* não aparecerem referenciados no art. 410º, afirmando parecer «que a expressão *factos necessitados de prova* previne a hipótese de existência de processos especiais nos quais não haja lugar à enunciação de temas de prova e, bem assim, os casos de antecipação da prova (...), em que essa enunciação também não se verifica», cfr. ALEXANDRE, Isabel, *A Fase da Instrução e Novos Meios de Prova no Código de Processo Civil de 2013*, Revista do MP, nº 134, Abril/Junho 2013.

<sup>40</sup> O art. 412º, n.º2 dispõe que «*não carecem de alegação*», mas tal não significa que não necessitem de prova; a sua prova deve ser feita através de documento, nos termos do art. 412º, n.º2, *in fine*, cfr. AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito Processual Civil*, 7ª edição, Almedina, pp. 276.

<sup>41</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral das Obrigações, nº1 apud ANDRADE, Manuel de, Noções...op. cit.*, pp. 195 a 207.

<sup>42</sup> As expressões foram proferidas, no ensinamento oral, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pelo Senhor Doutor MIGUEL MESQUITA, nas Aulas da Licenciatura do 3º ano, no ano 2014.

<sup>43</sup> O sublinhado é nosso.

<sup>44</sup> Cfr. RANGEL, Rui Manuel de Freitas Rangel, *O Ónus...op. cit.*, pp. 191 a 193.

<sup>45</sup> Em certos casos, que seguidamente analisaremos, pode haver lugar à *inversão do ónus da prova*.

<sup>46</sup> Em Itália, o art. 115º do *Codice di Procedura Civile* dispõe que «*o juiz deve manter, como fundamento da sua decisão, as provas apresentadas pelas partes ou pelo Ministério Público*»; sendo esta a única norma sobre o ónus da prova prevista neste Código, considera-se que o «Código de Processo Civil Italiano é totalmente insuficiente em matéria de ónus da prova, e a solução dos problemas que esta matéria acarreta, tem de se procurar no Código Civil cujo artigo 2697 dispõe que *quem quiser fazer valer um direito em juízo,*

Caso *não se cumpra* ou *se cumpra de modo insuficiente* o *ônus da prova*, a causa é decidida contra o *onerado*, isto é, contra aquele a quem a invocação do facto iria aproveitar. O que não pode jamais acontecer é o juiz abster-se de julgar (proibição do *non liquet*): a «um *non liquet* no domínio dos factos, corresponde ou deverá sempre corresponder um *liquet* jurídico»<sup>47</sup>.

Analisando o *ônus da prova* no domínio do Código Civil<sup>48</sup>, o art. 342º, n.º1, do CC começa por dispor que àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado, continuando no seu n.º 2 a referir que, àquele contra quem a invocação do direito foi feita compete a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado<sup>49</sup>. Por sua vez, o n.º 3 do art. 342º do CC veio a consagrar a doutrina propugnada por MANUEL DE ANDRADE<sup>50</sup>: em caso de dúvida (quanto a saber se o facto é *impeditivo* ou *constitutivo*), o facto será considerado *constitutivo* do direito<sup>51</sup>.

---

*tem de provar os factos que o fundamentam*», cfr. ALONSO, Carlos Miguel y, *Los principios...op. cit.*, Boletim da Faculdade de Direito, vol. XXXIII, pp. 181. A tradução é nossa.

<sup>47</sup> Cfr. CASTRO, Artur Anselmo de, *Lições de Processo Civil*, 4º volume, Atlântida, Coimbra, pp. 114. Como refere MARGARIDA LIMA REGO, perante «a proibição do *non liquet*, sempre seria necessário encontrar um critério de decisão que permitisse ultrapassar situações de impasse quanto a questões de facto. Esse critério é-nos geralmente dado pelo instituto do *ônus da prova*», cfr. REGO, Margarida Lima, *Decisões em Ambiente de Incerteza: Probabilidade e Convicção na Formação das Decisões Judiciais*, Revista Julgar, nº21, 2013. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA evidencia, neste ponto, as divergências entre o Processo Civil e o Processo Penal referindo que, enquanto no Processo Civil o juiz toma a sua decisão de acordo com as regras do *ônus da prova*, no Processo Penal o juiz julga segundo o princípio *in dubio pro reo*. Desta forma, «enquanto em processo civil um *non liquet* em matéria probatória é valorado contra a parte onerada com a prova, em processo penal um *non liquet* em questão probatória é avaliado a favor do arguido», cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de, *A Livre Apreciação da Prova em Processo Civil*, Scientia Iuridica, Tomo XXXIII, 1984, pp. 116 e 117.

<sup>48</sup> No nosso Código Civil está consagrada «a teoria das normas de Rosenberg enquanto modelo de distribuição do *ônus da prova*. Esta doutrina é relativamente simples de expor: parte do princípio de que há normas que favorecem uma parte – o autor – e outras que beneficiam outra parte – o réu. Só formando-se a convicção do juiz quanto a todos os factos que constituem a factispécie da norma que favorece o autor, pode o direito atribuído ser reconhecido. Importa então distinguir cuidadosamente as normas que aproveitam a cada uma das partes e essa distinção faz-se tendo em conta a redacção das normas», cfr. GOUVEIA, Mariana França, *A Prova*, Themis: revista de Direito Ed. Esp., 2008, pp. 334 e 335. A teoria das normas de Rosenberg também não é isenta de críticas, como veremos seguidamente.

<sup>49</sup> De acordo com CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade...op. cit.*, pp. 20, «*Impeditivos* são aqueles que obstam a que um direito invocado se tenha validamente constituído (por ex. incapacidade, erro, dolo, simulação, etc.) e ainda os que, operando *ab initio*, apenas retardam o surgimento desse direito ou a sua exequibilidade; *modificativos* são os que podem ter alterado o direito que seja invocado, tal como ele validamente se constituiu (ex. mudança do local de uma servidão de passagem); e *extintivos*, como a própria palavra sugere, são aqueles que tenham produzido a extinção de determinado direito, depois de este já validamente formado (ex. condição resolutiva, pagamento, prescrição, etc.)». Para uma visão prática da importância da tripla classificação que podemos ter dos factos, vide SERRA, Adriano Vaz, *Anotação ao Acórdão de 29 de Julho de 1969*, Revista de Legislação e Jurisprudência, nº 3437, 1971, pp. 508 e 509, VARELA, Antunes, *Anotação ao Acórdão de 22 de Outubro de 1981 do STJ*, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 116, nº 3715, 1984, pp. 318 e ss. e, ainda, VARELA, Antunes, *Anotação ao Acórdão de 22 de Outubro de 1981 e Assento de 21 de Junho de 1983*, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 117, nº 3718, pp. 26 e 27.

<sup>50</sup> CASTRO, Artur Anselmo de, *Lições...op. cit.*, 4º volume, pp. 114 a 141.

<sup>51</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel de, *Noções...op. cit.*, pp. 187 *apud* CASTRO, Artur Anselmo de, *Lições...op. cit.*, volume 4º, pp. 114 a 141, alerta-nos para o facto de o julgador ser tentado, em caso de dúvida, a seguir o

Esta é a repartição *normal* do ónus da prova. Todavia, pode esta sofrer alguns *desvios*: são os constantes dos arts. 344º do CC<sup>52</sup> (inversão do ónus da prova) e 345º do CC (convenções sobre provas), que não serão objecto de desenvolvimento.

#### 4. Direito probatório formal vs Direito probatório material

O *direito probatório* corresponde ao conjunto de normas que estabelecem a disciplina da prova dos factos que interessam à decisão da lide<sup>53</sup>.

Envoltas num ambiente de grande polémica, desde 1967 que estas normas se encontram repartidas pelo Código Civil (normas de natureza material/substantiva) e pelo Código de Processo Civil (normas processuais): o primeiro, contém o chamado *direito probatório material* (normas sobre o ónus da prova, a admissibilidade e o valor de cada um dos meios de prova), enquanto o segundo diz respeito ao *direito probatório formal* (disposições reguladoras dos *procedimentos probatórios*<sup>54</sup>).

As codificações germânicas (e, semelhantemente, os sistemas jurídicos anglo-americanos e sul-americanos) entendem que ao direito substantivo apenas lhe deve caber a normatividade sobre a distribuição do ónus da prova; todas as restantes normas de direito probatório têm o seu lugar no direito processual. Posteriormente, a ruptura foi dada com o Código Napoleónico; ruptura que foi seguida pelas demais codificações latinas. Em Itália, os doutrinadores, teceram ferozes críticas à inclusão do direito probatório material no direito civil; foi nessa linha que, na vigência do Código de Processo Civil de 1939, se entendeu que *toda* a matéria das provas é direito processual<sup>55</sup>.

Da outra margem, os civilistas viam as provas como um «*instrumento da certeza e da segurança dos direitos*»<sup>56</sup>, entendendo-as como uma figura da teoria geral do direito e, por isso, o seu lugar seria no Código Civil<sup>57</sup>.

---

caminho mais fácil, tendendo a considerar o facto «constitutivo, sem grandes indagações e a resolver, assim, normalmente, contra a parte que invoca um direito»; deste modo, «a distinção entre factos constitutivos e impeditivos, a própria autonomia destes, aparece gravemente ameaçada». MARIANA FRANÇA GOUVEIA, refere que a maior dificuldade «está em encontrar critérios objectivos e de simples aplicação. Talvez fizesse sentido, prever diversos critérios cumulativos, aplicáveis em simultâneo. Se da sua aplicação surgisse sempre um mesmo resultado – ónus do réu ou do autor – seria nesse sentido distribuído o ónus. Se houvesse divergências, teríamos de estabelecer ou uma cláusula geral ou deixar ao arbítrio do julgador ou “carregar” o lado activo», cfr. GOUVEIA, Mariana França, *A prova...op. cit.*, 2008, pp. 334 e 335.

<sup>52</sup> Tendo em conta a importância prática, sobretudo, do nº2 deste art. 344º do CC, *vide* Acórdão do STJ de 23-02-2012, relator: Bettencourt de Faria (proc. nº 994/06.2TBVFR.P1.S1), Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22-09-2015, relator: Manuel Marques (proc. nº 8928/11.6TBOER.L2-1) e, ainda, Acórdão do STJ de 16-10-2012, relator: Garcia Calejo (proc. nº 194/08.7TBAGN.C1.S1), disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>53</sup> A autonomização destas normas é justificada pela sua especial função no processo.

<sup>54</sup> Ou seja, ao modo como as provas devem ser requeridas e à sua forma de produção em juízo.

<sup>55</sup> Esta é a opinião de CHIOVENDA, BETTI, GUASP, MANUEL DE ANDRADE, MANUEL RODRIGUES, ALBERTO DOS REIS, COUTURE e outros escritores alemães. A razão alegada pelos autores é simples: a prova destina-se a formar a convicção do juiz (*judici fit probatio*) e, por isso, o direito processual tem de regular todos os seus aspectos, cfr. REIS, Alberto dos, *Código...op. cit.*, vol. III, pp. 241.

<sup>56</sup> Cfr. VARELA, Antunes, NORA, Sampaio e, BEZERRA, J. Miguel, *Manual...op. cit.*, pp. 443 e ss.

Apenas com o Código Civil de 1966 foi retomada a bipartição do regime da prova; opção que se mantém até aos dias de hoje.

## 5. Princípios conexos com a prova

Os princípios gerais – autênticas «bóias de sinalização»<sup>58</sup> à navegação, fruto da Revolução Francesa (1789-1799) –, além de serem aplicáveis a todas as formas de processo, são uma espécie de *ultima ratio* à qual devemos recorrer nos casos omissos, lacunosos, em que o julgador tem de encontrar uma solução para o caso que tem entre mãos.

No nosso trabalho serão, especificamente, analisados os princípios que entendemos apresentarem uma maior conexão com o instituto da *prova*, quer no âmbito do Direito Processual Civil, quer no âmbito do Direito Processual Penal.

### 5.1. Princípio do inquisitório

Este é o princípio contraposto ao princípio do dispositivo<sup>59</sup>, encontrando-se previsto no art. 411<sup>o60</sup>.

---

<sup>57</sup> CASTRO MENDES parece optar por esta posição quando afirma que «a ideia que nos parece mais curial é a de CARNELUTTI: *a prova é uma figura da teoria geral do direito*, como o acto jurídico, como o direito subjectivo», cfr. MENDES, João de Castro, *Do Conceito...op. cit.*, pp. 736.

<sup>58</sup> Esta expressão é da autoria de GERALDES, António Santos, *Temas da Reforma do Processo Civil*, Almedina, Tomo I, pp. 21 *apud* VALLES, Edgar, *Prática...op. cit.*, pp. 77.

<sup>59</sup> Cfr. ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual Civil*, vol. I, Almedina, pp. 239.

<sup>60</sup> Outras refracções do princípio do inquisitório na fase da *instrução* podem observar-se nos arts. 436º, n.º1, 468º, n.º1, *al. a*), 452º, n.º1, 501º e 526º. Contrariamente, na Alemanha, o ZPO adoptou, fundamentalmente, o *princípio da instrução por iniciativa das partes*, em detrimento do *princípio do inquisitório*. Segundo o *princípio da instrução por iniciativa das partes* (ou *princípio da apresentação das provas*) «as partes têm de garantir os fundamentos de facto da sentença (inclusivamente os meios de prova); assumem a responsabilidade exclusiva disso. O tribunal, por isso, só deve tomar por fundamento da sentença os factos que foram trazidos ao processo por uma das partes»; esta opção do ZPO leva a que: 1) o tribunal apenas possa fundamentar a sua decisão nos factos que foram alegados por uma das partes (não havendo, por isso, qualquer investigação dos factos *ex-officio* pelo tribunal) e, 2) apenas necessitam de prova aqueles factos que contradigam a parte contrária à que os alega, cfr. JAUERNIG, Othmar, *Direito...op. cit.*, pp. 135 a 141. «A lei federal suíça que regula o processo civil federal, de 4/12/1947, dispõe no art. 37º: “o juiz não está vinculado pelas provas das partes; ele guarda apenas as provas necessárias. Pode pedir provas que as partes não tenham oferecido”»; em França, desde 1975, com a adopção do novo *Code de Procédure Civile*, «cujo carácter inovador, no particular, se patenteia à vista dos arts. 16º (“o juiz tem o poder de ordenar oficiosamente todas as medidas juridicamente admissíveis”) e 143º (“os factos dos quais dependa a resolução do litúgio podem, a pedido das partes ou oficiosamente, ser sujeitos a qualquer medida de instrução legalmente admissível”). Consoante frisa a doutrina, assim se erigiu em princípio geral um poder outrora limitado a casos excepcionais. Já não cabe falar, como noutros tempos, do “papel passivo” do órgão judicial nesse campo»; em Inglaterra, «berço do chamado *adversary system*, que tradicionalmente confiava às partes, em termos exclusivos, a atividade probatória, há algum tempo vinham-se notando, naquele país, sinais de mudança, nesse e noutros terrenos. Ela culminou na adopção, em 1998, das *Civil Procedure Rules*, não chegando a conferir ao juiz, *expressis verbis*, poderes instrutórios exercitáveis de ofício, sem dúvida lhe outorgaram amplas faculdades de controle da atividade probatória»; no Brasil, «a Lei nº 9.099, de 26/9/1995, estatui no art. 5º: “o juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica”», cfr. MOREIRA, José

Segundo os ensinamentos de LEBRE DE FREITAS, «ao juiz cabe, no campo da instrução do processo, a *iniciativa* e às partes incumbe o *dever* de colaborar na descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspecções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados»<sup>61</sup> (art. 417º, n.º1). Está definitivamente ultrapassada a concepção liberal do processo que entendia o juiz como um *juiz-árbitro*<sup>62</sup>.

Este princípio, com o NCPC, aparece como norma geral, no início do título dedicado à *instrução*, em geral, o que se compreende pois o seu âmbito de aplicação está limitado a determinada actividade processual<sup>63</sup>.

Atente-se que os poderes conferidos ao juiz, pelo art. 411º, são *poderes-deveres* (ou *poderes funcionais*)<sup>64</sup>.

## 5.2. Princípio do contraditório

Hoje, este princípio, diz-nos que as partes, se quiserem, podem ter uma participação efectiva na causa, «mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objecto da causa e em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão» e, assim, as partes passam a ter o «direito de incidir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo»<sup>65</sup>.

---

Carlos Barbosa, *O Neoprivatismo no Processo Civil*, Cadernos de Direito Privado, nº 10, Abril/Junho, 2005, pp. 5 a 7. A tradução é nossa.

<sup>61</sup> Cfr. FREITAS, José Lebre de, *Introdução...op. cit.*, pp. 153 a 156.

<sup>62</sup> De acordo com a concepção liberal do processo, «o impulso processual, quer no campo da alegação de facto, quer no campo probatório, cabia às partes, tendo o juiz uma atitude passiva (*iudex judicare debet secundum allegata et probata partium*) e cabendo-lhe aplicar o direito aos factos provados (*da mihi factum, dabo tibi ius*)», cfr. PIMENTA, Paulo, *Processo Civil Declarativo*, Almedina, 2013, pp. 29 e 30. Como afirma VAZ, *Pessoa Atendibilidade de factos não alegados*, 1946, pp.121 *apud* VASCONCELOS, Orlando de, *Questões de Direito Processual*, Revista dos Tribunais, ano 87º, 1969, pp. 100, agora, o juiz pode *ex officio* «lançar mão de todos os meios para o exacto conhecimento dos factos e das circunstâncias da causa». Diz-nos OTHMAR JAUERNIG, o auxílio judicial é de extrema importância, pois «muitas vezes, estão face a face, partes leigas em direito, que conduzem o seu próprio processo. Precisam, em certa medida, da ajuda judicial; pois no processo não pode vencer a parte – e isso nunca deve esquecer-se – mais hábil ou mais esperta, mas sim a que tem razão. O processo não é um jogo de futebol e o tribunal nenhum árbitro, que só tem de atender à observância das regras do jogo e depois da luta entrega o prémio, a sentença», cfr. JAUERNIG, Othmar, *Direito...op. cit.*, pp. 135 a 141.

<sup>63</sup> Cfr. FARIA, Paulo Ramos de, e LOUREIRO, Ana Luísa, *Primeiras Notas...op. cit.*, vol. I, pp. 334-335. Entenda-se a afirmação como querendo significar que este é um princípio especialmente importante na fase processual da *instrução*.

<sup>64</sup> Ou seja, «a partir do momento em que se aperceber de que a realização de certa diligência probatória é *necessária* para o apuramento da verdade e a justa composição do litígio, o juiz está vinculado à prática do acto», cfr. PIMENTA, Paulo, *Processo...op. cit.*, pp. 30 e, também, FARIA, Paulo Ramos de, LOUREIRO, Ana Luísa, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*, vol. II, Almedina, pp. 25, em nota de rodapé n.º54, da obra de PAULO PIMENTA referida anteriormente. No mesmo sentido, e reforçando o valor da expressão «incumbe» (art. 411º), JORGE, Nuno de Lemos, *Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*, Revista Julgar, nº3, 2007, pp. 62 a 64.

<sup>65</sup> Cfr. FREITAS, José Lebre de, *Introdução...op. cit.*, pp. 108 e 109.



Nos termos do art. 3º, n.º3, deve o juiz observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem<sup>66</sup>.

Mais concretamente, no plano da *prova*, este princípio exige que às partes seja facultada, em obediência ao *princípio da igualdade de armas*, «a proposição de todos os meios probatórios potencialmente relevantes para o apuramento da realidade dos factos (principais ou instrumentais) da causa, que lhes seja consentido fazê-lo até ao momento em que melhor se possam decidir da sua conveniência, tidas em conta, porém, as necessidades de andamento do processo, que a produção ou admissão da prova tenha lugar com audiência contraditória de ambas as partes e que estas possam pronunciar-se sobre a apreciação das provas produzidas por si, pelo adversário ou pelo tribunal»<sup>67</sup>. Um exemplo (do entendimento do princípio do contraditório no âmbito do direito probatório), é-nos dado pela limitação do número de testemunhas<sup>68</sup>.

Este princípio também não é incólume a *limitações*<sup>69</sup>: é o caso do *arresto* (art. 393º, n.º1) e da *restituição provisória da posse* (art. 378º) – em ambos os casos, as providências são decretadas «*independentemente de não audição do requerido*»<sup>70</sup>, sendo o contraditório decretado posteriormente à providência cautelar.

### 5.3. Princípio da cooperação

Este princípio fala-nos da «*entreajudada*» que tem de existir entre as partes e o juiz no decurso do processo, de forma a que este último seja realizado em prazo razoável; encontra-se previsto no art. 7º<sup>71</sup>.

Expressamente consagrado no Código de Processo Civil desde a Reforma de 1995/96, este princípio representa um avanço no Direito Processual Civil: a inércia e a passividade do juiz dão lugar à sua acção e intervenção críticas na lide<sup>72</sup>. PAULO

---

<sup>66</sup> Tendo em conta a parte final deste artigo («decidir questões de direito ou de facto, mesmo de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem»), visa-se evitar as chamadas *decisões-surpresa*, introduzindo-se «a possibilidade de as partes intervirem em juízo em termos de *influenciar* (pelos argumentos de que fizerem uso) a decisão a proferir», cfr. PIMENTA, Paulo, *Processo...op. cit.*, pp. 24 e 25.

<sup>67</sup> Cfr. FREITAS, José Lebre de, *Introdução...op. cit.*, pp. 111 a 115.

<sup>68</sup> Nos termos do art. 511º, n.º1, os autores não podem oferecer mais de 10 testemunhas, para prova dos fundamentos da acção, aplicando-se igual limitação aos réus que apresentem uma única contestação; nas acções de valor não superior à alçada do tribunal de 1ª instância, o limite do número de testemunhas é reduzido para metade.

<sup>69</sup> Justificadas para garantir o *efeito útil* da acção.

<sup>70</sup> Cfr. MARQUES, J.P.Remédio, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3ª edição, Coimbra Editora, pp. 206 e 207.

<sup>71</sup> Nos termos do art. 7º, n.º1, *in fine*, o objectivo é «obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio» e a verdade sobre a matéria de facto.

<sup>72</sup> O juiz não pode ser mais confundido com um mero «convidado de pedra» (expressão utilizada nos ensinamentos orais de MIGUEL MESQUITA, proferidos na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nas aulas da Licenciatura e de Mestrado).

PIMENTA constata ser o Processo Civil uma *comunidade de trabalho* (*Arbeitsgemeinschaft*), no sentido de que todos os intervenientes processuais são responsáveis pelos resultados que se obtêm no processo<sup>73</sup>.

Na esteira de LEBRE DE FREITAS<sup>74</sup>, a cooperação é portadora de dois sentidos: 1) Um sentido *material* (previsto nos arts. 7º, n.º2 e n.º3 e 417º) e, 2) Um sentido *formal* (de acordo com o disposto nos arts. 7º, n.º4 e 151º).

Este dever de cooperação goza de *independência* face às regras do *ónus da prova* (arts. 342º a 345º do CC), abrangendo todas as partes (inclusivamente as não oneradas com a prova do facto)<sup>75</sup>.

Caso haja uma grave omissão do dever de cooperação, a parte faltosa é condenada como *litigante de má fé* (art. 542º, n.º2, *al. c*)<sup>76</sup>.

#### 5.4. Princípio da aquisição processual

É ponto assente, por um lado, que a resolução do pleito deve visar a descoberta da *verdade material* e, por outro lado, deve o julgador ser guiado por critérios de *imparcialidade* no julgamento do mesmo. Assim, «o tribunal, no julgamento da matéria de facto, deve procurar tomar em consideração e atender a todas as provas produzidas nos autos, mesmo que elas aproveitem à parte contrária, ou mesmo que respeitem a factos (*instrumentais*) que, não tendo sido expressamente alegados, resultem da instrução e do julgamento da causa»<sup>77</sup>.

O princípio da *aquisição processual* encontra-se previsto no art. 413º<sup>78</sup>. Diz-nos ALBERTO DOS REIS que as «provas acumuladas no processo consideram-se *adquiridas* para o efeito da decisão de mérito da causa, pouco importando saber por via de quem elas foram trazidas para o processo»<sup>79</sup>. Em termos simplistas, significa que a prova «não é nem das partes nem do juiz»: a prova é «do processo», «da causa»; o objectivo é que a decisão do conflito de interesses seja o mais aproximada possível da realidade.

---

<sup>73</sup> Cfr. PIMENTA, Paulo, *Processo...op. cit.*, pp. 26. Por nossa parte, perfilhamos o entendimento supra referido, pois o «sistema» (entenda-se: o processo) só funciona se *todos* colaborarem e cumprirem a sua parte; é certo que os interesses dos vários intervenientes processuais são diversos, mas será da conciliação das várias diferenças que, no final, se espera obter uma decisão o mais justa possível. O facto de termos vários intervenientes processuais será, assim, uma forma de «enriquecer» o processo.

<sup>74</sup> Cfr. FREITAS, José Lebre de, *Introdução...op. cit.*, pp. 164 a 168.

<sup>75</sup> Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, 2ª edição, LEX, Lisboa, 1997, pp. 321 e 322.

<sup>76</sup> Nos termos do art. 542º, n.º1, a parte que tenha litigado de má fé «é condenada em multa e numa indemnização à parte contrária, se esta pedir».

<sup>77</sup> Cfr. MARQUES, J.P. Remédio, *Acção...op. cit.*, pp. 216 e 217.

<sup>78</sup> Dispõe este artigo que: «O tribunal deve tomar em consideração todas as provas produzidas, tenham ou não emanado da parte que devia produzi-las, sem prejuízo das disposições que declarem irrelevante a alegação de um facto, quando não seja feita por certo interessado».

<sup>79</sup> Cfr. REIS, José Alberto dos, *Código...op. cit.*, vol. III, pp. 273.

Avançando um pouco mais, e utilizando uma comparação metafórica, o que temos entre nós é um *sistema misto*<sup>80</sup>: num dos pratos da balança, temos o *princípio da investigação*<sup>81</sup> e, no outro prato, temos o *princípio da auto-responsabilidade*<sup>82</sup> probatória das partes; o fiel da balança é ocupado pelo *princípio da aquisição processual*. Assim, REMÉDIO MARQUES constata que é às partes que compete a alegação e prova dos *factos essenciais*, enquanto o juiz poderá atender aos *factos notórios* e aos *factos instrumentais* que as partes não tenham alegado mas que sejam resultantes da *instrução* e do *juízo*<sup>83</sup>.

Mas, o *princípio da aquisição processual* sofre um *desvio*, previsto no art. 413º, 2.ª parte: «sem prejuízo das disposições que declarem irrelevante a alegação de um facto, quando não seja feita por certo interessado». Esta situação acontecerá, *v.g.*, na prescrição<sup>84</sup> e quando se tenha de apreciar a caducidade quanto a direitos disponíveis<sup>85</sup>.

### 5.5. Princípios da imediação, da oralidade e da concentração

Os princípios da *oralidade* e da *concentração* são *instrumentais* face ao princípio da *imediação*<sup>86</sup>.

Quanto ao *princípio da imediação*, LEBRE DE FREITAS assinala dever o juiz «ter o contacto mais directo possível com as pessoas ou coisas que servem de fontes de prova e estas, por sua vez, devem estar na relação mais directa possível com os factos a provar»<sup>87</sup>.

A afirmação deste ilustre processualista impõe uma dupla divisão: 1) «*deve ter o contacto mais directo possível com as pessoas ou coisas que servem de fontes de prova*» e, 2) «*e estas, por sua vez, devem estar na relação mais directa possível com os factos a provar*». Quanto ao primeiro segmento, é através deste *contacto directo* que se pode

---

<sup>80</sup> De acordo com a conjugação do disposto nos arts. 5º e 412º.

<sup>81</sup> Nos termos do qual é *ao juiz* que compete esclarecer-se officiosamente sobre os factos controvertidos do processo.

<sup>82</sup> Significa este princípio que as partes são responsáveis pelos seus actos. Ou seja, esta *auto-responsabilidade* é um conceito que tem de ser articulado com o de *ónus*, «como situação jurídica que implica a necessidade de certa conduta própria para atingir um resultado, que tanto pode consistir na não produção duma desvantagem como na produção duma utilidade ou vantagem para o titular», cfr. FREITAS, José Lebre de, *Introdução...op. cit.*, pp. 159.

<sup>83</sup> Cfr. MARQUES, J.P. Remédio, *Acção...op. cit.*, pp. 216 e 217.

<sup>84</sup> O art. 303º do CC determina que a prescrição, para ser eficaz, necessita «de ser invocada, judicial ou extrajudicialmente, por aquele a quem aproveita, pelo seu representante ou, tratando-se de incapaz, pelo Ministério Público».

<sup>85</sup> Cfr. art. 333º, n.º2, do CC.

<sup>86</sup> Cfr. FREITAS, José Lebre de, *Introdução...op. cit.*, pp. 169 a 171.

<sup>87</sup> Cfr. FREITAS, José Lebre de, *Introdução...op. cit.*, pp. 169 a 171. De acordo com o disposto no art. 712º, n.º3, do CPC de 1961, o Tribunal da Relação podia determinar a renovação dos meios de prova que haviam sido produzidos em 1ª instância, desde que verificadas certas condições; hoje, com o NCPC, o art. 662º, n.º2, *al. a*), «transforma esse poder num dever e torna mais amplas as situações em que ele pode ser exercido», assistindo-se, assim, a um reforço do *princípio da imediação*, cfr. ALEXANDRE, Isabel, *A Fase da Instrução...op. cit.*, pp. 25 e 26.

apurar, o mais fidedignamente possível, a verdade dos factos «(p. ex. o juiz pode fazer perguntas à testemunha, presente na própria audiência ou, em linha, através de videoconferência, descortinando certas reacções do inquirido que não seriam percebidas através do relato escrito das suas respostas)»<sup>88</sup>; assim, neste sentido, «os actos de produção das *provas constituendas* devem ter lugar perante o tribunal, exceptuando determinados casos como, por exemplo, quando houver lugar à produção antecipada de prova (art. 419º), ou quando certa testemunha goza do privilégio de ser inquirida noutro local ou de poder reduzir a escrito, fora da audiência, o seu depoimento (art. 503º/1/2)»<sup>89</sup>. Já quanto ao segundo trecho, o que se pretende afirmar é «que, quando esteja disponível uma fonte de prova que implique menos ilações no *iter* probatório, a ela se deve recorrer, em vez de a uma outra mais distante do facto fundamental a provar. Assim, por exemplo, não está excluída a inquirição da chamada «testemunha de ouvir dizer», mas o depoimento daquela de quem ela ouviu o relato dos factos a provar tem maior valor probatório»<sup>90</sup>.

Relativamente ao *princípio da oralidade*, este significa que a expressão dos actos processuais, além da forma *escrita*, pode revestir a forma *oral*. É um princípio que apresenta um duplo sentido: 1) Por um lado, na fase da *audiência de discussão e julgamento* da causa, podem verificar-se actos *orais* entre o tribunal e as partes e, 2) Por outro lado, há a proibição de reduzir a escrito certos actos que tenham tido lugar oralmente<sup>91</sup> (v.g., o interrogatório das partes, a audição das testemunhas, os esclarecimentos dos peritos na audiência)<sup>92</sup>.

Por fim, pode o *princípio da concentração* ser entendido em sentido *amplo* e em sentido *estrito*. Como assinala REMÉDIO MARQUES, em sentido *amplo*, este princípio implica que os actos processuais sejam realizados de forma unitária e contínua, isto é, «concertadamente no tempo e no espaço», já em sentido *estrito*, «esta ideia de concentração é mais fecunda na fase processual da instrução e da audiência de discussão e julgamento»; no âmbito do direito probatório, significa que a «prática dos actos de produção de prova deve ser unitária e continuada, em termos espaciais e temporais»<sup>93</sup>. As *excepções* a este princípio são as constantes do art. 606º, n.º2 e n.º3.

---

<sup>88</sup> Cfr. MARQUES, J.P. Remédio, *Acção...op. cit.*, pp. 218 e 219.

<sup>89</sup> Cfr. CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade...op. cit.*, pp. 25.

<sup>90</sup> Cfr. FREITAS, José Lebre de, *Introdução...op. cit.*, pp. 169 a 171.

<sup>91</sup> Cfr. arts. 461º e 462º.

<sup>92</sup> Cfr. MARQUES, J.P. Remédio, *Acção...op. cit.*, pp. 218 e 219; acrescenta, ainda, este autor, que mesmo «que os depoimentos sejam *gravados* ou *filmados* (ou ambos), tal fixação não afecta a expressão pura do *princípio da oralidade*. A *oralidade*, que se funda em *critérios pragmáticos* da comunicação e da possibilidade de esclarecimento rápido das dúvidas, coexiste, na verdade, com a forma escrita».

<sup>93</sup> Cfr. MARQUES, J.P. Remédio, *Acção...op. cit.*, pp. 215. Os actos de instrução, discussão e julgamento da matéria de facto devem ser realizados «seguidamente, com o menor intervalo de tempo entre eles», cfr. FREITAS, José Lebre de, *Introdução...op. cit.*, pp. 169 a 171.

## 5.6. Princípio da livre apreciação das provas

Este princípio (também designado princípio da livre *avaliação* da prova, na terminologia de CASTRO MENDES<sup>94</sup>) encontra-se previsto no art. 607º, n.º5<sup>95</sup>, e diz-nos que o juiz deverá julgar a matéria fáctica de acordo com a sua *prudente convicção* e ponderando os vários meios de prova<sup>96</sup>. É neste âmbito que especialmente se destacam as «*máximas de experiência* (fundadas na normalidade das coisas), enquanto critérios de referência que orientam o juiz no desenvolvimento do raciocínio decisório, justificando e validando ilações sucessivas até ser alcançado o convencimento acerca da realidade»<sup>97</sup>.

Como nos ensina ANSELMO DE CASTRO, a adopção do *princípio da livre apreciação das provas* «é o produto duma longa evolução histórica que se foi marcando por uma sucessiva abolição de todos os vestígios de valoração abstracta e legal dos meios de prova, afora aquele reduzido grupo de provas legais»<sup>98</sup>.

FERREIRA DE ALMEIDA - muito acertadamente -, menciona que esta liberdade do juiz não é «um poder arbitrário ou puramente discricionário, porquanto a liberdade conferida ao juiz é, no fundo, uma *liberdade subordinada ou condicionada a um dever* – o dever de perseguir e prosseguir *a verdade material* que não uma *verdade meramente formal*. E porque não puramente subjectivo, mas reconduzível a critérios objectivos, deve o juízo de apreciação externar a respectiva motivação ou fundamentação: não só por razões de *transparência, auto-controlo e serenidade reflexiva*, mas também para efeitos de

---

<sup>94</sup> Cfr. MENDES, João de Castro, *Do Conceito...op. cit.*, pp. 165 e 166.

<sup>95</sup> Hoje, de acordo com o disposto no art. 662º, «no seu julgamento, a Relação, enquanto tribunal de instância, usa do princípio da livre apreciação da prova com a mesma amplitude de poderes que tem a 1ª instância», nos termos do art. 607º, n.º5, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 24-11-2014, relator: Filipe Carçoço (proc. nº 29/13.9TBPCR.G1), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>96</sup> Em princípio, para formar a convicção dos juizes, as partes «podem servir-se de quaisquer meios de prova», cfr. AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Processo... op. cit.*, pp. 278. Só assim não será no caso dos «factos para cuja prova a lei exija formalidade especial» e no caso dos factos «que só possam ser provados por documentos ou que estejam plenamente provados, quer por documentos, que por acordo ou confissão das partes», nos termos do art. 607º, n.º5, *in fine*; são exemplos da primeira situação, as formalidades *ad substantiam* ou *ad probationem* relativas a determinadas declarações negociais (v.g., os arts. 875º e 947º, n.º1, do CC relativos, respectivamente, à forma de escritura pública ou de documento particular autenticado para a compra e venda e doação de imóveis), enquanto são exemplos da segunda situação, os arts. 358º, n.º1 e n.º2, 371º, n.º1, 376º e 377º do CC – em todos estes exemplos, a prova *livre* está afastada; cfr. ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual...op. cit.*, vol. I, pp. 274 a 277.

<sup>97</sup> Cfr. PIMENTA, Paulo, *Processo...op. cit.*, pp. 346. V.g., é ditado pelas «regras da experiência comum que, por regra, começada uma obra de reconstrução de uma casa, para mais um investimento produtivo por ser destinada a turismo rural, o seu dono não deita a perder todo o investimento efectuado só para não assumir as responsabilidades financeiras de um empréstimo, maxime, sem juros, necessários à sua conclusão. Com efeito, não merece muito crédito a afirmação feita pelas referidas testemunhas no sentido de que recebeu os € 50.000,00 como oferta de A. porque jamais contrairia um empréstimo», cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 24-11-2014, relator: Filipe Carçoço (proc. nº 29/13.9TBPCR.G1), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>98</sup> Cfr. CASTRO, Artur Anselmo de, *Lições de Processo Civil*, vol. III, Almedina, Coimbra, 1973, pp. 283.

eventual *impugnabilidade*, o juiz (ou o tribunal) tem que indicar as razões da sua convicção»<sup>99</sup>.

Em Portugal, o que vigora é um sistema *híbrido* (ou *misto*): a *regra*, é a *prova livre*, mas áreas há em que o que temos é uma *prova legal* (ou *prova tabelada* ou *tarifada*)<sup>100</sup>. Nesta última situação, é a *lei* (e não o julgador) que determina qual o valor probatório de determinados meios de prova<sup>101</sup>; esta é, também, uma prova que apresenta diversos *graus de convicção do julgador* gerados pelos diferentes meios de prova<sup>102</sup>: 1) Prova *bastante*; 2) Prova *plena*; e 3) Prova *pleníssima*<sup>103</sup>.

Uma segunda paragem para determinar *quais as provas sujeitas a esta livre apreciação* e, por outro lado, *quais são os casos em que temos uma prova legal*. Preenchem a primeira hipótese: 1) A prova testemunhal (art. 396º do CC), 2) A prova por inspeção (art. 391º do CC) e, 3) A prova pericial (art. 389º do CC); estão na segunda situação: 1) Os documentos escritos, autênticos (art. 371º, n.º1 do CC) ou particulares, 2) A confissão escrita, seja feita em juízo (art. 358º, n.º1 do CC), seja feita em documento autêntico ou particular, mas neste caso apenas quando dirigida à parte contrária ou a quem a represente (art. 358º, n.º2 do CC)<sup>104</sup>, 3) As presunções legais *stricto sensu* (art. 350º do CC) e, 4) A admissão<sup>105</sup>.

---

<sup>99</sup> Cfr. ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual...op. cit.*, vol. I, pp. 274 a 277.

<sup>100</sup> Como nos ensina FREITAS, José Lebre de, *Introdução...op. cit.*, pp. 171 a 173, no sistema de *prova legal*, «os próprios depoimentos testemunhais eram valorados em função de factos meramente quantitativos». Dá-nos ainda este autor, na mesma obra, nota de rodapé nº8, pp. 172, um exemplo: «no Fuero Viejo de Castilla, para vencer um litígio sobre imóveis eram necessárias 5 testemunhas, 3 das quais deviam ser fidalgos e 2 lavradores, enquanto os litígios sobre testamentos requeriam 7 ou, se o testador fosse cego, 8 testemunhas». De acordo com ANTÓNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO R. DINAMARCO, «No processo penal sempre predominou o sistema da livre investigação de provas. (...) Isso porque, enquanto no processo civil em princípio o juiz pode satisfazer-se com a *verdade formal* (ou seja, aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos), no processo penal o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da *verdade real* (ou verdade material), como fundamento da sentença» e, perante isto, impõe-se perguntar: *Como se assegura no Brasil o princípio da livre investigação das provas?* Continuam os mesmos autores, referindo que «No processo penal, é tão absoluto o princípio (...), que mais correto seria falar nas exceções ao princípio, que são notavelmente escassas; já apontamos a impossibilidade de mover nova ação penal contra o réu absolvido, mesmo que outras provas apareçam depois», enquanto o Processo Civil «não só manteve a tendência publicista, que abandonara o rigor do princípio dispositivo, permitindo ao juiz participar na colheita das provas necessárias ao completo esclarecimento da verdade, como ainda reforçou os poderes diretivos do magistrado (...). O sistema adotado representa uma conciliação do princípio dispositivo com o da livre investigação judicial», cfr. CINTRA, António Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido R., *Teoria Geral do Processo*, 13ª edição, Malheiros Editores, pp. 65 a 67.

<sup>101</sup> São os casos de apreciação *vinculada* (ou *estatuída*) de prova, cfr. ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual Civil*, vol. II, Almedina, 2015, pp. 245 e 246.

<sup>102</sup> Cfr. MARQUES, J.P. Remédio, *Acção...op. cit.*, pp. 586 a 590.

<sup>103</sup> Estes *graus* da *prova legal* serão desenvolvidos seguidamente, no ponto relativo à «Classificação das provas».

<sup>104</sup> O documento (art. 366º do CC) e a confissão (art. 361º do CC) que não reúnam os requisitos para ter força probatória legal ficam sujeitos à *regra* (que é a da *livre apreciação* da prova pelo julgador).

<sup>105</sup> Cfr. FREITAS, José Lebre de, *Introdução...op. cit.*, pp. 171 a 173.

O princípio da livre apreciação das provas é um princípio que se situa «na linha lógica dos anteriores: é porque há imediação, oralidade e concentração que ao julgador cabe, depois da prova produzida, tirar as suas conclusões, em conformidade com as impressões recém-colhidas e com a convicção que através delas se foi gerando no seu espírito, de acordo com as máximas da experiência que forem aplicáveis»<sup>106</sup>.

Ressalve-se, por último, a «tendência» que o princípio da livre apreciação da prova tem em ser confundido com outros princípios: v.g., MANUEL DE ANDRADE «encara o sistema da prova legal como aspecto do princípio dispositivo (...), considerando aliás o sistema da prova livre como princípio autónomo»<sup>107</sup>.

## 6. Breves considerações sobre o conceito de «verdade»

Obter a verdade é o objectivo de qualquer processo judicial<sup>108-109</sup>. Tal objectivo apenas é conseguido com a *prova*, uma vez que esta visa confirmar a realidade dos factos que conflituam nas várias peças processuais<sup>110</sup>.

---

<sup>106</sup> Cfr. FREITAS, José Lebre de, *Introdução...op. cit.*, pp. 171 a 173. De acordo com JORDI NIEVA FENOLL, «trata-se de um sistema em que o que se pretende é que o juiz utilize as chamadas máximas de experiência, regras de julgamento humano, leis do pensamento, etc. Mas estas têm a dificuldade de que *a priori* não se estabelece nenhum caminho para o juiz realizar a sua avaliação. Ele é deixado sozinho com os seus pensamentos e com os materiais que surgirem a partir da actividade probatória desenvolvida no processo», cfr. FENOLL, Jordi Nieva, *La Valoración de la Prueba*, Marcial Pons, pp. 66. A tradução é nossa.

<sup>107</sup> Cfr. MENDES, João de Castro, *Do Conceito...op. cit.*, nota de rodapé n.º1, pp. 166.

<sup>108</sup> Em Itália, «o CPC italiano, vigente desde 1940, determina: «As partes e os seus defensores têm o dever de comportar-se em Juízo, com lealdade e probidade. No caso de os defensores faltarem a tal dever, deve o juiz comunicá-lo à autoridade que exercita o poder disciplinador sobre eles» (art. 88)»; assim, o CPC italiano «admitiu que pode haver no processo um dever de probidade e lealdade, mas não um de veracidade, tratando-se, por isso, de saber-se se existe para a parte um dever de afirmar a verdade no processo e uma proibição de falsas alegações», cfr. SOBRINHO, Elício de Cresci, *Dever de Veracidade das Partes no Processo Civil*, Edições Cosmos, pp. 74. Contrariamente, no direito alemão «O dever de verdade é um verdadeiro dever, não apenas um ónus; pois a parte não pode optar entre ser verdadeira ou não ser. É irrelevante que a infracção do dever não desencadeie efeitos específicos. Verificando-se a infracção não fica sem sequelas: o juiz tem de formar a sua convicção segundo o § 286, também tomando em consideração a infracção da verdade – o que é uma importante penalização, na prática», cfr. JAUERNIG, Othmar, *Direito...op. cit.*, pp. 151 e 152.

<sup>109</sup> Em sentido oposto, EDUARDO YOSHIKAWA menciona que «Se o descobrimento da verdade fosse o fim do processo, ele haveria de ser muito diferente do que é, especialmente quanto à sua duração. (...)O processo não pode se arrastar durante anos, indefinidamente, até que o juiz reúna elementos suficientes para ter a certeza quanto à existência ou não dos fatos relevantes para o julgamento da causa. Do contrário, restaria eliminada a sua utilidade como mecanismo de eliminação de conflitos, de pacificação social», cfr. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, *Considerações a Respeito da Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Civil Brasileiro*, Revista Julgar, n.º6, 2008, pp. 113 a 115.

<sup>110</sup> Como - muito acertadamente - afirma MARIA CLARA CALHEIROS, «É que até a verdade (a adequação do ser ao pensar) tem de ser demonstrada: ela não se demonstra a si própria», cfr. CALHEIROS, Maria Clara, *Verdade...op. cit.*, pp. 287. Mas, se a verdade real, «a verdade verdadeira não pode andar afastada do processo civil moderno, então os factos que as partes levam ao processo têm de ser provados, ou seja, tem de ser demonstrado que aqueles factos são verdadeiros, que correspondem à realidade. Não é a realidade que está errada, mas sim os factos apontados pelas partes que não correspondem à realidade, tal como são imputados», cfr. PIMENTEL, José Menéres, *A Documentação da Prova como Garantia dos Cidadãos Perante a Administração da Justiça*, in *Sub Judice*, n.º 6, pp. 143 e 144. Para mais considerações sobre a

Aqui chegados, impõe-se uma questão: *o que é a verdade nos dias de hoje?*

Há panóplia de entendimentos que existem quanto ao conceito de *verdade*<sup>111</sup>, sempre teremos de reconhecer, com HABERMAS, que «a busca da verdade no discurso institucional é, pela sua própria natureza, distinta da que se opera no contexto geral»<sup>112</sup>.

Propendemos para posições como as de TARUFFO que nos dizem que a verdade tem lugar no processo e, paralelamente, é feito um enquadramento epistemológico, ideológico e pragmático da mesma. Ou seja, para este sublime autor, a verdade é *relativa*, buscando tornar o processo num meio de obter uma decisão o mais justa, útil e fundamentada possível, de acordo com as regras de produção de prova que existem em cada um dos ordenamentos jurídicos<sup>113</sup>.

Em termos históricos, longe vão os tempos – felizmente – em que a parte, caso pretendesse ter *a chance* de ganhar o processo, teria apenas ao seu dispor, como meios de prova, *v.g.*, os célebres *ordálios*<sup>114</sup> ou os *juízos de Deus*<sup>115</sup>.

Em termos mais concretos, cabe-nos referir que a «*demonstração* da realidade a que tende a prova não é uma *operação lógica*, visando a *certeza absoluta* (a *irrefragável* exclusão da possibilidade de o facto *não ter ocorrido* ou ter ocorrido de *modo diferente*), como é, por exemplo, o desenvolvimento de um teorema nas ciências matemáticas»<sup>116</sup>.

Pode o juiz, *ex officio* e nomeadamente, conhecer factos que não tenham sido alegados pelas partes<sup>117</sup> e requisitar documentos (em sentido amplo)<sup>118</sup>; tudo isto ao abrigo

---

*verdade*, vide Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 06-06-2013, relator: Ilídio Sacarrão Martins (proc. n.º 2309/11.9YXLSB-A.L1-8), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>111</sup> Cfr. FERNANDES, Milôr, *A Bíblia do Caos*, pp. 579 *apud* CALHEIROS, Maria Clara, *Verdade...op. cit.*, pp. 291 afirma que «A verdade não só é muito mais incrível do que a ficção, como é muito mais difícil de inventar».

<sup>112</sup> Cfr. HABERMAS, *Teoria de la Acción Comunicativa*, trad. espanhol, Madrid: Taurus, 1988 *apud* CALHEIROS, Maria Clara, *Para uma Teoria da Prova*, Coimbra Editora, pp. 67.

<sup>113</sup> Cfr. CALHEIROS, Maria Clara, *Para uma Teoria...op. cit.*, pp. 74 e 75.

<sup>114</sup> Os *ordálios* mais usuais eram as *provas pelo fogo* (os indivíduos teriam de expor alguma parte do seu corpo ao calor de uma chama ou de um material incandescente) e as *provas pela água* (os indivíduos teriam de ficar imersos nas águas de um rio), cfr. CALHEIROS, Maria Clara, *Para uma Teoria...op. cit.*, nota de rodapé n.º 35, pp.33. Estas «formas dominantes de produção da prova judiciária na Idade Média dispensavam, pelas suas próprias características intrínsecas, o concurso das técnicas argumentativas», cfr. BORGES, Hermenegildo F., *Teoria da Argumentação e Motivação Judiciária*, Comunicação feita no CEJ, in *Revista do Instituto Nacional de Polícia e Ciências Criminais*, pp. 69.

<sup>115</sup> Esta prática era frequente nos municípios, expressando-se através do combate singular e do ferro em brasa ou candente (o indivíduo teria de dar nove passos, carregando consigo um ferro em brasa, e depô-lo aos pés de um sacerdote; depois, a mão era coberta com cera e enfaixada e, três dias depois, caso existisse queimadura, era sinal que estávamos perante um culpado), cfr. CALHEIROS, Maria Clara, *Para uma Teoria...op. cit.*, nota de rodapé n.º75, pp. 45.

<sup>116</sup> Cfr. VARELA, Antunes, NORA, Sampaio e, BEZERRA, J. Miguel, *Manual...op. cit.*, pp. 435 e 436.

<sup>117</sup> É o caso, *v.g.*, dos factos instrumentais e dos factos notórios, nos termos dos arts. 5º, n.º2 e 412º.

<sup>118</sup> *V.g.*, art. 436º.



dos princípios do inquisitório e da gestão processual<sup>119</sup> visando, assim, a *justa composição do litígio* e o *apuramento da verdade*.

Nos termos do art. 542º, n.º2, *als. b) e d)*, é considerado *litigante de má fé* a parte que, com dolo ou negligência grave, tiver *alterado a verdade dos factos*, ou tiver utilizado o processo ou os meios processuais de forma manifestamente reprovável com a finalidade de *impedir a descoberta da verdade*.

A lei impõe, às partes e a terceiros, «o *dever de colaboração no descobrimento da verdade*», de forma a «assegurar a conveniente *eficácia* dos poderes do juiz ligados à concepção publicística do processo»<sup>120</sup>.

O *dever de cooperação* de todos os intervenientes processuais no descobrimento da verdade tem, ainda, ramificações noutras formas de actuação, como se pode depreender dos arts. 7º e 417º. Nos termos do art. 7º, n.º1, os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes devem cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio, e nos termos do art. 417º, n.º1, todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspecções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados.

As partes podem *recusar-se a cooperar*, nos termos do art. 417º, n.º3<sup>121</sup>. Todavia, nos termos do art. 418º, n.º1, essa recusa ficará sem efeito se o julgador, oficiosamente ou a requerimento de alguma das partes, considerar essas informações confidenciais fulcrais para o *andamento do processo* ou para a *justa composição do litígio*.

Uma chamada de atenção para a circunstância de, nesta nossa exposição, ser desenvolvida a distinção, em termos jurídicos, entre a verdade *formal*<sup>122</sup> e a verdade *material*<sup>123</sup>.

Para quem aceite a distinção entre as duas verdades, como nos ensina BARJA DE QUIROGA, a verdade *formal* é «aquela que se obtém dentro do processo limitando os meios de conhecimento e busca da verdade (...), podendo suceder que não seja verdade, que não se ajuste à realidade. Pelo contrário, a verdade *material*<sup>124</sup> é – para os defensores desta diferenciação – a verdade simples e pura»<sup>125</sup>.

---

<sup>119</sup> Cfr. arts. 411º e 6º.

<sup>120</sup> Cfr. VARELA, Antunes, NORA, Sampaio e, BEZERRA, J. Miguel, *Manual...op. cit.*, pp. 477 a 479.

<sup>121</sup> Atente-se, sobretudo, ao disposto no art. 417º, n.º3, *al. b)*.

<sup>122</sup> Esta expressão, em direito, é da autoria de MÖSER, cfr. MENDES, João de Castro, *Do Conceito...op. cit.*, pp. 369 e 370.

<sup>123</sup> Esta distinção é de grande relevância para a resolução da questão da admissibilidade (ou não admissibilidade) das provas ilícitas em Processo Civil.

<sup>124</sup> O itálico é nosso.

<sup>125</sup> Cfr. QUIROGA, J. López Barja de, *Las Escuchas Telefónicas...op. cit.*, pp. 56 e 57 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 80 a 83.

BARJA DE QUIROGA constata estar hoje superada a ideia de verdade *material*, falando-nos em «*obtenção formalizada da verdade*», ou seja, há «a recusa da verdade a qualquer preço, inequivocamente expressa no Código de Processo Penal, ao tomar como referência a ilicitude penal na determinação das nulidades probatórias. Nesta sequência, não faz sentido invocar o princípio da verdade material em processo penal para justificar aí menores restrições à admissibilidade das provas ilícitas, contrariamente ao que sucederia em processo civil»<sup>126</sup>.

Enquanto a verdade *material* seria uma verdade mais próxima da realidade e mais autêntica, a verdade *formal* seria fragmentária e incompleta<sup>127</sup>. Mas, como nos lembra TARUFFO, «a expressão “verdade material”, e outras expressões sinónimas, resultam ser etiquetas sem significado se não se vinculam ao problema geral da verdade»<sup>128-129</sup>. Alguns autores referem-se, redundantemente, a «*verdade verdadeira*»<sup>130</sup>.

Para CASTRO MENDES, a verdade *formal* é um conceito «definido, no campo jurídico, em paralelo com o conceito de verdade formal usado em lógica: pela forma como se obteve, ou se demonstra como tal, certa verdade» e, tentando precisar melhor, refere que esta verdade «é, portanto, a representação intelectual da realidade obtida pela aplicação a certos casos das regras da prova legal ou dirigida»<sup>131</sup>.

---

<sup>126</sup> Cfr. QUIROGA, J. López Barja de, *Las Escuchas Telefónicas...op. cit.*, pp. 62 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas...op. cit.*, pp. 83. Para mais considerações sobre a *verdade material*, vide Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 607/2003, proc. n.º 594/03, 2.ª secção, Cons. Benjamin Rodrigues, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

<sup>127</sup> Como refere ORLANDO DE CARVALHO, «o culto da *verdade formal* era um dos traços característicos do antigo processo: as partes podiam mentir à vontade», concluindo que «o processo do século XX é muito diferente: o novo sistema tende para uma decidida preferência pelo critério da *verdade material*», cfr. CARVALHO, Orlando de Vasconcelos, *Questões de Direito Processual*, Revista dos Tribunais, ano 87.º, 1969, pp. 100.

<sup>128</sup> Cfr. CALHEIROS, Maria Clara, *Para uma Teoria...op. cit.*, nota de rodapé n.º 116, pp.65.

<sup>129</sup> Refere ainda este autor que «Uma outra distinção sem fundamento que pode rapidamente ser posta de lado, (...) é aquela que surge entre a verdade formal ou processual, que é estabelecida no contexto do processo, e a verdade real, que seria apurada unicamente fora do processo. (...) A justificação para esta distinção parece consistir na circunstância de que no processo existem regras relativas à prova, e depois há várias maneiras de comprovar a veracidade dos factos, e também regras sobre o caso julgado, que põem fim à busca da verdade. Em vez disso, fora do processo, a busca da verdade “verdadeira” pode ter lugar de forma livre e ilimitada. No entanto, esta linha de argumento é falaciosa», cfr. TARUFFO, Michele, *La Semplice...op. cit.*, pp. 83 e 84. A tradução é nossa.

<sup>130</sup> Cfr. MENDES, João de Castro, *Do Conceito...op. cit.*, pp. 384 a 394.

<sup>131</sup> Cfr. MENDES, João de Castro, *Do Conceito...op. cit.*, pp. 369 e 370. Mais adiante, CASTRO MENDES, vem criticar o conceito de verdade *formal* defendendo que este deveria ser «banido da ciência jurídica», porque «o termo tende insidiosamente a fazer admitir, desempenhando funções e papéis científicos reservados à verdade em si, uma realidade que verdade não pode ser. E dizer que o processo civil tem como fim – coincidente com o resultado – a verdade formal, é afirmar, por outras palavras, que através de um certo número de meios e actividades reguladas na lei se tende para se alcançar - e necessariamente se alcança – aquilo que se obtenha por esses meios e actividades. Trata-se de uma simples tautologia, um lapalicismo mascarado de afirmação científica, e que representa uma construção meramente verbal do fenómeno probatório», e conclui referindo que a verdade *material* é o «único conceito com dignidade científica», cfr. MENDES, João de Castro, *Do Conceito...op. cit.*, pp. 401 e 402.

## CAPÍTULO II

### A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO

1. Noção de prova ilícita; 2. O Processo Civil e o problema da prova ilícita – exemplos; 3. Conceitos que importa distinguir; 3.1. Prova ilegítima; 3.2. Prova inadmissível; 3.3. Prova invalidamente constituída; 3.4. Prova viciada; 3.5. Prova imoral; 3.6. Prova atípica; 4. Prova ilícita por derivação; 5. Prova ilícita em Processo Penal; 5.1. A proibição de provas em Processo Penal; 5.2. Noção de prova proibida; 5.3. Razão de ser da prova proibida; 5.3.1. Teoria da esfera jurídica; 5.3.2. Teoria dos três graus; 5.3.3. Teoria da ponderação; 5.3.4. Teoria da gravidade; 5.3.5. Doutrina de Peters; 5.3.6. Doutrina do fim de protecção da norma; 5.3.7. Nova doutrina das proibições de prova; 5.3.8. Síntese conclusiva; 5.4. Fontes das proibições de prova.

Todo o ambiente polémico que ladeia a matéria das provas ilícitas, nas palavras de BARBOSA MOREIRA, justifica-se por estarmos a referir-nos a um dos problemas «*mais árduos que a ciência processual e política legislativa têm precisado enfrentar, dada a singular relevância dos valores eventualmente em conflito. De um lado, é natural que suscite escrúpulos sérios a possibilidade de que alguém tire proveito de uma acção antijurídica e, em não poucos casos, antitética; de um outro lado, há o interesse público de assegurar ao processo resultado justo, o qual normalmente se impõe que não se despreze elemento algum capaz de contribuir para o descobrimento da verdade. É sumamente difícil, quiçá impossível, descobrir o ponto de perfeito equilíbrio entre as duas exigências contrapostas*»<sup>132</sup>.

Assim sendo, nos próximos Capítulos, será realizada uma pequena incursão por toda a problemática que é suscitada pela *prova ilícita*. Começaremos com a *noção* da mesma.

#### 1. Noção de prova ilícita

Para JOSÉ ABRANTES *prova ilícita* é aquela «*que se encontra afectada por ilicitude no que respeita ao modo da sua obtenção*»<sup>133</sup>. Ou seja, é uma prova que viola a ordem jurídica e, por isso, não é apta para formar a convicção do juiz; é *ilícita* porque a conduta que originou o meio de prova merece a reprovação legal<sup>134</sup>.

Para TORQUATO AVOLIO uma *prova ilícita* é aquela que é «*colhida com infração a normas ou princípios de direito material – sobretudo de direito constitucional,*

---

<sup>132</sup> Cfr. MOREIRA, José Carlos Barbosa, *A Constituição e as Provas Ilicitamente Obtidas*, Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, 1995 apud CUSTÓDIO, Sérgio Filipe Barata Lourenço. *Provas Ilícitas em Processo Civil: o Princípio da Proporcionalidade*, pp. 40 e ss.

<sup>133</sup> Cfr. ABRANTES, José João, *Prova Ilícita*, Revista Jurídica, n°7, Julho/Setembro, 1986, pp. 12.

<sup>134</sup> V.g., o autor gravou uma conversa mantida entre si e o réu, sem qualquer consentimento ou conhecimento deste último, e pretende fazê-la valer em juízo.

porque a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana»<sup>135</sup>.

Relativamente à classificação dos *actos jurídicos*, estes podem dizer-se *lícitos* ou *ilícitos*. De acordo com JOSÉ ABRANTES, são *lícitos* aqueles que são aprovados e consentidos pela ordem jurídica, enquanto os *ilícitos* são contrários à ordem jurídica, antagónicos com ela, por ela reprovados<sup>136</sup>. As várias modalidades de actos ilícitos, nomeadamente o ilícito civil e o ilícito penal, distinguem-se tendo em conta a diferente natureza das sanções que a cada uma delas a lei faz corresponder<sup>137</sup>. Apesar de não o referir expressamente, ficamos com a ideia de que o autor apenas se refere à violação da *lei material* (e não da *lei processual*) pois, ao afirmar que existem várias modalidades de actos ilícitos, refere que se trata, sobretudo, de situações de *ilícito civil* e de *ilícito penal* e, ao referir-se à natureza da ilicitude diz que esta é *civil* ou *criminal*. De facto, é habitual reservar-se o termo «ilicitude» para as situações em que ocorre violação do *direito material*, e usar-se o termo «ilegitimidade» para os casos em que se violam as normas processuais.

Não obstante, impõe-se-nos uma dupla nota. Por um lado, a ilicitude tanto pode ocorrer no interior como no exterior da órbita processual<sup>138-139</sup>; e, por outro lado – e é já a segunda nota – temos as *provas ilícitas em si mesmas*<sup>140</sup> que se referem aos meios de prova que, quer tenham sido obtidos de forma legal ou ilegal, fazem surgir dúvidas quanto à possibilidade da sua utilização no processo, tendo em conta a especial natureza que revestem<sup>141</sup>.

Desta forma, entendemos estar perante uma *prova ilícita* quando a obtenção ou a produção de um determinado meio de prova faz com que haja violação das regras de direito material<sup>142</sup>.

---

<sup>135</sup> Cfr. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, *Provas Ilícitas*, 4ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, pp. 43 *apud* CUSTÓDIO, Sérgio Filipe Barata Lourenço, *Provas Ilícitas em Processo Civil: o Princípio da Proporcionalidade*, pp. 40 e ss.

<sup>136</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 4ª reimpressão, Almedina, 1974, pp. 2 e ss.

<sup>137</sup> Cfr. ABRANTES, José João, *Prova Ilícita...op. cit.*, pp. 12.

<sup>138</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 21.

<sup>139</sup> Quanto à primeira hipótese referida, esta verifica-se, *v.g.*, se alguém furta um documento e depois este aparece no processo através do depoimento de uma testemunha; já a segunda é visível, *v.g.*, quando são empregues meios coactivos durante a inquirição do agente.

<sup>140</sup> São *provas pré-constituídas* obtidas de forma legal ou ilegal que suscitam dúvidas quanto à possibilidade da sua utilização, atendendo à especial natureza que revestem; são provas que apresentam a particularidade de, caso sejam exibidas no processo, poderem lesar direitos fundamentais (seria a hipótese de haver um diário íntimo, uma carta ou uma gravação, reproduzidos em audiência), cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 17 e ss.

<sup>141</sup> À partida, o problema não é autonomamente colocado quanto às *provas constituendas*, pois as situações concebíveis (*v.g.*, violação do sigilo profissional) estão expressamente previstas e reguladas no art. 497º.

<sup>142</sup> Neste sentido, também, MIGUEL MESQUITA nos seus ensinamentos orais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Este conceito também compreende as denominadas *provas ilícitas derivadas*: são

G.F. RICCI entende que a *ilicitude da prova* pode ser observada a partir de três perspectivas: 1) Relativamente às *provas constituendas*, 2) Quanto às *provas pré-constituídas*<sup>143</sup> e, por fim, 3) Em relação às *provas constituendas e pré-constituídas*<sup>144-145</sup>. ISABEL ALEXANDRE critica esta tripartição, pois podem configurar-se hipóteses em que provas constituendas violam normas materiais e, quanto às provas pré-constituídas, casos há em que estas provas violam normas processuais<sup>146-147</sup>.

Não há qualquer unanimidade em considerar como ilícitas, na terminologia de G. F. RICCI, as *provas constituendas* (isto é, aquelas que resultem da inobservância de normas processuais). A doutrina italiana opta pela terminologia *prova ilegítima*, optando pela expressão *prova ilícita* para a prova que é obtida através da violação de deveres de natureza substantiva<sup>148</sup>: pressupondo, portanto, que as normas processuais não regulam sempre os requisitos de admissibilidade das provas, ou dos actos em que se há-de decompor o procedimento probatório, sob pena de ilicitude dos mesmos.

ISABEL ALEXANDRE opta por um conceito de prova ilícita mais restrito do que o de G.F.RICCI. Assim, para a autora, uma *prova ilícita* é aquela cujo modo de obtenção é

---

provas que, apesar de lícitas, foram obtidas devido a uma outra prova que implicou a violação de uma norma de direito material, cfr. o Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 30/04/09, proc. n.º 595/07.8TMBRG, relator Manso Rainho, disponível in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)). Ainda neste âmbito, atente-se no disposto no § 1.º do art. 157º do CPP brasileiro, nos termos do qual «são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras»; desta forma, o legislador brasileiro acolheu, expressamente e no âmbito do Processo Penal, a doutrina norte-americana dos «frutos da árvore envenenada» (*fruits of the poisonous tree*), nos termos da qual a ilicitude da prova que haja sido obtida com violação de normas de direito material é transmitida a todas as provas seguintes que tenham origem naquela, cfr., sobre esse assunto, desenvolvidamente, AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, *Provas Ilícitas...op. cit.*, 6ª ed., pp. 98 a 101.

<sup>143</sup> São abrangidas as hipóteses em que a parte haja adquirido ilicitamente o meio de prova, mas não há qualquer tipo de irregularidades relativamente ao procedimento probatório.

<sup>144</sup> Nestes casos, a irregularidade afecta a própria formação da prova.

<sup>145</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 17 e ss.

<sup>146</sup> V.g., e respectivamente, quando a testemunha haja obtido conhecimentos de modo ilícito ou em desvios ao princípio do contraditório que, relativamente à prova documental, traduz-se no direito de impugnar a admissão de determinado documento e respectiva força probatória, nos termos do art. 415º.

<sup>147</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 17 e ss.

<sup>148</sup> Neste sentido, E. M. DELL'ANDRO, *Colloqui Registrati ed Uso Probatorio*, Riv. de Dir. e Proc. Pen., 1984, pp. 109, distinguindo o autor dois tipos de prova *ilegítima*: 1) A *prova ilegítima em sentido estrito* (que é aquela que a lei processual, expressamente, proíbe de obter) e 2) A *prova ilegitimamente obtida* (é aquela que foi obtida violando o procedimento prescrito para a sua formação ou outras normas de natureza não substantiva). Identicamente, V. VIGORITI (*Sviluppi Giurisprudenziali in Tema di Prove Illecite*, Riv. Di dir. proc., 1972, pp. 324 e 325), refere-se a *prova de conteúdo ilegítimo* e *prova adquirida de modo ilegítimo*, configurando ambos dois tipos de prova ilegítima e que, no essencial, correspondem à *prova inadmissível e invalidamente constituída*. Refira-se, ainda, P. NUVOLONE (*Le Prove Vietate Nel Processo Penale Nei Paesi di Diritto Latino*, in Trent'Anni di Diritto e Procedura Penale, I, 1969, pp. 524 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 17 e ss.) que considera necessário distinguir *acto ilícito* e *acto ilegítimo* pois, se ambos constituem uma ilegalidade, enquanto o segundo viola uma proibição de natureza processual, o primeiro lesa uma proibição de natureza substantiva; para este autor, a *natureza da proibição* é determinada tendo em conta o interesse que se prossegue: será *substantiva*, no caso de pretender proteger os direitos das pessoas (independentemente do processo), e será *processual*, no caso de se reportar à lógica e à finalidade do processo.

reprovado pelo direito material, quer essa ilicitude se verifique dentro ou fora da órbita processual<sup>149</sup>.

## 2. O Processo Civil e o problema da prova ilícita – exemplos

Já vimos, no ponto anterior, que a prova se diz *ilícita* quando há a violação de normas de *direito material*. A questão que agora se impõe é saber em que situações é que essa violação poderá ocorrer.

Essa violação poderá ocorrer em quatro situações.

A primeira – e mais usual – é aquela em que podemos distinguir: 1) A prova cuja obtenção implicou a lesão do *direito de propriedade* (v.g., prova obtida através furto ou roubo<sup>150</sup>) e, 2) A prova cuja obtenção pressupõe a violação de *direitos de personalidade*, nomeadamente, do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, do direito à imagem e do direito à palavra<sup>151</sup> (v.g., fotografias, gravações de conversas, captações audiovisuais, ou só visuais, tudo sem consentimento do lesado)<sup>152</sup>. Enquanto na primeira

---

<sup>149</sup> SILVA MELERO refere serem exemplos de ilicitude *fora* da órbita processual, a delituosa obtenção de documentos ou de conhecimentos que posteriormente surgem no processo mediante um depoimento testemunhal, e de ilicitude *dentro* da órbita processual, a obtenção arbitrária de documentos (por ordem do juiz), o emprego de meios coactivos durante a prestação de informações com violação do dever de segredo, cfr. MELERO, Valentín Silva, *La Prueba Procesal*, I, 1963, pp. 65 e 66 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 17 e ss.

<sup>150</sup> Na qual estão incluídos os crimes de furto ou roubo de correspondência electrónica (que poderá incluir simples mensagens de texto, bem como fotografias ou gravações áudio, visuais ou audiovisuais) ou de quaisquer documentos informáticos que estejam guardados no computador ou em dispositivo de armazenamento externo (*cd's, pen drives, disquetes, etc.*). Cfr., a esse propósito, o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 07/05/09 (proc. n.º 2465/08-2, relator Sousa Pinto, disponível *in* [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), que considerou que a visualização e apresentação no processo, por parte de um dos cônjuges, de mensagens de correio electrónico trocadas entre ambos, constantes de conta de *email* em nome deste, constituía abusiva intromissão na vida privada. V.g., o caso do documento que continha uma confissão de dívida e que foi subtraído à parte contrária: caso a prova tivesse sido obtida de forma lícita, a exibição do documento em juízo não iria violar nenhum direito do confitente (*maxime*, o direito à reserva da vida privada e familiar, previsto no art. 26.º, n.º1, da CRP), cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 17 e ss.

<sup>151</sup> Como refere MAGALHÃES, José, *Dicionário da Revisão Constitucional*, Lisboa, 1989, pp. 8, «A palavra, como tal, é protegida em si e de per si. Gravar conversas de pessoas, sem autorização do próprio dialogante, do próprio autor da conversa, é já de per si a violação do direito à palavra», cfr. MIRANDA, Jorge, *Processo Penal e Direito à Palavra*, *in* *Revista Direito e Justiça*, vol. XI, 1997, Tomo 2, pp. 58.

<sup>152</sup> Cfr. o Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 06/02/2015 (proc. n.º 359/13.0TTFIG-A.C1, relator Azevedo Mendes, disponível *in* [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), que considerou serem *lícitas*, ao abrigo do art. 20.º, n.º2, do Código do Trabalho, e consequentemente poderem servir como meio de prova, as imagens recolhidas através do sistema de videovigilância instalado no Casino X, e que estava autorizado pela Comissão Nacional de Protecção de Dados, nas quais foi detectada uma ilicitude por parte de um dos funcionários e que preencheu a justa causa de despedimento do mesmo; no mesmo sentido, *vide* Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 25/06/2015 (proc. n.º 522/14.6TTGMR-A.G1, relator Moisés Silva). Também no Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 26/03/08 (proc. n.º 0715930, relator Joaquim Gomes, disponível *in* [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), foi afirmado que os fotogramas captados através de sistema de vigilância existente num centro de lavagem de veículos, para protecção dos seus bens e da integridade física de quem utilize tal espaço, não são proibidos, mesmo que se desconheça se esse sistema foi comunicado à Comissão Nacional de Protecção de Dados, sempre que haja justa causa para a sua obtenção (v.g., se documentarem a prática de um crime, e desde que não se refira ao núcleo duro da vida privada da pessoa cuja imagem foi capturada). No Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 06/06/2013 (proc. n.º 2309/11.9YXLSB-A.L1-8, relator Ilídio Martins), no decurso de

distinção, a prova é pré-existente ao comportamento ilícito, na segunda distinção ela apenas se constitui com essa conduta ilegal.

A segunda situação refere-se às *provas ilícitas em si mesmas* (ou às já referidas *provas pré-constituídas*) cujo método de obtenção implicou a violação de regras de direito material, podendo, inclusive, dar lugar a uma sanção penal. A ilicitude de tais provas decorre da forma ilícita como foram adquiridas (v.g., gravação sem consentimento que viola o direito à palavra de outrem, fotografia ou filme cuja projecção viola o direito à imagem), daí decorrendo a impossibilidade de utilização processual das mesmas<sup>153</sup>.

A terceira situação refere-se aos casos de *ilicitude na formação da prova*<sup>154</sup>. São exemplos de ilicitude na formação da prova os meios de prova que vêm referidos no art. 126º, n.º1 e n.º2, do CPP, como métodos proibidos de prova e têm em comum o facto de representarem uma ofensa à integridade física ou moral das pessoas com o objectivo de constituir um meio de prova<sup>155-156</sup>; v.g., a narcoanálise, a hipnose (mesmo que a pessoa interrogada consinta), ofensas corporais, tortura, extorsão, promessas de vantagens, etc.<sup>157</sup>. Uma semelhança com a *prova pré-constituída* cuja obtenção implicou a violação de direitos de personalidade é que, também nesta situação, a prova ilícita implica a violação de direitos de personalidade e só é constituída com o acto ilícito; uma diferença, quanto à *prova ilícita em si mesma* obtida de forma legal, é que a utilização do meio de prova irregularmente constituído não suscita, em si, problemas de ilicitude.

---

uma acção intentada por uma instituição bancária contra dois seus clientes, considerou-se que a primeira não havia violado o dever de sigilo bancário com a apresentação de extractos do cartão de crédito dos réus (*prova documental*), sem prévia autorização dos mesmos pois, como entendeu a Relação, tais documentos devem constar dos autos porque são «(...)pertinentes e necessários à boa decisão da causa e não constituem prova proibida, ilícita ou nula (...)» concluindo-se que, nesta situação, não tem razão de ser a invocação do sigilo bancário.

<sup>153</sup> Esta modalidade de ilicitude diverge das restantes porque a prova foi adquirida de forma *lícita*.

<sup>154</sup> Assim designados por G.F. RICCI (*Le Prove Illecite nel Processo Civile*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, pp. 71 a 79). No entanto, e contrariamente a este autor, não os consideramos inseridos numa modalidade autónoma de ilicitude, pois trata-se apenas de mais uma sub-modalidade de prova obtida mediante a violação de normas de direito material.

<sup>155</sup> Cfr. o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 22/09/2015 (proc. n.º 8928/11.6TBOER.L2-1, relator Manuel Marques, disponível in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), que considerou não haver qualquer ofensa ao bem integridade física na deslocação do autor, sírio, a Portugal para a realização do exame científico para reconhecimento da paternidade considerando-se pois, como refere GUILHERME DE OLIVEIRA (em *Caducidade das Acções de Investigação...op. cit.*, pp. 51 *apud* Acórdão supra referido), «saber quem sou exige saber de onde venho»; portanto, tudo residia em ponderar concretamente quais os interesses em confronto.

<sup>156</sup> Normalmente, o que está em causa é a obtenção de uma confissão *judicial* ou *extrajudicial* ou de um *depoimento testemunhal* com recurso à força, à intimação ou à aliciação, nos termos do disposto no art. 126º, n.º 2, *al. e*), do CPP.

<sup>157</sup> Estas formas de coacção descritas apenas apresentam interesse para o estudo da relevância processual da ilicitude na formação dos meios de prova quando hajam afectado o conteúdo da prova. O que, por vezes, não será fácil determinar: v.g., a formulação de perguntas sugestivas à testemunha parece afectar o conteúdo da prova e, simultaneamente, constitui um vício que afecta o procedimento probatório. Por outro lado, a utilização da narcoanálise ou o emprego da tortura, além de afectar o conteúdo da prova, consubstancia evidentemente uma violação do direito material e, nesse medida, é dificilmente enquadrável na esquematização de G.F.RICCI, cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 18.

A quarta - e última - situação refere-se aos casos de ilicitude quanto ao modo de obtenção de conhecimentos, transmitidos em sede de prova. O exemplo mais usual é dado pela testemunha que, num processo de divórcio, depõe sobre um facto constitutivo do direito do autor baseando-se em conhecimentos que adquiriu através da entrada ilícita no lar conjugal<sup>158</sup>. Também nesta situação o meio de prova tem na sua origem um acto ilícito. Contudo, contrariamente ao que acontece no primeiro caso, estamos perante *prova constituenda (prova testemunhal)* e, divergentemente da terceira situação, a declaração é prestada pela própria pessoa que praticou o acto ilícito (a testemunha infractora)<sup>159</sup>.

### 3. Conceitos que importa distinguir

A *prova ilícita* não se confunde com as provas que seguidamente serão analisadas.

#### 3.1. Prova ilegítima

Enquanto a *prova ilícita* é o resultado da violação de *normas substantivas/materiais*, a *prova ilegítima* advém do desrespeito de *normas processuais* que visam regular a admissibilidade das provas e os actos em que o procedimento probatório é decomposto<sup>160</sup>; enquanto a primeira coloca um problema da sua eventual admissibilidade no processo<sup>161</sup> (isto é, a prova será *ilícita* quando ocorrer a transgressão da regra material no momento em que há a recolha da prova), com a segunda pretendemos saber se o seu resultado ainda poderá ser aproveitado para a decisão (ou seja, a prova será *ilegítima* quando ocorrer a transgressão da regra processual no momento em que há a produção, a introdução, da mesma no processo)<sup>162- 163</sup>.

Em simultâneo, é possível existir uma *ilicitude* e uma *ilegitimidade*<sup>164</sup>.

Apesar da distinção entre *prova ilícita* e *prova ilegítima*, devemos concluir, com VASCONCELOS ROQUE, que quer a vedação à prova seja estabelecida na lei processual

---

<sup>158</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 17 e ss.

<sup>159</sup> Cfr. Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 09/06/2011 (proc. n.º 840/06.7TCSNT.L1-2, relator, Ezaguy Martins, disponível in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), onde a *prova testemunhal*, baseada na audição da voz dos réus, por parte de terceiros, mediante o sistema de alta-voz, foi considerada ilícita por não ter sido provado que houve consentimento para realizar a dita interferência; em sentido divergente, Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 24/11/2014 (proc. n.º 29/13.9TBPCR.G1, relator Filipe Carço).

<sup>160</sup> V.g., a produção de prova testemunhal em violação do disposto no art. 415º ou o depoimento das pessoas mencionadas no art. 497º, n.º1 sem ser respeitada a advertência constante do n.º2 do dito preceito normativo.

<sup>161</sup> E, portanto, da relevância processual que a ilicitude material assume. E esta é a questão nuclear da presente análise, dado que inexistente uma norma processual que expressamente determine a (in)admissibilidade da prova ilícita em Processo Civil.

<sup>162</sup> Segundo ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 148, caso haja violação das regras sobre a admissibilidade das provas ou relativas ao procedimento probatório a sanção é, respectivamente, a ilegalidade do despacho de admissão da prova ou a nulidade dos actos em que se desdobra esse procedimento, sempre que essa irregularidade praticada possa influenciar a decisão do processo.

<sup>163</sup> Quer a *prova ilegítima*, quer a *prova ilícita*, são enquadradas dentro do que alguma doutrina designa como *provas vedadas, provas ilegais* ou, ainda, *provas proibidas*.

<sup>164</sup> É o que se verifica se o juiz, v.g., determinar que certo documento em poder da parte seja apreendido, tendo esta o direito de recusar a sua entrega, de acordo com o disposto no art. 417º, n.º3; nesta situação, o julgador está a agir ilegalmente (quer materialmente, quer processualmente).



ou na lei material, em ambos os casos, estaremos perante uma *ilegalidade* (isto é, uma prova violadora da lei)<sup>165-166</sup>, mas enquanto na primeira situação existirá um acto ilegítimo, no segundo caso estar-se-á perante um acto ilícito<sup>167</sup>.

### 3.2. Prova inadmissível

Enquanto na *prova ilícita* o direito é valorado quanto ao modo da sua obtenção, numa *prova inadmissível*, o legislador, com base num juízo de oportunidade, não permite que essa prova legal ingresse no processo, nomeadamente<sup>168</sup>: 1) O legislador, suspeitando do contributo prestado por essa prova para a descoberta da verdade, decide subtraí-la à apreciação do julgador<sup>169</sup>, 2) A lei substantiva exige que, para determinados actos, sejam observadas formalidades *ad probationem* ou *ad substantiam* (arts. 393º, 394º, 395º, 875º e 947º, n.º1, do CC) e, 3) É essa prova violadora de certos deveres fundamentais que mais não são de que limites à descoberta da verdade (arts. 125º e 126º, do CPP).

Para CARNELUTTI, a *prova inadmissível* é uma sub-espécie da prova legal, porque é representativa de um vínculo *negativo* à livre apreciação do julgador contrapondo-se, deste modo, à *prova privilegiada*<sup>170</sup>, pois esta vincula o julgador em sentido positivo ao impor a este último a atribuição de um determinado valor probatório a determinado meio de prova.

À primeira vista, o conceito de *prova inadmissível* é mais abrangente que o de *prova proibida* pois, tendo em conta a referência de COSTA ANDRADE à preservação do modelo processual, como um dos fundamentos das proibições de prova, podemos concluir que pode a prova ser admissível e, apesar de tudo, ser proibida; todavia, tal nem sempre

---

<sup>165</sup> Contrariamente à doutrina italiana, G. F. RICCI considera que a violação das normas processuais configura uma autónoma modalidade de ilicitude: a *ilicitude referida às provas constituídas*, como lhe chama (*Le Prove Illecite nel Processo Civile*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura*, pp. 37).

No mesmo sentido, a doutrina brasileira considera *ilícita* a prova que haja sido obtida em violação de normas materiais, e *ilegítima* a que tem na sua base infracções a normas processuais, cfr. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, *Provas Ilícitas...op. cit.*, 6ª ed., pp. 49 e ss.; no mesmo sentido, ÉVORA, Nestor, ARAÚJO, Fábio Roque e SILVA, Davi Castro, *Código de Processo Penal, para Concurso*, em anotação ao art. 157º, pp. 224 e AVENA, Norberto, *Processo Penal para Concursos Públicos*, 4ª ed., pp. 166 e ss. *apud* CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade...op. cit.*, pp. 50 e ss.

<sup>166</sup> A distinção entre *prova ilegítima* e *prova ilícita* foi, pela primeira vez, sistematizada por PIETRO NUVOLONE, na sua obra *Le Prove Vietate nel Processo Penale nei Paesi di Diritto Latino*, *Rivista de Diritto Processuale*, Padova, Volume XXI (II Serie), 1966.

<sup>167</sup> Cfr. ROQUE, André Vasconcelos, *As Provas Ilícitas no Projecto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro: Primeiras Reflexões*, *Revista electrónica de Direito Processual*, Volume VI, Julho/Dezembro, 2010, pp. 8 e 9.

<sup>168</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 29.

<sup>169</sup> V.g., as limitações que a prova testemunhal sofria, previstas no art. 497º, antes da reforma processual de 1995-96. Anteriormente a essa reforma, essa disposição consagrava inabilidades legais das testemunhas (e não simples direitos ou deveres de não depor), baseadas no carácter supletivo de que o respectivo depoimento se poderia revestir.

<sup>170</sup> Um exemplo desta prova é-nos dado pela *confissão judicial*.

sucedem, devido à aptidão que o conceito de *prova proibida* possui para englobar o de *prova invalidamente constituída*<sup>171</sup>.

### 3.3. Prova invalidamente constituída

*Prova invalidamente constituída* é aquela cuja ilegitimidade resulta da violação dos actos processuais de admissão ou de produção da prova<sup>172</sup> (a invalidade não afecta a prova em si).

É importante distinguir a *prova invalidamente constituída* da *prova inadmissível*, sobretudo em relação às *provas constituendas* (pois as *provas pré-constituídas*, como a própria designação deixa antever, já estão constituídas antes de serem admitidas no processo). Todavia, à semelhança das *provas constituendas*, também as *provas pré-constituídas* podem ser invalidamente constituídas<sup>173</sup>.

### 3.4. Prova viciada

Segundo JOSÉ ABRANTES, a *prova viciada* «é o meio de prova afectado quanto à veracidade do seu conteúdo, ou seja, aquele cujo conteúdo é falso, não correspondendo à realidade objectiva»<sup>174</sup>. Dito de outra forma: na *prova ilícita*, o conteúdo da prova corresponde objectivamente à realidade, ao passo que na *prova viciada* o conteúdo da prova é falso, enganador, não corresponde à realidade e, por isso, há «obstáculos» legais que visam privá-la de eficácia (v.g., a situação das inabilidades para depor, prevista nos arts. 616º e ss.).

### 3.5. Prova imoral

*Prova imoral* é aquela que resulta da violação dos imperativos éticos que são impostos ao ser humano. Será que poderá também esta prova ser valorada pelo tribunal?<sup>175</sup>

A distinção entre imoralidade e ilicitude é realizada por ZEISS através do chamado *caso da esposa comprada*. Neste caso, a mulher do demandante, a troco de 1000 DM, renuncia ao seu direito de recusar depoimento, vindo, posteriormente, o advogado do réu contestar a valoração deste depoimento, pois entende tratar-se de uma *prova ilícita*.

---

<sup>171</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 48.

<sup>172</sup> V.g., a violação do princípio da audiência contraditória das provas (art. 415º).

<sup>173</sup> V.g., se a parte contra a qual a *prova pré-constituída* foi apresentada não teve a oportunidade de impugnar a respectiva admissibilidade, poderá ainda ser considerada invalidamente «constituída», cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 31 a 34.

<sup>174</sup> Cfr. ABRANTES, José João, *Prova Ilícita...op. cit.*, pp. 12. A *prova viciada* corresponde à prova falsa, no sentido amplo de falsidade: enquanto «(...) atributo de toda a representação ou afirmação desconforme com a realidade (...)», cfr. FREITAS, José Lebre de, *A Falsidade no Direito Probatório*, 1984, pp. 104 e 105 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, nota de rodapé nº 33, pp. 37.

<sup>175</sup> Diferentemente, no Brasil, *prova imoral* corresponde à prova ilícita. COSTA MACHADO que, em anotação ao art. 334º do CPP brasileiro, refere que os meios de prova cuja obtenção infringiu a lei material ou a garantia constitucional são *moralmente ilegítimos*, cfr. MACHADO, Costa, *Código de Processo Civil Anotado*, 6ª ed., pp. 350 *apud* CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade...op. cit.*, pp. 50 e ss.

ZEISS apenas vê, neste caso, uma circunstância que deve ser livremente apreciada pelo juiz, segundo o *princípio da livre apreciação da prova*<sup>176</sup>.

### 3.6. Prova atípica (ou inominada)

Para G.F. RICCI, enquanto a *prova atípica* não vem prevista no ordenamento jurídico, a *prova ilícita*, estando prevista no ordenamento, contém vícios que a invalidam<sup>177-178</sup>.

Todavia, tendo em conta a definição que adoptamos de *prova ilícita*, é perfeitamente possível termos, em simultâneo, uma *prova atípica e ilícita*<sup>179</sup>.

Merece-nos maior atenção o problema da (in)admissibilidade da *prova atípica*. Posto isto, é necessário descortinar a seguinte questão: terá o legislador consagrado um elenco de provas *taxativo* ou, pelo contrário, ter-se-á bastado com um elenco meramente exemplificativo? Vejamos.

CAVALLONE assinala que apenas faz sentido determinar se um elenco é *taxativo* ou *exemplificativo* no caso de existir uma homogeneidade lógica dos vários elementos que o constituem. Segundo o autor, tal não existe nos contemporâneos catálogos legais ou doutrinários, pois a técnica por estes eleita consistiu, antes, em «*alinhar, à guisa de entidades homogênicas, elementos que evidentemente pertencem a áreas lógicas e semânticas diversas*»<sup>180</sup>.

Este entendimento de CAVALLONE pode ser transposto para o âmbito do direito português, pois apesar do nosso CC não estabelecer um elenco de provas (arts. 349º e ss. do CC), podemos aí encontrar realidades com distintas naturezas<sup>181</sup>. Deste modo, não podemos falar de tipologia e, por isso, não terá sentido discutir se o referido elenco é ou não *taxativo*<sup>182</sup>.

---

<sup>176</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 31 a 34.

<sup>177</sup> Cfr. G. F. RICCI, *Le Prove Illecite nel Processo Civile*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura*, pp. 34 e 35.

<sup>178</sup> Considerando que a *prova atípica* é um «*falso problema*», vide PISANI, Andrea Proto, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 2006, pp. 436 e 437. Para mais considerações sobre a *prova atípica*, vide TARUFO, Michelle, *Prove Atipiche e Convincimento Del Giudice*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1973, pp. 389 e ss.

<sup>179</sup> V.g., uma pessoa que, sob coacção, foi sujeita ao detector de mentiras ou à narcoanálise.

<sup>180</sup> É o que se verifica, no entendimento de CAVALLONE, com o Código Civil italiano, quando este dispõe «(...) de *prova documental*, *prova testemunhal*, *presunções (legais ou simples)*, *confissões (judiciais ou extrajudiciais)* e *juramento (decisório e supletório)*, o catálogo que daí resulta compreende coisas materiais preexistentes ao processo (*documentos*), *declarações feitas no processo (depoimentos testemunhais, confissões judiciais, juramento)*, *declarações feitas fora do processo e portanto necessitadas, por seu lado, de prova (confissões extrajudiciais)*, *mecanismos legais de representação do ónus da prova (praesumptiones iuris)* e, finalmente, a *descrição do raciocínio “por inferência” (praesumptiones hominis)*», cfr. CAVALLONE, *Critica della Teoria delle Prove Atipiche*, in *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXXIII, II Série, n.º4, 1978, pp. 687 e 688.

<sup>181</sup> Será a situação, v.g., das *presunções*, pois não possuem autonomia processual, ou da *confissão extrajudicial* que não conste de documento, pois ela própria tem de ser provada por testemunhas.

<sup>182</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 39.

Nessa linha, ANTUNES VARELA e CASTRO MENDES são defensores da admissibilidade de meios de prova não previstos na lei<sup>183</sup>, apesar deste último autor entender que apenas o julgador pode recorrer a *provas inominadas*, ao abrigo do *princípio do inquisitório*<sup>184</sup>.

ISABEL ALEXANDRE critica esta posição de CASTRO MENDES, invocando quatro motivos: 1) O art. 345º, n.º2, do CC apenas se refere às convenções sobre provas, nada dispondo sobre a apresentação das mesmas em juízo, 2) Se atentarmos ao disposto nesse preceito, ele sugere uma remissão para o n.º1 dessa mesma norma, quando refere que «é nula, nas mesmas condições, a convenção que (...) admitir um meio de prova diverso dos legais (...)»; segundo a autora, está-se apenas aqui a fazer referência às convenções relativas a direitos indisponíveis e àquelas que tornam excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito, 3) Proibir as partes de utilizarem provas atípicas significaria uma restrição ao direito fundamental à prova (consagrado no art. 20º da CRP) e, como tal, violar-se-ia o art. 18º, n.º2, da CRP, pois seria uma restrição injustificada e, por último, 4) O princípio da indisponibilidade da forma de solução do litígio, nos termos em que é invocado por CASTRO MENDES, não é absoluto, pois é o que resulta a *contrario sensu* do art. 345º do CC.

Na apreciação e valoração das provas atípicas deve entrar em jogo o *princípio da livre convicção do julgador*. Contudo, a *regra da livre admissibilidade dos meios de prova* sofre *limites*, nos termos do art. 607º, n.º5. De acordo com ANTUNES VARELA, SAMPAIO E NORA e MIGUEL BEZERRA, uns limites têm origem na lei substantiva<sup>185</sup>-<sup>186</sup>, enquanto outros têm origem na própria lei processual e assentam em objectivos meramente adjetivos<sup>187-188</sup>.

Todavia, este não é o entendimento maioritário verificando-se nesta, como em tantas outras questões, uma acentuada divisão doutrinal.

LEBRE DE FREITAS defende a inadmissibilidade das provas que não se encontrem legalmente reguladas. Em sentido oposto, ANTUNES VARELA, SAMPAIO e

---

<sup>183</sup> Cfr. VARELA, Antunes, NORA, Sampaio e, BEZERRA, J. Miguel, *Manual...*, pp. 467 e ss. e MENDES, João de Castro, *Direito Processual Civil*, vol. II, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2012, pp. 465 e 466.

<sup>184</sup> As partes não o poderão fazer devido ao disposto no art. 345º, n.º2, do CC, que considera *nulas* as convenções através das quais se admite meio de prova divergente dos legais.

<sup>185</sup> V.g., normas que apenas por escritura pública permitem a celebração de negócios de constituição ou alienação de direitos sobre imóveis (arts. 875º e 947º, n.º1, do CC) ou as que consideram estar imperativamente provado (ainda que a título provisório ou acidental) determinado facto (e, consequentemente, nenhum meio de prova admitem para demonstração do oposto), como o art. 1260º, n.º3, do CC, cfr. VARELA, Antunes, NORA, Sampaio e, BEZERRA, J. Miguel, *Manual...op. cit.*, pp. 470.

<sup>186</sup> Nomeadamente, em normas excepcionais que exigem, para certos actos, o cumprimento de formalidades *ad substantiam*.

<sup>187</sup> V.g., arts. 496º e 497º.

<sup>188</sup> Cfr. VARELA, Antunes, NORA, Sampaio e, BEZERRA, J.M., *Manual...op. cit.*, pp. 469 e 470.

NORA e MIGUEL BEZERRA, defendendo, assim, a admissibilidade de provas que não se encontrem legalmente reguladas.

Por nossa parte, entendemos que, se por um lado, o art. 345º do CC parece impedir que as partes optem pelas *provas atípicas*, logo depois surge o art. 411º concedendo essa faculdade ao juiz.

Para TARUFFO, as *provas atípicas* possuem o valor de uma *prova indiciária*, sobretudo, por duas razões: 1) Como não existe uma regulamentação legislativa, e apesar de não implicar a exclusão das provas atípicas, é sinal de que o legislador não as pretendeu equiparar às provas verdadeiras e próprias e, 2) Por outro lado, como é possível que as provas atípicas se tenham formado independentemente do controlo do juiz e, por isso, serem duvidosas e incertas, justifica que, posteriormente, em sede de valoração, haja um maior controlo<sup>189</sup>.

Assim, conclui ISABEL ALEXANDRE (posição que corroboramos), a impossibilidade das partes utilizarem *provas atípicas* não tem como fundamento o art. 345º, nº 2, do CC, devendo a *admissibilidade* ser o ponto de partida, apenas se optando por outra solução quando seja necessário defender superiores interesses<sup>190</sup>.

#### 4. Prova ilícita por derivação

*Provas ilícitas por derivação* são provas (material e processualmente) válidas, mas que têm origem em provas obtidas ilicitamente. Constituem exemplos, a obtenção de uma confissão mediante tortura do acusado, em que este último indica o sítio onde está o resultado do crime que cometera, ou a interceptação telefónica não autorizada (e, portanto, uma prova ilícita) através da qual os órgãos policiais têm conhecimento de uma testemunha que, mais tarde em sede de audiência de julgamento, vem incriminar o agente da prática do facto<sup>191</sup>.

A grande questão aqui colocada é saber se tais provas devem ou não ser admissíveis no processo.

Esta questão é, sobretudo, colocada nos sistemas que optam pela *admissibilidade* das provas ilícitas no processo e, por outro lado, é uma decorrência da doutrina dos «*frutos da árvore envenenada*» («*fruits of the poisonous tree doctrine*»)<sup>192</sup>.

A sua origem remonta aos Estados Unidos, nomeadamente nos casos *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920) *Nardone v. United States* (1939) (ambos relativos a *provas físicas*) e no Caso *Wong Sun v. United States* (1936) (no qual, na aplicação das

<sup>189</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 42.

<sup>190</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 45 e 46.

<sup>191</sup> Cfr. ALMEIDA, Marklei de, *Provas Ilícitas por Derivação: Uma Análise do Nexo de Causalidade*, Outubro, 2015, disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9376/Provas-ilicitas-por-derivacao-uma-analise-do-nexo-de-causalidade>.

<sup>192</sup> Doutrina norte-americana, instituída na década de 20.

*exclusionary rules* foram, também, invocadas *provas verbais*). Em todos estes casos, as *provas derivadas* obtidas de provas ilícitas eram, também elas, ilícitas e, por isso, inadmissíveis no processo, por se entender que o «veneno» de que padece a árvore se transmite a todos os seus frutos; o seu fundamento reside no desencorajamento de abusos policiais.

Outra questão que tem sido fonte de controvérsia na doutrina consiste no seguinte: sabendo-se que não existe consagração expressa no sentido de proibir as provas derivadas, que tratamento constitucional deve ser dado a tais provas?

Trata-se da problemática do *efeito-à-distância das proibições de valoração da prova*: consiste este em determinar se elas impedem o aproveitamento, para fins probatórios, do resultado directamente obtido através de um meio de prova proibido ou se, além disso, abrangem todos os seus resultados indirectos. Para exemplificar, recorra-se a um exemplo análogo ao referido por CAPPELLETTI: após ser vítima de ameaças por parte de *A*, *B* acaba por revelar o local onde escondeu determinado objecto que furtara e danificara. Supondo que o local onde o objecto foi depois encontrado, bem como o próprio objecto em si, nada indiciam quanto ao autor do furto e do dano, ISABEL ALEXANDRE questiona se lhe poderá ser atribuído algum valor probatório contra *B*? Tal atribuição apenas seria possível se, à partida, o julgador tivesse em conta o conteúdo das declarações por ele prestadas<sup>193</sup>.

Excepcionando estes casos em que parece de aceitar o *efeito-à-distância*, há duas situações típicas que, eventualmente, carecem de um tratamento diverso: 1) Utilização de meios de obtenção da prova ilegais (v.g., buscas e escutas telefónicas ordenadas pelo juiz civil), através dos quais se obtêm meios de prova relevantes para a causa (documentos e provas reais em geral) e, 2) Utilização de meios de prova ou métodos de prova ilegais, através dos quais se obtêm outros meios de prova (no exemplo atrás dado, admissão de uma testemunha, sem que lhe tenha sido feita a advertência de que se podia recusar a depor, a qual refere no seu depoimento outra pessoa possuindo conhecimento de factos importantes para a decisão da causa, e correlativo exercício, pelo juiz, do poder-dever previsto no art. 526º.

Quanto à questão em análise, ela é palco das maiores divergências doutrinárias.

CORDERO, defensor da tese contrária ao *efeito-à-distância das proibições de prova*, chega a esta conclusão devido à inexistência de norma que imponha às entidades que levam a cabo a investigação que ignorem a prova que haja sido obtida na sequência de uma prova inadmissível: tal permite considerar que o nexo de dependência entre ambas seja apenas psicológico (e não jurídico).

---

<sup>193</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 119 a 157.

Exemplificando com uma busca ilegal e desde que os objectos apreendidos sejam, abstractamente, susceptíveis de apreensão, pode aplicar-se a velha máxima: *male captum, bene retentum*<sup>194</sup>.

Para TROCKER, tudo reside em determinar a *ratio* das normas lesadas com o comportamento contrário à Constituição: se tais normas forem processuais (v.g., aquelas que concretizam os princípios da imediação e da publicidade), não há *efeito-à-distância*; no caso de tutelarem valores como a integridade moral e física ou a esfera da reserva, já existe *efeito-à-distância*<sup>195</sup>.

Na actualidade, e no seguimento do entendimento de TROCKER, COSTA ANDRADE<sup>196</sup> pronuncia-se favoravelmente quanto a soluções divergentes, tendo em conta o fim de protecção das normas do direito processual português. Assim, se por um lado, admite o *efeito-à-distância* que decorre da utilização de métodos proibidos de prova contra o arguido e, embora com reservas, de escutas ilegais, nega, por outro lado, que «a proibição de valoração que inquiere o testemunho-de-ouvir-dizer tenha também de precluir a valoração das provas que ele tenha tornado possíveis». Nesta última hipótese, excluir-se-ia o efeito-à-distância devido à circunstância das exigências próprias dos princípios da imediação, igualdade de armas e *cross-examination* – a que a proibição do *testemunho de ouvir dizer* pretende responder -, poderem perfeitamente ser satisfeitas com a mera não valoração deste depoimento (e, por isso, não seria necessário inquinar as provas subsequentes)<sup>197</sup>.

Ainda no âmbito da problemática do *efeito-à-distância das proibições de prova*, de acordo com SPINELLIS, temos de distinguir: 1) As *proibições de prova reguladas na lei processual* e, 2) As *proibições de prova não reguladas na lei processual*. Quanto às primeiras, deve haver a aplicação da regra da comunicabilidade das nulidades dos actos dependentes; relativamente às segundas, segundo o autor, a valoração do «fruto da árvore envenenada» só está excluída quando represente, em si mesma, uma violação dos *princípios constitucionais* (isto é, quando seja apta a fundamentar uma *proibição de valoração independente*)<sup>198</sup>.

ISABEL ALEXANDRE, quanto à extensão das nulidades no âmbito dos *actos de aquisição probatória*, opta pelo entendimento que distingue entre os *actos que se inserem no âmbito do mesmo procedimento probatório* e os *actos que, tendo embora lugar na fase da instrução, se regem por procedimentos probatórios distintos*: só quanto aos primeiros se observa aquela dependência que permite afirmar que um acto é pressuposto do outro. Assim, a nulidade do acto de admissão transmite-se ao acto de produção da prova (v.g.,

---

<sup>194</sup> Ou seja, «*mal colhida, mas bem conservada*». A tradução é nossa. Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 119 a 157.

<sup>195</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 119 a 157.

<sup>196</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 312 a 318.

<sup>197</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 119 a 157.

<sup>198</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 119 a 157.

depoimento testemunhal) e a nulidade da ordem de apreensão de documento do juiz transmite-se ao acto de admissão do documento apreendido. Neste último caso, estamos perante a figura que o Código de Processo Penal designa «*meio de obtenção da prova*» (arts. 171º e ss. do CPP), e que compreende exames, revistas e buscas, apreensão e escutas telefónicas<sup>199</sup>.

Esta tese, ao negar o *efeito-à-distância*, leva à admissibilidade de meios de prova obtidos graças a *provas nulas*. Todavia, segundo ISABEL ALEXANDRE, só em parte esta asserção pode ser considerada verdadeira, e isto por dois motivos: 1) Esta postura não implica a admissibilidade das provas obtidas na sequência de meios de obtenção da prova nulos: situações que normalmente têm sido tratadas a propósito da problemática do *efeito-à-distância*, mas que apresentam autonomia, dado que não se traduzem na obtenção de um meio de prova graças a outro, mas sim na obtenção de um meio de prova devido a uma providência instrutória nula (v.g., o registo fonográfico resultante da escuta abusiva ordenada pelo juiz) e, 2) Ao negar a independência absoluta entre actos processuais e, conseqüentemente, a aplicação do disposto no art. 195º, n.º2, não impede de questionar se a prova obtida na sequência de outra que é nula, o foi de modo ilícito e, sendo a resposta negativa, averiguar a sua admissibilidade, *enquanto prova obtida mediante violação de regras de direito material*<sup>200</sup>.

A doutrina dominante entende que não deve haver aceitação das *provas derivadas*, com base nos mesmos argumentos que são tecidos em sede de não admissibilidade das *provas ilícitas*. Uma parte da doutrina brasileira afirma que «*na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são, assim igualmente banidas do processo*»<sup>201</sup>.

TORQUATO AVOLIO afirma que «*se a prova ilícita tomada por referência comprometer a protecção de valores fundamentais, como a vida, a integridade física, a privacidade ou a liberdade, essa ilicitude há-de contaminar a prova dela referida, tornando-a ilícita por derivação e, portanto, igualmente inadmissível no processo*», pouco importando «*(...)que uma lei ordinária venha ou não a prever expressamente a cominação da inadmissibilidade ou nulidade das provas ilícitas por derivação, pois já estamos diante da ponte – antes extraída do sistema constitucional e ora inserida textualmente na constituição – que possibilita deduzir a inadmissibilidade processual a partir da ilicitude material*»<sup>202</sup>. A lei ordinária mencionada por TORQUATO AVOLIO é o artigo 157º, n.º1 do Código de Processo Penal Brasileiro que preceitua que «*são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciando o nexo de causalidade entre*

---

<sup>199</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 119 a 157.

<sup>200</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 119 a 157.

<sup>201</sup> Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, FILHO, António Magalhães Gomes e FERNANDES, António Scarance, *As Nulidades no Processo Penal*, pp. 114 *apud* CUSTÓDIO, Sérgio Filipe Barata Lourenço, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 43 e ss.

<sup>202</sup> Cfr. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, *Provas Ilícitas...op. cit.*, 6.ª ed., pp. 80.



*umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente da primeiras».*

No ordenamento jurídico português, o art. 32º, n.8, da CRP não faz referência directa às *provas derivadas*. ISABEL ALEXANDRE, tendo em conta esta disposição, defende a inadmissibilidade das *provas ilícitas*, pois tal preceito, conjugado com o art. 195º, n.º2, leva consequentemente à inadmissibilidade das *provas derivadas*<sup>203</sup>.

Entendemos nós que as *provas derivadas* devem ser admissíveis no processo, tendo em conta o *princípio da proporcionalidade* e o balanceamento dos vários valores em conflito no processo.

## **5. Prova ilícita em Processo Penal**

### **5.1. A proibição de provas ilícitas em Processo Penal**

Contrariamente ao que acontece no âmbito do Processo Civil, no campo Processual Penal resulta, *a contrario*, do art. 125º do CPP serem inadmissíveis todas as provas que forem proibidas pela lei.

E, de imediato, no art. 126º, n.º1, do CPP, sob a epígrafe «*métodos proibidos de prova*», vem o legislador consagrar um conjunto de *provas proibidas*<sup>204</sup>.

Já o art. 126º, n.º2, do CPP concretiza, ainda que de forma não taxativa<sup>205</sup>, o conceito de provas que ofendem a integridade física ou moral, reiterando que são aquelas provas obtidas, independentemente de consentimento, através: 1) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos, 2) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação, 3) Utilização da força, fora dos casos e nos limites permitidos pela lei, 4) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com negação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto e, 5) Promessa de vantagem legalmente inadmissível.

Por seu turno, refere o n.º3 do art. 126º do CPP que, «*ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular*»<sup>206-207</sup>.

---

<sup>203</sup> Para maior aprofundamento desta problemática, *vide* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 145 e ss.

<sup>204</sup> São consideradas *provas proibidas* porque os métodos utilizados para a sua obtenção são, também eles, proibidos.

<sup>205</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 216.

<sup>206</sup> Nesta situação, fala-se de provas *relativamente* proibidas, pois a nulidade da prova por ser sanada através do consentimento do lesado, cfr. ALBUQUERQUER, Paulo Pinto, *Comentário do Código de Processo*

Assim, como podemos observar, quase todas estas hipóteses<sup>208</sup> de obtenção de provas configuram *actos ilícitos criminais*.

## 5.2. Noção de prova proibida

Os termos «proibição probatória», «proibição de prova» ou «prova proibida» são empregues, normalmente, para designar a prova que é inadmissível no processo e/ou a que não pode ser produzida ou valorada no mesmo.

Em Portugal, essas proibições encontram-se dispersas. É o caso, *v.g.*, das proibições relativas a métodos de prova (art. 126º do CPP), ao depoimento indirecto (com exclusão da *hearsay evidence*, art. 129º do CPP), a gravações e outras formas de reprodução técnica (art. 167º do CPP), a escutas telefónicas (art. 187º e ss. do CPP), a proibição de valoração de provas (art. 355º do CPP), etc.

Geralmente, a doutrina distingue dois grupos de proibições de prova: as *proibições de produção* e as *proibições de valoração*. Dentro do primeiro grupo, podemos distinguir as *proibições de temas de prova*, as *proibições de meios de prova* e as *proibições de métodos de prova*; já no segundo referimo-nos às proibições de valoração *dependentes* e *independentes*.

Já as *proibições de temas* de prova traduzem-se na proibição de demonstrar a realidade de certos factos, independentemente do meio de prova utilizado. No âmbito do Direito Processual Penal, um exemplo pode ser colhido do disposto nos arts. 137º e 182º do CPP, relativos à proibição de prova de factos abrangidos pelo segredo de Estado; já no âmbito do Direito Processual Civil, o exemplo é fornecido pelo art. 454º, n.º2, relativo à inadmissibilidade do depoimento de parte sobre factos criminosos ou torpes de que a parte seja arguida.

Por seu turno, as *proibições de meios de prova* referem-se à proibição de serem processualmente utilizados determinados meios de prova que entram em colisão com interesses que, pela sua relevância, merecem ser protegidos. Constituem exemplos o *testemunho de ouvir dizer* (art. 129º, n.º1 do CPP), a *reprodução de vozes ou rumores públicos* (art. 130º, n.º1 do CPP), o depoimento de uma testemunha não esclarecida sobre a sua faculdade de recusa de depoimento (art. 134º, n.º2 do CPP), a leitura em audiência de autos e declarações fora dos casos previstos (art. 356º do CPP), bem como aqueles meios probatórios cuja utilização processual implicará a lesão de direitos fundamentais (*v.g.*, diários íntimos ou gravações secretas)<sup>209</sup>.

---

*Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, em anotação ao art. 126º do CPP, 4ª edição atualizada, Universidade Católica, pp. 335 e 336.

<sup>207</sup> O art. 126º, n.º1 e n.º3 CPP reproduz, essencialmente, o disposto no art. 32º, n.º8, da CRP.

<sup>208</sup> Com excepção da prevista na alínea 5).

<sup>209</sup> São exemplos destas *proibições de meios de prova*, no âmbito do Direito Processual Civil, art. 497º e, no âmbito do Direito Processual Penal, o art. 167º do CPP, cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 54.

Relativamente às *proibições de métodos de prova*, tratam-se daquelas provas que, por terem sido obtidas através de um método proibido, não poderão ser produzidas. No âmbito do Direito Processual Penal, temos o caso paradigmático do art. 126º do CPP; já no âmbito do Direito Processual Civil, são exemplos o art. 490º, n.º1, que estabelece a necessidade de a *inspecção judicial* de pessoas e coisas respeitar a intimidade da vida privada e familiar, bem como a dignidade da pessoa humana, ou o do art. 516º, n.º3, que determina que o juiz deve obstar a que «os advogados tratem desprimorosamente a testemunha e lhe façam perguntas ou considerações impertinentes, sugestivas, capciosas ou vexatórias»<sup>210</sup>.

Contrariamente, as *proibições de valoração* prendem-se com a questão do aproveitamento ou utilização (e não da admissibilidade) da prova para efeitos de decisão e, neste contexto, a *prova* tem de ser entendida como o resultado que é obtido através de determinado meio probatório. As proibições de prova *dependentes* têm a sua origem na violação de uma proibição de produção de prova<sup>211</sup>, enquanto as proibições de valoração *independentes* surgem de modo autónomo (e não quando há a violação de uma proibição de produção). Um exemplo, no âmbito de um meio de obtenção de prova legalmente realizado (v.g., uma busca, uma apreensão de correspondência ou uma escuta telefónica) acabam por ser adquiridas provas da prática de um crime diferente daquele que inicialmente se pretendia investigar (trata-se dos chamados *conhecimentos fortuitos*).

### 5.3. Razão de ser da prova proibida

Na opinião de COSTA ANDRADE, as *proibições de prova* (que, no fundo, são *limites à produção de prova*) visam, sobretudo, duas coisas: 1) «(...) assegurar a inviolabilidade do núcleo irredutível dos direitos fundamentais dos cidadãos (...)» e 2) «preservar a estrutura fundamental do próprio modelo processual»<sup>212</sup>.

De forma a ser mantida a estrutura do modelo processual, devem ser consideradas *proibidas* todas as provas que impliquem a violação das suas regras e princípios nucleares. Por isso, são *proibidas* no nosso ordenamento, v.g., as provas que impliquem a violação do *princípio da imediação*, tais como o *depoimento indirecto* (art. 129º, n.º1 do CPP), as *vozes públicas e convicções pessoais* (art. 130º do CPP) ou ainda as *provas que não tenham sido produzidas ou examinadas em audiência* (art. 355º do CPP).

Todavia, o maior e principal fundamento da existência de provas proibidas é a *inviolabilidade do núcleo irredutível dos direitos fundamentais* pois, num Estado de Direito Democrático, estas provas têm como principal função a protecção dos direitos dos

---

<sup>210</sup> Esta norma corresponde ao art. 126º, n.º2, *al. a*), do CPP, que considera a «perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação» um método proibido de prova.

<sup>211</sup> E. BELING defende que a violação de uma *proibição de prova*, inevitavelmente, comporta uma consequente *proibição de valoração*, cfr. BELING, E., *Die Beweisverbote als Grenzen...op. cit.*, pp. 30 e 31 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 57.

<sup>212</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, Parecer, CJ 1981, Tomo I, pp. 8 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 48.

cidadãos em detrimento do interesse estadual na descoberta da verdade e consequente punição do agente infractor<sup>213</sup>. Afinal, as *proibições de prova*, mais não são do que garantias de que a acção penal e punitiva do Estado não irá violar a dignidade humana.

Não obstante, os direitos fundamentais da pessoa não são *direitos absolutos* quando confrontados com o interesse do Estado de reprimir a criminalidade e, por isso, o legislador permite que sofram restrições quando entende que estas são necessárias para apurar a verdade<sup>214</sup>.

Tendo em conta todo o percurso que temos vindo a fazer, há ainda uma dúvida que nos assombra: será que o art. 126º do CPP – que, como vimos, proíbe *provas ilícitas* por considerar que estas são obtidas utilizando um método ilícito – vale, também, para as provas que sejam ilicitamente obtidas por particulares?

SYDOW refere que as provas que sejam ilicitamente obtidas por particulares são inadmissíveis, entendendo que tal solução «*para além de prevenir as agressões entre particulares, dará satisfação ao imperativo constitucionalmente vinculativo do respeito pelo livre desenvolvimento da personalidade de todos, mesmo do suspeito a prática de um crime*»<sup>215</sup>.

Mas, também neste âmbito há discussão doutrinal, sendo que a tese que admite, no processo, meios de prova que sejam ilicitamente obtidos por particulares é aquela que é maioritariamente seguida pela doutrina alemã e, nesse contexto, são invocados argumentos de *índole formal* e de *índole material-teleológica*.

O argumento de *índole formal* decorre do facto de, no ordenamento jurídico alemão, o § 136a do CPP alemão (referente a *métodos proibidos de prova*) não falar em particulares, levando a que a maioria dos autores alemães optem por defender que as *proibições de prova* apenas têm como destinatários as autoridades processuais. Nessa linha, ROXIN afirma que «*uma vez que as normas de conteúdo processual da StPO (e, acima de tudo, as proibições de métodos de prova!) se dirigem apenas aos órgãos de perseguição penal, tais provas são, em princípio, susceptíveis de valoração*»<sup>216</sup>. E, nesse mesmo sentido, afirma SCHMIDT que «*se o conhecimento se ficou a dever a uma das*

---

<sup>213</sup> Uma das razões que levou ao estabelecimento de regimes de *proibições de prova* foi o insucesso dos processos de cariz inquisitório (apresentavam várias limitações, sobretudo ao nível da credibilidade das provas obtidas).

<sup>214</sup> V.g., buscas, revistas, escutas telefónicas secretas, determinadas seguindo os ditames da lei Processual Penal.

<sup>215</sup> Cfr. SYDOW, *Kritic*, pp. 116 e ss. *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 43 e 44.

<sup>216</sup> Cfr. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pp. 154 *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 44.

modalidades ou formas de actuação proibidas no §136a, nº3. O valor probatório de tal conhecimento deve, todavia, ser avaliado de forma muito cuidadosa»<sup>217-218</sup>.

OTTO invoca o argumento de carácter *material-teleológico*, afirmando que: «o facto de um meio de prova ter sido ilicitamente obtido por um particular não preclui, por via de regra, a sua utilização em processo penal. Não existe qualquer princípio segundo o qual quem praticou um crime não haja de ver utilizado contra si um meio de prova que um outro obteve à custa de uma conduta ilícita, mesmo que criminalmente punível. O que a ideia de direito reclama nesta situação é, antes, o restabelecimento da paz jurídica através da perseguição dos crimes de todos os agentes»<sup>219</sup>.

Defende ainda este autor que a ponderação dos interesses em jogo poderá tornar legítima a utilização processual que se faça de um meio de prova ilícito. Será o caso, v.g., de a valoração de uma gravação ilícita representar a única possibilidade de alcançar a absolvição de um inocente acusado, sem fundamento, da prática de um crime<sup>220</sup>; nesta situação, de forma a prevenir esta intolerável agressão à liberdade e dignidade humana, estará justificada a utilização processual do meio de prova<sup>221</sup>.

Todavia, há *limites* à tese da livre admissibilidade de utilização e valoração de meios de prova obtidos pelos particulares que estão «bafejados» pela ilicitude penal.

Por um lado, recebe o consenso da doutrina a recusa de meios de prova cuja ilicitude represente um atentado extremo contra os direitos humanos. Será o caso da prova obtida mediante tortura, coacção<sup>222</sup> ou ainda, na opinião de AMELUNG, quando «o estado apoia a pretensão punitiva num crime que foi cometido precisamente com o fim de submeter a vítima a uma condenação penal»; isto em nome da perda de legitimação material da pena, pois «também uma tal pretensão punitiva valeria como demonstração contraditória de que o crime, afinal, compensa»<sup>223</sup>.

---

<sup>217</sup> Cfr. EB. SCHMIDT, *Lehrkommentar*, pp. 359, *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, 44 e 45.

<sup>218</sup> As cortes ordinárias alemãs também têm defendido que o § 136a do CPP apenas é dirigido aos órgãos públicos. Assim, caso os particulares utilizem *métodos proibidos de prova*, tal não torna o meio probatório inadmissível ou inutilizável aos fins da decisão, como se lê numa sentença da Corte de Apelação de 1952, cfr. TROCKER, *Processo Civile e Costituzione*, pp. 576 *apud* AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, *Provas Ilícitas...op. cit.*, 6.<sup>a</sup> ed., pp. 56.

<sup>219</sup> Cfr. OTTO, *Kleinknecht-Fs*, pp. 338 *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 45.

<sup>220</sup> Cfr., nesse sentido, GÖSSEL, Karl-Heinz, *As Proibições de Prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, pp. 416 *apud* CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade...op. cit.*, pp. 55 a 64.

<sup>221</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova...op. cit.*, pp. 45 e 46.

<sup>222</sup> V.g., através da ameaça de morte de um familiar da testemunha, caso esta não deponha em determinado sentido. Cfr. GÖSSEL, Karl-Heinz, *As Proibições de Prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, pp. 416 *apud* CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade...op. cit.*, pp. 55 a 64.

<sup>223</sup> Cfr. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, pp. 64 *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 46.

Por outro lado, há que fazer referência às *provas ilícitas em si mesmas*: o facto de provas como a audição de gravações, de escutas telefónicas, o visionamento de filmes ou fotografias ou a leitura de diários pessoais poderem, aquando da sua utilização processual, implicar uma repetição e agravação da ilicitude cometida. Na opinião de OTTO: «*uma excepção (à regra da admissibilidade) valerá, contudo, para aqueles casos em que, com a valoração do meio de prova o órgão da perseguição penal realizaria ele próprio um tipo legal de crime como, por exemplo, a audição de uma gravação ilicitamente obtida nos termos do §201, n.º2, do StGB. Aqui só uma justificação específica poderia legitimar a audição. Uma justificação que o interesse na perseguição penal não está, só por si, em condições de assegurar*»<sup>224</sup>.

Aqui chegados, é tempo de tomarmos posição na questão de saber qual o destinatário do art. 126º do CPP. A defesa da ideia de que a norma se limita apenas aos agentes estaduais (e não aos particulares) facilita a adesão a uma tese favorável à admissibilidade de meios de prova ilícitos em Processo Civil, pois o art. 126º do CPP reproduz, no essencial, o art. 32º, n.º8, da CRP, e esta disposição constitucional vem sendo analogicamente aplicada por alguma jurisprudência ao Processo Civil. Assim, entendendo que o art. 126º do CCP e, conseqüentemente o art. 32º, n.º8, da CRP, apenas tem como destinatário o Estado e os seus agentes, falece de sentido a aplicação analógica, pois o Processo Civil é um processo *de partes*<sup>225</sup>.

COSTA ANDRADE defende a extensão do art. 126º do CPP aos particulares, com base em dois argumentos: 1) Um argumento *literal-sistemático* e 2) Um outro *racional-teleológico*<sup>226</sup>.

Relativamente ao argumento *literal-sistemático*, o autor defende que a norma em análise não possui nenhuma referência expressa às instâncias formais de controlo de onde se possa concluir que elas são os exclusivos destinatários. A acrescer, contrariamente ao § 136a do CPP alemão que se encontra inserido no capítulo designado «*interrogatório do arguido*», o art. 126º do CPP inscreve-se no livro da prova onde, em parceria com disposições apenas válidas para as autoridades processuais, estão inscritas proibições também aplicáveis a particulares.

Relativamente ao segundo argumento, para COSTA ANDRADE não teria justificação lógica que viesse o legislador, por um lado, proibir a valoração de gravações e fotografias ilícitas obtidas por particulares, nos termos do art. 167º do CPP, e, por outro lado e paradoxalmente, admitir intoleráveis e eminentes violações a bens jurídicos pessoais como são os constantes do art. 126º do CPP.

---

<sup>224</sup> Cfr. OTTO, *Kleinknecht-Fs.*, pp. 338 *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 47 e 48.

<sup>225</sup> Apesar dos *poderes inquisitórios* que são reconhecidos ao julgador, como já vimos anteriormente.

<sup>226</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 197 e 198.

Mas, ainda assim, entendemos que esta disposição não pode ser extensível aos particulares e, por isso, não lhes será aplicável, tendo por base dois motivos.

Primeiro, porque o art. 126º do CPP foi redigido apenas a pensar na prova obtida pelo Estado e seus agentes, com a finalidade de limitar a sua actuação na descoberta da *verdade material* em obediência ao respeito pelos direitos fundamentais dos investigados<sup>227</sup>, o que é perfeitamente justificado por razões históricas ligadas à prática de abusos por essas entidades<sup>228</sup>. É verídico que o legislador não se refere às entidades estaduais como destinatários exclusivos mas, ao concretizar o conceito de provas ofensivas da integridade física ou moral (nº2), dá como exemplo condutas que tipicamente se inserem na actuação daquelas, nomeadamente as referidas nas *alíneas d)* («*ameaça com medida legalmente inadmissível ou com negação ou condicionamento da obtenção de benefícios legalmente previstos*») e *e)* («*promessa de vantagem legalmente inadmissível*») e, para mais, a redacção do art. 34º, n.º4, da CRP, segundo a qual «*é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação (...)*», sugere que o art. 32º, n.º8, da CRP, ao considerar nulas, as provas obtidas mediante «*(...)abusiva intromissão(...)na correspondência ou nas telecomunicações*», apenas se refere às provas que hajam sido obtidas por autoridades públicas. Assim, tendo em conta a teleologia desta norma processual, seria expectável que o legislador se referisse expressamente aos particulares caso fosse sua intenção abrangê-los nesta disposição<sup>229</sup>.

Em segundo lugar, não nos podemos olvidar que o *direito à prova* é um *direito fundamental dos particulares*, que decorre do art. 20º da CRP, pelo que apenas poderá ser restringido para salvaguarda de outros direitos fundamentais que, no caso concreto, devam ser considerados superiores<sup>230</sup>.

Tal como constata COSTA ANDRADE, não há nada que leve a concluir que a enumeração do art. 126º do CPP é taxativa, pois também considera *métodos proibidos de prova*, v.g., outros atentados à dignidade humana, à liberdade de decisão ou de vontade ou à integridade física ou moral das pessoas<sup>231</sup>.

A *doutrina das proibições de prova* coloca o problema da distinção entre as *proibições de produção* e as *proibições de valoração* da prova num local de especial destaque, o que bem se compreende pois, como refere ROGALL, «*é aqui que*

---

<sup>227</sup> Nesse sentido, Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 03-02-2010, proc. n.º 371/06.5GBVNF.P1, relatora Eduarda Lobo, disponível in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>228</sup> A maioria das provas que é levada para o Processo Penal é obtida por entidades estaduais (e não pelos particulares), verificando-se que o Estado tem uma maior quantidade de meios à sua disposição para reunir os vários meios de prova.

<sup>229</sup> Cfr. CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade...op. cit.*, pp. 55 a 64.

<sup>230</sup> Cfr. CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade...op. cit.*, pp. 55 a 64.

<sup>231</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 216.

*verdadeiramente se situam os problemas nucleares de toda a dogmática das proibições de prova»<sup>232</sup>.*

Sem termos a pretensão de sermos exaustivos no tratamento da problemática que circunda as *proibições de produção* e as *proibições de valoração*, faremos uma breve exposição, e respectiva crítica, das teorias apresentadas no âmbito desta problemática.

### **5.3.1. Teoria da esfera jurídica**

Esta teoria, de origem jurisprudencial, foi criada e cunhada pelo BGH. Resumidamente, o arguido só poderá interpor recurso nos casos em que a norma violada em sede de produção da prova se encontre preordenada à tutela da sua esfera jurídica e não de quaisquer outros interesses. Para esta teoria, tudo gira em torno de saber se a violação da lei atinge de forma essencial a esfera jurídica de quem pretende recorrer ou, contrariamente, se tal é para ele de pouco ou nenhum significado; assim, neste juízo, deverá atender-se, por um lado, à razão de ser das normas legais e, por outro lado, aos portadores dos interesses em nome dos quais eles foram promulgados<sup>233</sup>.

Doutrinalmente, são defensores desta teoria SCHÄFER e SAX.

A maioria dos autores rejeita esta teoria, alegando que se trata de uma teoria com um carácter extremamente reducionista. Em todo o caso, destaca-se a observação de ROGALL que afirma que «o BGH revogou tacitamente a teoria da esfera jurídica» e, conseqüentemente, esta subsistirá como uma «teoria moribunda»<sup>234</sup>.

### **5.3.2. Teoria dos três graus**

Esta teoria foi criada pelo Tribunal Constitucional Federal mostrando-se, hoje, apta a responder ao problema geral das *proibições de prova*<sup>235</sup>.

De acordo com o aresto de 31 de Janeiro de 1973 do Tribunal Constitucional Federal, há três áreas (ou esferas) da vida privada que se devem distinguir, dependendo da «proximidade em relação ao círculo extremado da intimidade e, por isso, ao carácter mais ou menos contínuo e absoluto da respectiva tutela jurídica»<sup>236</sup>.

Em primeiro lugar, surge a *esfera da intimidade, área nuclear, inviolável e intangível da vida privada*, que se encontra subtraída a todo o juízo de ponderação de bens e, conseqüentemente, protegida contra qualquer intromissão das autoridades e dos particulares. Todas as provas que disputem esta esfera estão liminarmente proibidas; v.g.,

---

<sup>232</sup> Cfr. ROGALL, *NStZ* 1988, pp. 386 *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 58 e 59.

<sup>233</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

<sup>234</sup> Cfr. ROGALL, *ZStW* 1979, pp. 26 *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 94.

<sup>235</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 94.

<sup>236</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 94.



as provas que contendam com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, consagrado no art. 26º, n.º1, da CRP.

Em segundo lugar, estende-se à «área normal da vida privada»<sup>237</sup>, também ela projecção, expressão e condição do livre desenvolvimento da personalidade ética da pessoa. É, nessa medida, erigida em autónomo bem jurídico pessoal e como tal protegido tanto pela Constituição como pelo direito ordinário. Trata-se, porém – e aqui reside a sua diferença – de um bem jurídico que não pode perspectivar-se absolutamente isolado dos compromissos e vinculações comunitárias e, nessa medida, inteiramente a coberto da colisão e ponderação de interesses. No âmbito do Processo Penal, sempre poderá tal área ser sacrificada se tal se mostrar *necessário, proporcional e adequado* à salvaguarda de valores ou interesses superiores.

Foi esta perspectiva das coisas que permitiu que o Tribunal Constitucional Federal concretamente sustentasse a tese da admissibilidade da utilização e valoração como meio de prova das gravações obtidas sem consentimento sempre que, não contendo directamente com o núcleo da intimidade, sejam necessárias à perseguição e repressão da criminalidade mais grave.

Por fim, podemos encontrar a extensa e periférica área da vida normal da relação que, «apesar de subtraída ao domínio da publicidade, sobreleva de todo o modo a funcionalidade sistémico-comunitária da própria interacção»<sup>238</sup>. De tal modo que, segundo COSTA ANDRADE, não faz sentido falar de um direito à própria palavra susceptível de lesão e, por isso, digno e carecido de tutela. Em qualquer caso, sempre seriam lesões socialmente adequadas e, por isso, socialmente toleradas. V.g., quando num armazém se gravam as encomendas de um cliente ou quando um corrector da bolsa grava as ordens de transacção de um investidor, o Tribunal Constitucional Federal considera que «é o conteúdo objectivo da comunicação que aparece em primeiro plano, de tal forma que a personalidade do interlocutor desaparece quase por completo, perdendo, por isso, a palavra o seu carácter privado»<sup>239</sup>.

Num primeiro relance, como OTTO frisa, será quase impossível contestar «o reconhecimento de uma esfera que garante ao indivíduo a possibilidade da afirmação e desenvolvimento da sua personalidade ética em plena liberdade e responsabilidade»<sup>240</sup>.

Em segundo lugar, esta é uma teoria com grande operatividade normativa e práctico-jurídica, sobretudo tendo em conta as dificuldades que existem em demarcar com segurança as fronteiras separadoras das três áreas e os respectivos regimes, entre os quais

---

<sup>237</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 95.

<sup>238</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

<sup>239</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

<sup>240</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

medeiam, nas palavras de COSTA ANDRADE, «*mais do que linhas de clivagem e de contraste, zonas de penumbra*»<sup>241</sup>.

Por fim, há uma certa incongruência nesta teoria, na medida em que parece não assumir a definição do *direito à palavra falada* como um autónomo bem jurídico, impedindo de relevar autonomamente os atentados contra este bem jurídico. Tal tomada de posição, criticável no âmbito do direito germânico, não se adequaria ao direito português por dois motivos: 1) Por um lado, seria desfavorável à incriminação autónoma e directa das gravações sem consentimento e, 2) Por outro lado, o disposto no art. 26º da CRP faz com que o *direito à palavra* seja um direito fundamental<sup>242</sup>.

Em termos globais, esta teoria apresentou relativo sucesso, quer na doutrina, quer na jurisprudência não constitucional. De modo exemplar, assinala-se a decisão do BGH de 9 de Julho de 1987 em que o BGH decidiu valorar como meio de prova de um homicídio qualificado um diário íntimo sem, como observa ROXIN, se questionar sobre a problemática da *área nuclear*<sup>243</sup>.

Doutrinalmente, o princípio do tratamento distinto dos meios de prova tendo em conta a sua maior ou menor proximidade de um núcleo inviolável encontra «eco» em autores como GÖSSEL ou AMELUNG.

GÖSSEL defende a aplicação de um regime diferenciado às gravações ocultas tendo em conta a respectiva localização «topográfica» na área da privacidade. Assim, a palavra que seja proferida em conversa privada (que em geral é produzida baseada na confiança e que não será ocultamente gravada), na hipótese de haver uma gravação oculta, estamos perante uma intromissão na área nuclear de conformação da vida privada, que goza de protecção absoluta (e, por isso, não pode justificar-se em nome do interesse superior estadual), não havendo aqui espaço para a intervenção do *princípio da proporcionalidade*<sup>244</sup>.

Relativamente à apreensão e valoração dos *diários pessoais*, AMELUNG defende, igualmente, a existência de uma área absolutamente inviolável que, por isso, preclui toda a utilização e valoração processual probatória. Segundo o autor, a prevalência deve ser dada à *liberdade de consciência*, protegida pelo artigo 4º da Lei Fundamental (disposição que pretende que o sujeito entre em diálogo com a sua própria consciência a coberto de todas as ingerências ou pressões do exterior), argumentando que «*os registos através dos quais o autor do diário se confronta e discute com o seu melhor eu (seinem besseren ich) mais não são do que a projecção do forum internum sobre o*

---

<sup>241</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel de, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

<sup>242</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel de, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

<sup>243</sup> Cfr. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pp. 150 *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

<sup>244</sup> Cfr. GÖSSEL, *Strafverfahrensrecht*, II, pp. 106 *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

papel»<sup>245</sup>. Assim, num mundo secularizado, AMELUNG afirma ser o diário um «instrumento de exame de consciência sem a ajuda alheia; como confissão sem confessor que contribui para que o indivíduo moderno, privado do apoio de grupos estabilizados, não perca, em definitivo, a bússola interior»<sup>246</sup>, daí deduzindo um imperativo de tratamento igual do exame de consciência organizado por uma confissão e do exame de consciência assumido na solidão do «diálogo» com o papel. Em síntese: o homicida que transmite os seus pensamentos e emoções para um diário deve ser beneficiário da tutela processual igual à do homicida que a confia a um confessor, levando à proibição absoluta de utilizar e valorar diários pessoais, independentemente do seu conteúdo<sup>247</sup>.

### 5.3.3. Teoria da ponderação

Esta teoria foi, sobretudo, representada por ROGALL, que afirma pertencer «às premissas desta doutrina que a ponderação terá de proceder em termos concretizadores e globalizantes. Saber se a uma violação processual deve ou não reagir-se com a proibição de valoração é uma questão que só comporta uma resposta normativa, fazendo, nomeadamente, relevar o interesse concreto na perseguição penal, a gravidade da violação legal bem como a dignidade de tutela e a carência de tutela do interesse sacrificado»<sup>248</sup>.

### 5.3.4. Teoria da gravidade

Essencialmente defendida por HERMANN MÜLLER, que entendia que a proibição de valoração da prova será decidida tendo em conta a gravidade da infracção legal<sup>249</sup>, esta teoria está hoje «relativamente silenciada»<sup>250</sup>.

Para além de ser uma teoria de difícil operatividade prática, tendo em conta o disposto em normas como o art. 126º do CPP, logo percebemos que, independentemente da gravidade da violação legal, haverá lugar à proibição de valoração da prova<sup>251</sup>.

### 5.3.5. Doutrina de Peters

Esta doutrina foi, pela primeira vez, formulada na comunicação (*Beweisverbote im deutschen Strafverfahren*) que PETERS apresentou ao 46º Congresso dos Juristas Alemães, e apresenta alguns pontos comuns com a teoria da gravidade.

---

<sup>245</sup> Cfr. AMELUNG, NJW 1988, pp. 1004 e ss. *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

<sup>246</sup> Cfr. AMELUNG, NJW 1988, pp. 1005 *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

<sup>247</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

<sup>248</sup> Cfr. ROGALL, NStZ 1988, pp. 391 *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

<sup>249</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

<sup>250</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

<sup>251</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

PETERS opta por abordar as *proibições de valoração de prova*, e respectivo regime, de uma forma global, dando prevalência à contraposição entre, as por si designadas, *proibições de perseguição da prova* (*Beweisverfolgungsverbote*) e *proibições do processo de prova* (*Beweisverfahrensverbote*). As primeiras (das quais o § 136<sup>a</sup>) StPO constitui manifestação paradigmática) «*limitam a perseguição penal (...) pondo a descoberto um espaço livre de perseguição penal*» (*strafverfolgungsfreien Raum*), determinado que a produção de prova é sempre inadmissível; já as segundas apenas limitam o espaço aberto à perseguição penal, podendo a prova em si ser levada a cabo, mas através do respeito de determinados pressupostos (v.g., consentimento). Caso tais pressupostos não sejam cumpridos, tem lugar um mero vício processual (*Verfahrensfehler*), não podendo o tribunal ultrapassar as fronteiras da prova, mas apenas os limites processuais que lhe são colocados<sup>252</sup>.

O autor entende que quer as violações das *proibições de perseguição da prova* quer as *proibições do processo de prova*, implicam que o respectivo meio de prova esteja proibido de ser valorado.

Segundo COSTA ANDRADE, em princípio, a doutrina de PETERS colherá as mesmas críticas que a *teoria da gravidade*<sup>253</sup>.

### 5.3.6. Doutrina do fim de protecção da norma

Esta teoria privilegia a *ratio* ou o *fim de protecção da norma*, e é defendida por autores como GRÜNWALD ou RUDOLPHI.

De acordo com GRÜNWALD, tudo reside em determinar se a produção ilegal da prova apresenta já, *de per se*, a frustração definitiva e irreversível do fim de protecção da norma que proíbe a prova; ou se, pelo contrário, é só a valoração da prova ilegalmente obtida que consoma ou, pelo menos, aprofunda a lesão do interesse protegido. Na primeira situação, não haverá qualquer proibição de valoração, ao passo que na segunda a regra tenderá a ser a proibição de valoração<sup>254</sup>.

Para demonstrar o que defende, o autor chama à colação o *dever de esclarecimento do arguido* que o § 135 StPO<sup>255</sup> faz recair (também) sobre o Ministério Público. GRÜNWALD considera que a valoração das declarações ilegalmente obtidas só aconteceria se a relação de valor se tivesse alterado de tal modo que a lesão se devesse considerar consumada, mas tal não acontece, pois a lesão só será consumada quando e se as declarações não esclarecidas do arguido servirem de base à sua condenação.

---

<sup>252</sup> Cfr. PETERS, *Strafprozess*, pp. 279 *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

<sup>253</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

<sup>254</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

<sup>255</sup> Esta norma prevê uma verdadeira *proibição de prova* (e não uma mera *regra de produção de prova*).

Defende o autor que, este primeiro momento (que permite a identificação geral e abstracta das proibições de valoração) não decide, por si só e em definitivo, da admissibilidade da valoração dos meios de prova ilegalmente produzidos<sup>256</sup>. Temos, ainda, num segundo momento, de fazer intervir um princípio geral, nos termos do qual: apesar de um determinado meio de prova violar a proibição de prova, este terá sempre de ser valorado caso fosse possível ter sido igualmente obtido através de um procedimento que respeitasse a lei; como refere GRÜNWALD, o meio de prova «*terá de ser objecto de demonstração positiva, antes de se proceder à valoração do meio de prova*»<sup>257</sup>.

São estes, em suma, os dois momentos que, cumulativamente, permitem que GRÜNWALD defina as hipóteses em que há *proibição de valoração* da prova e dê resposta à problemática do *efeito-à-distância*.

A doutrina do *fim de protecção*, maxime na versão sustentada por GRÜNWALD, também tem sido alvo de várias críticas, nomeadamente: 1) Muitas normas processuais levantam dificuldades quanto à identificação do fim de protecção, apelando em última instância para a interpretação do julgador e, 2) Existem muitas normas de intencionalidade teleológica plúrima, que suscitam vários e complexos problemas de hierarquização dos fins que se visam proteger<sup>258</sup>.

Contudo, COSTA ANDRADE assinala que o caminho deve ser realizado através de um círculo hermenêutico repleto de tópicos (que não deixará de conter a referência ao *fim de protecção* da norma) e, contrariamente ao que propõe GRÜNWALD, de forma dinâmica e contínua<sup>259</sup>.

### 5.3.7. Nova doutrina das proibições de prova

Após o nosso percurso, concluímos que não foi possível definir um critério ou princípio para sistematizar, de forma universal, as *proibições de prova* e, por essa razão, GÖSSEL elaborou um novo paradigma, que possuía a particularidade de, intencionalmente, silenciar o momento da *proibição de valoração*.

Nesta sequência, GÖSSEL propõe uma teoria, designada *nova doutrina das proibições de prova*, ligando, directamente, em termos causais, a violação da proibição de produção da prova à sentença a impugnar. Segundo o autor, tal modelo será mesmo imposto pelo disposto no nº1 do § 337 StPO: «*A revista só pode basear-se no facto de a sentença assentar numa infracção à lei*». Como explica GÖSSEL, «*a sentença assenta na*

---

<sup>256</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

<sup>257</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 104.

<sup>258</sup> É o que se verifica em preceitos como, v.g., o § 136a) da StPO germânica ou o artigo 126º do CPP, cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

<sup>259</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

*violação da proibição de prova quando, entre a violação da proibição de prova e a mesma sentença subsiste, a par de um nexa real, um nexa final de causalidade»*<sup>260</sup>.

Identificada uma relação de causalidade entre a violação da *proibição de produção de prova* e a sentença, tudo estará em verificar se a *proibição de prova* concretamente violada visa prevenir que os factos ilegalmente provados venham a servir de fundamento à sentença<sup>261</sup>. Na síntese do próprio autor, verificada a produção ilícita da prova, não pode considerar-se que a sentença teria outro sentido sem ela sempre que os factos ilicitamente provados não constituam o fundamento da sentença ou aqueles factos acabariam, através do procedimento ilícito, por chegar à sentença sendo que, nestes casos, por falta de um nexa real de causalidade, a sentença não se baseia na violação da lei<sup>262</sup>.

O facto de não existir um *nexa final de fim de protecção* permite que GÖSSEL responda negativamente à questão do *efeito-à-distância*.

Todavia, também a teoria de GÖSSEL suscita algumas reservas a COSTA ANDRADE: 1) O caminho não parece passar pelo silenciamento das *proibições de valoração* pois, pelo contrário, tudo parece sugerir que sejam procuradas novas vias para a sua superação, 2) O critério utilizado pelo autor para separar as águas não parece ser o mais adequado, pois é difícil identificar quais as *proibições de prova* cujo fim de protecção não seja evitar de algum modo que o «*resultado envenenado*»<sup>263</sup> venha a inquinar a sentença, 3) Do ponto de vista da coerência e rigor lógico-sistemático a solvabilidade da doutrina aparece problemática pois, o tema do *efeito-à-distância* deixa intuir, o apelo ao nexa real e final de causalidade, parecendo destinado a legitimar, em termos dogmáticos, soluções pré-judicadas ou de algum modo já presentes numa dada pré-compreensão<sup>264</sup> e, por fim, 4) Tal teoria parece excluir a área relativa às *proibições independentes de valoração*<sup>265</sup>.

Não obstante uma doutrina como a de GÖSSEL apresentar vantagens face ao ordenamento jurídico-processual germânico, dificilmente será compatível com o ordenamento jurídico-processual português, por dois motivos: 1) Por um lado, o regime das *proibições de prova* que consta do CPP impõe que os momentos da produção e da valoração da prova sejam descontínuos<sup>266</sup> e 2) Por outro lado, quis o legislador português dispensar ao sistema normativo das *proibições de prova* uma autonomia normativa<sup>267</sup>.

---

<sup>260</sup> Cfr. NJW 1981, pp. 2219 *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

<sup>261</sup> Cfr. NJW 1981, pp. 2219 *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

<sup>262</sup> Cfr. *Bockelmann-Fs*, pp. 815 e ss. *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

<sup>263</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

<sup>264</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

<sup>265</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

<sup>266</sup> Tendo em conta o disposto nos arts. 58º, n.º3, 126º, 129º, 167º e 355º do CPP.

<sup>267</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

### 5.3.8. Síntese conclusiva

No ordenamento jurídico dos Estados Unidos, procurando colocar em causa a figura da *exclusionary rule*<sup>268</sup>, o juiz norte-americano MALCOLM WILKEY escreveu que «*uma prova da irracionalidade das exclusionary rules é o facto de nenhuma outra nação civilizada do mundo as ter adoptado*»<sup>269</sup>.

Todavia, qualquer que seja o entendimento, em definitivo, quanto ao conceito e regime das *proibições de prova*, parece que elas estão longe de ser «*uma singularidade da experiência jurídica americana e de emergirem como homenagem a qualquer das idiossincracias mais expressivas – e incomunicáveis – das respectivas instituições (...)*»<sup>270</sup>.

Também em Portugal as *proibições de prova* são uma das instituições mais relevantes erigidas com o novo ordenamento processual surgido no decurso da Constituição de 1976. Por um lado, hoje, as *proibições de prova* estão legalmente consagradas com autonomia, generalidade e de forma consistente, permitindo olhá-las como uma das construções basilares do Processo Penal<sup>271</sup> e, por outro lado, encontramos na lei portuguesa um vasto âmbito de concretas *proibições de prova*<sup>272</sup>.

Como assinala COSTA ANDRADE, a disciplina normativa das *proibições de prova* há-de edificar-se a partir dos «*pertinentes imperativos constitucionais em tópicos privilegiados e permanentes de referência*»<sup>273</sup>.

Entre nós, ressalta desde logo o disposto no art. 32º, n.º6, da CRP, que, pela primeira vez, na ordem jurídica portuguesa, deu expressão positiva e explícita ao conceito e ao regime das *proibições de prova*, prescrevendo que: «*São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*»<sup>274</sup>.

Há ainda outras disposições, da CRP, que nos dão valência directa para a doutrina e a *praxis* das *proibições de prova*. São exemplos, a tutela da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º) e da *integridade moral* (art. 25º) que, em geral, são a última matriz material do direito das *proibições de prova*<sup>275</sup>. Por outro lado, não deve olvidar-se a consagração dos direitos à *imagem*, à *palavra* e à *reserva da intimidade da vida privada e familiar* (art. 26º

---

<sup>268</sup> É uma figura que está, aparentemente, consolidada no ordenamento jurídico dos EUA.

<sup>269</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 11 e ss.

<sup>270</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 11 e ss.

<sup>271</sup> É o que nos mostra o disposto no art. 118º, n.º3, do CPP.

<sup>272</sup> É o que sucede, v.g., com as *proibições relativas a métodos de prova* (art. 126º), *depoimento indirecto* (com exclusão da *hearsay evidence*, art. 129º), *gravações e outras formas de reprodução técnica* (art. 167º), *escutas telefónicas* (arts. 187º e segs.), *proibição de valoração de provas* (art. 355º), etc., directamente previstas no CPP.

<sup>273</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 11 e ss.

<sup>274</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 11 e ss.

<sup>275</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 11 e ss.

da CRP) ou a *inviolabilidade do domicílio, da correspondência e das telecomunicações* (art. 34º da CRP) como direitos fundamentais, protegidos pelo art. 18º da CRP.

Assim, sempre teremos de optar por um discurso «arcado pela plasticidade e abertura à surpresa do caso concreto»<sup>276</sup> e, como HASSEMER sustenta, «*mais do que apostado em impor soluções por demonstração dedutiva, este discurso há-de empenhar-se em apontar caminhos*»<sup>277</sup>.

#### 5.4. Fontes das proibições de prova

Para COSTA ANDRADE as fontes de *proibição de provas*, no Processo Penal português, são quatro: 1) A Constituição da República, 2) A lei Penal substantiva, 3) A doutrina e, 4) A jurisprudência<sup>278</sup>.

Relativamente à CRP, esta fonte de *proibição de provas*, além de fazer referência ao horizonte político-criminal e axiológico do processo criminal, estabeleceu directamente a conformação normativa e directa dos seus aspectos mais determinantes, de que é resultado o disposto no art. 32º, n.º8, da CRP. Além desta norma, podemos encontrar ainda na CRP outras disposições relevantes para a doutrina e *praxis* das proibições de prova, como a tutela da «*dignidade da pessoa humana*» (art. 1º da CRP) e da «*integridade física e moral*» (art. 25º da CRP), em geral referenciadas como a matriz material e última do direito das proibições de prova, sem nos olvidarmos dos diversos direitos de personalidade elevados à categoria de direitos, liberdades e garantias, tais como os direitos à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (art. 26º da CRP) ou à inviolabilidade do domicílio, da correspondência e das telecomunicações (art. 34º da CRP).

Por seu turno, a lei Penal substantiva censura com a ilicitude material, v.g., as incriminações das «*gravações e fotografias ilícitas*» (art. 179º do CP), a *intromissão na vida privada* (art. 180º do CP), a *violação do segredo de correspondência e telecomunicações* (art. 182º do CP) e a *violação do segredo profissional* (art. 184º do CP). Estas criminalizações assumem um carácter determinante ao diminuírem as alternativas admissíveis de produção e valoração de prova, pois o interesse do esclarecimento do crime e da perseguição de um sujeito não justificam, por si só, o cometimento de actos ilícitos por parte dos agentes das instâncias de controlo (polícias, magistrados do Ministério Público ou mesmo juízes).

Contrariamente, COSTA ANDRADE afirma que «*difícilmente (...) se compreenderia que, na prossecução das suas tarefas, o Estado passasse de boa consciência por sobre as normas que balizam a ilicitude penal*». No mesmo sentido, entende AMELUNG que o Estado cairá em contradição normativa e comprometerá a

<sup>276</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 90 a 116.

<sup>277</sup> Cfr. HASSEMER, *Maihofer-Fs.*, pp. 200 *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 116.

<sup>278</sup> Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 12 a 17.



legitimação da própria pena se, para impor o Direito, tiver de recorrer, ele próprio, ao ilícito criminal, pois argumenta que «o fim da pena é a confirmação das normas do mínimo ético, cristalizado nas leis penais. Esta demonstração será frustrada se o próprio Estado violar o mínimo ético para lograr a aplicação de uma pena. Desse modo, ele mostra que pode valer a pena violar qualquer norma fundamental cuja vigência o direito penal se propõe precisamente assegurar»<sup>279</sup>.

Nessa linha, há que afirmar o princípio segundo o qual o *out-put* dos juízos e valorações do Direito Penal consubstanciam um dos tópicos nucleares do «círculo hermenêutico» em sede de *proibições de prova*, princípio esse que vem expressamente previsto no art. 167º, n.º1, do CPP e com algumas «ramificações» no art. 187º, n.º3, do CPP.

Por fim, quer a *doutrina* quer a *jurisprudência*, enquanto fontes do direito das *proibições de prova*, têm nesta temática das proibições de prova, um papel de destaque, pois a lei deixa «em branco» aspectos decisivos do respectivo regime.

Contrariamente ao que se verifica noutros ordenamentos jurídicos<sup>280</sup>, neste âmbito, a intervenção da jurisprudência portuguesa tem sido pautada pela discricção. Todavia, neste contexto, assinala-se o paradigmático acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Fevereiro de 1988 dispondo sobre a proibição de valoração de gravações e fotografias ilicitamente obtidas por particulares<sup>281</sup> e o acórdão de 23 de Novembro de 1988 do mesmo Tribunal Supremo, abordando a problemática da valoração das escutas telefónicas<sup>282</sup>.

Já a doutrina portuguesa se tem mostrado mais ostensiva, merecendo destaque as contribuições de FIGUEIREDO DIAS para o ensino e investigação das *proibições de prova*<sup>283</sup>.

---

<sup>279</sup> Cfr. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, pp. 22 *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 15.

<sup>280</sup> V.g., nos ordenamentos jurídicos americano ou germânico.

<sup>281</sup> *BMJ*, n.º 374 (Março 1988), pp. 376 e ss.

<sup>282</sup> *BMJ*, n.º 381 (Dezembro 1988), pp. 327 e ss.

<sup>283</sup> As contribuições de FIGUEIREDO DIAS «ganham um valor heurístico e hermenêutico acrescido», pelo facto deste autor ter elaborado o Projecto que viria a dar origem ao Código de Processo Penal actual e, além disso, «ter sido concretamente de suas mãos que receberam a conformação definitiva as normas relativas às *proibições de prova*», cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, pp. 17.

## CAPÍTULO III

### **SOBRE A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL**

1. Doutrina e jurisprudência do direito comparado; 1.1. Direito francês; 1.2. Direito espanhol; 1.3. Direito brasileiro; 1.4. Direito inglês; 1.5. Direito norte-americano; 1.6. Direito alemão; 1.7. Direito italiano; 2. Soluções – teses em debate; 2.1. Tese da admissibilidade da prova ilícita em Processo Civil; 2.1.1. A irrelevância processual da ilicitude material; 2.1.2. O interesse na descoberta da verdade material; 2.1.3. O dever de dizer a verdade; 2.1.4. A celeridade processual; 2.2. Tese da inadmissibilidade da prova ilícita em Processo Civil; 2.2.1. A unidade do sistema jurídico; 2.2.2. O dolo não aproveita ao seu autor; 2.2.3. A dissuasão de comportamentos ilícitos; 2.2.4. O dever de o juiz denunciar os crimes praticados em audiência; 2.2.5. Consagração constitucional: proibição de valoração da prova ilícita; 2.3. Tese da admissibilidade da prova ilícita em certas condições; 2.3.1. O princípio da boa fé; 2.3.2. Distinção entre violação de direitos fundamentais e violação de outros direitos; 2.3.3. A ilicitude material ocorrida durante o processo; 2.3.4. A distinção entre os momentos da obtenção, da produção e da valoração da prova; 2.3.5. O único meio de se provar o facto; 2.3.6. Colisão de direitos e o princípio da proporcionalidade.

#### **1. Doutrina e jurisprudência do direito comparado**

##### **1.1. Direito francês**

No ordenamento jurídico francês inexistente norma que, expressamente, determine que a prova ilícita é inadmissível no Processo Civil. Todavia, a maioria da doutrina e da jurisprudência optam por recusar meios probatórios violadores de disposições constitucionais.

Neste âmbito e registando-se uma considerável jurisprudência em matéria de divórcio, NERSON refere que *«se (...) todos os meios de prova são, em princípio, admissíveis, tal não impede que a prova seja submetida a certas condições de regularidade na maneira como foi estabelecida e no modo como aquele que os invoca a obteve (...). Sabe-se, por exemplo, que os meios à disposição do cônjuge para obter as missivas que quer exibir são limitados, já que a jurisprudência tem considerado abusivos certos meios de aquisição. (...) Pode dizer-se, utilizando uma fórmula muito geral, que a carta exibida por uma das partes num processo de divórcio deve ser rejeitada, se tiver entrado na sua posse de maneira irregular: por exemplo, arrombando uma gaveta ou interceptando a carta das mãos da empregada»*<sup>284</sup>.

Não obstante a doutrina e jurisprudência francesas darem especial atenção ao modo como as provas são obtidas, não deixa de ser feita referência ao próprio conteúdo das

---

<sup>284</sup> Cfr. NERSON, Roger, *Jurisprudence Française en Matière de Droit Civil, Personnes et Droits de Famille*, pp. 757 e 758 apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 162.

provas pois, como refere NERSON, o art. 9º do CC francês (na redacção introduzida em 17/07/1970), ao estabelecer o direito ao respeito pela vida privada, protege o seu titular quanto à revelação de segredos; nesse sentido, a prova que viole a intimidade da vida privada ao ser usada será, à partida, inadmissível<sup>285</sup>. Todavia, tal não acontecerá nos processos (v.g., como os de divórcio) em que, após a ponderação de tal direito com outros que se devam considerar prevalecentes, se permita a revelação desses segredos<sup>286</sup>. Simplesmente, nessa situação, exige-se que o meio probatório tenha sido obtido de forma regular.

Todavia, em França, a questão da admissibilidade da prova ilícita não é apenas colocada quanto às cartas pessoais reveladoras de aspectos íntimos, pois a jurisprudência francesa já fez, também, depender a admissibilidade processual de informações médicas tendo em atenção o modo como foram obtidas<sup>287</sup>.

## 1.2. Direito espanhol

Já foi dito que o art. 11.1 da LOPJ (*Ley Orgánica del Poder Judicial*, de 1985) determina a inadmissibilidade da prova ilícita no processo, estabelecendo que sempre seja respeitado o *princípio da boa fé* e impondo a *ineficácia* a todas as provas que hajam sido obtidas, directa ou indirectamente, mediante a violação de direitos ou liberdades fundamentais<sup>288</sup>; e, acrescenta o art. 287º da LEC, que nessas situações deve a parte contrária alegar de imediato a ilicitude da prova.

A redacção desta norma foi inspirada na doutrina do Tribunal Constitucional, nomeadamente no Ac. de 29/11/84 (relativo ao recurso de amparo, nº 114/1984), no qual foram consideradas inadmissíveis as provas cujo modo de obtenção tivesse sido realizado em violação de direitos fundamentais. E, para tal, foram invocadas duas razões: em

---

<sup>285</sup> Cfr. NERSON, Roger, *Jurisprudence Française en Matière de Droit Civil, Personnes et Droits de Famille*, pp. 331 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 162, nota 462.

<sup>286</sup> Cfr., nesse sentido, o Ac. da *Cour d'Appel*, de 06/10/1972, *in* ROGER NERSON, *Jurisprudence Française...op. cit.*, pp. 322 e 323: «à regra do segredo da correspondência não se opõe a que uma carta, mesmo confidencial, seja apresentada em justiça sem a autorização do seu remetente ou mesmo com a sua oposição, se o destinatário tem nisso um interesse legítimo, porque o seu conteúdo é apto a justificar a sua demanda ou a estabelecer o bem-fundado dos seus meios de defesa» *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 162 e 163, nota 463.

<sup>287</sup> Cfr. Ac. da *Cour d'Appel*, de 13/01/1971. Neste acórdão entendeu-se que o depoimento da cunhada da ré sobre um aborto não podia ser considerado no processo de divórcio que estava a decorrer, porque as informações médicas haviam sido obtidas de forma abusiva e fraudulenta *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 163, nota 464.

<sup>288</sup> O âmbito de aplicação do art. 11.1 da LOPJ tem vindo a ser delimitado pela doutrina espanhola que, por um lado, relembra que nem todos os direitos subjectivos reconhecidos na Constituição são direitos fundamentais (v.g., direito de propriedade) e, por outro lado, há alguns direitos fundamentais que são relativos (v.g., direito à intimidade) e, assim, a prova que haja sido adquirida com base na sua violação não será, imperativamente, uma prova inadmissível, cfr. SABATE, Luiz Muñoz, *Técnica Probatoria, Estudios Sobre las Dificultades de Prueba en el Proceso*, pp. 78 *apud* CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade...op. cit.*, pp. 64 e ss. O legislador espanhol consagrou a «doutrina dos frutos da árvore envenenada» ao proibir as *provas ilícitas derivadas*, cfr. SPIEGELBERG, José, *La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, Disposiciones Generales y Presunciones*, pp. 153 *apud* CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade...op. cit.*, pp. 64 e ss

primeiro lugar, as exigências das garantias processuais previstas no art. 24º, n.º2, da Constituição<sup>289</sup> e, em segundo lugar, o respeito pelo princípio da igualdade (art. 14º da Constituição), uma vez que se pressupõe que a parte que ilicitamente obteve a prova estará, em princípio, numa situação mais vantajosa e, sendo a mesma admitida no processo, haveria uma gritante desigualdade entre as partes<sup>290</sup>.

Assim, na ordem jurídica espanhola a prova ilícita é admitida quando a sua obtenção tenha implicado a violação de direitos infra-constitucionais, v.g., lesões ao direito de propriedade e ao direito à inviolabilidade do domicílio<sup>291</sup>. Por seu turno, não produzem qualquer efeito, provas que tenham sido obtidas, directa ou indirectamente<sup>292</sup>, através da violação de direitos ou liberdades fundamentais. No entanto, para no ar a dúvida quanto à admissibilidade das provas ilícitas cuja ilicitude decorre da sua utilização no processo.

---

<sup>289</sup> Nos termos da qual, a todos é garantido o direito de «(...) utilizar os meios de prova pertinentes para a sua defesa». Todavia, o Tribunal Constitucional espanhol entendeu que esta norma, para além de possuir um conteúdo, essencialmente, técnico-processual, apresenta um alcance substantivo, nos termos do qual nunca pode ser considerado pertinente um instrumento probatório que haja sido obtido com violação de direitos fundamentais.

<sup>290</sup> Cfr. GUANTER, Salvador del Rey, *Nuevas Técnicas Probatorias, Obtención Ilícita de la Prueba y Derechos Fundamentales en el Proceso Laboral*, in Revista Española de Derecho del Trabajo, pp. 66 a 70 e ARTES, Carmen Ordoño, *Aspectos Generales sobre la Prueba Processual (en el Proceso Civil)*, pp. 195 e 196 *apud* CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade...op. cit.*, pp. 64 e ss. Todavia, Carmen Artes refere ainda que o art. 11.1 da LOPJ não soluciona todos os problemas que possam ser suscitados em redor da questão da admissibilidade da prova ilícita no processo pois, além de não determinar quais as possíveis situações de ilicitude, acresce que não regula a admissibilidades das provas obtidas mediante violação de direitos que não são fundamentais.

<sup>291</sup> Quanto ao direito à inviolabilidade do domicílio, pode ver-se um interessante caso na Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 22/2003 (Sala Segunda), de 10 de Febrero, nos termos do qual foi realizada uma busca e apreensão judicial na casa de um determinado suspeito da prática de um crime (na casa do marido), sem mandado judicial, mediante autorização da sua esposa, da qual resultou apreensão de uma arma de fogo; o insólito estava no facto de o marido e a esposa estarem separados, possuindo esta última interesse na condenação do marido, sendo que os agentes policiais desconheciam, por completo, tais circunstâncias. Nesta situação, o Tribunal Constitucional determinou a invalidade do consentimento, tendo os agentes policiais agido de boa fé, concluindo-se que «(...) a ofensa ao direito à inviolabilidade do domicílio é, por assim dizer, um mero acidente», cfr. ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *Provas Ilícitas e Proporcionalidade: Uma Análise de Colisão Entre os Princípios da Proteção Penal Eficiente e da Inadmissibilidade das Provas Obtidas por Meios Ilícitos*, Dissertação de Mestrado em Direito, na Área de concentração de «Direito, Estado e Constituição» apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

<sup>292</sup> A maioria da doutrina e jurisprudência espanholas tem entendido ter sido acolhida a doutrina norteamericana dos «*frutos da árvore envenenada*». No Ac. do Tribunal Constitucional n.º 86/95 foi, pela primeira vez, estabelecida a doutrina da «*eficácia reflexa da prova proibida*» (ou seja, a necessidade de rejeitar que sejam judicialmente valoradas, não apenas as provas *directamente inconstitucionais*, como também aquelas outras que, de algum modo, delas derivem, «*sempre que exista uma conexão causal entre ambos os resultados probatórios*»). Posteriormente, no Ac. n.º 81/1998, o mesmo tribunal flexibilizou consideravelmente o alcance da sua primeira decisão, entendendo agora que a existência de uma *conexão causal* não implicaria, necessariamente, a ilicitude da prova derivada da prova originariamente ilícita, pois também seria necessário que entre ambas existisse uma «*conexão de antijuridicidade*», cfr. LLOBREGAT, José Garberí e RAMÍREZ, Guadalupe Buitrón, *La Prueba Civil, Doctrina, Jurisprudencia y Formularios sobre Prueba, Procedimiento Probatorio e Medios de Prueba en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, pp. 128, 129, 132 e 133 *apud* CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade...op. cit.*, pp. 64 e ss. Para mais considerações sobre a doutrina dos «*frutos da árvore envenenada*», vide JUNOY, Joan Picó, *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*, Jose Maria Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1996, pp. 354 e ss.

### 1.3. Direito brasileiro

No Brasil, é a própria Constituição<sup>293</sup>, no item LVI do art. 5º, que diz serem «*inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios lícitos*». No âmbito do CPC, o art. 369º do CPC brasileiro<sup>294</sup>, determina a inadmissibilidade dos *meios de prova que sejam moralmente ilegítimos*<sup>295</sup>.

Contudo, no âmbito do Processo Civil, antes da versão definitiva do CPC Brasileiro, aprovado pela recente Lei n.º 13.105, de Março de 2015, foi criado um anteprojecto do novo Código de Processo Civil e que consagrava o art. 257º, *parágrafo único*, que dispunha: «*A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos*». Esta última é uma norma bastante inovadora que aponta para a *admissibilidade da prova ilícita em certas condições*, através da ponderação dos valores em jogo, por via do *princípio da proporcionalidade*.

Este «novo vento», capaz de acompanhar a corrente do contemporâneo Processo Civil, defensor da *admissibilidade da prova ilícita* em certos casos, acabou por não ficar consagrado na versão consolidada no novo CPC Brasileiro e, desta forma, a prova ilícita continua a ser inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante, certa doutrina brasileira defende a admissibilidade processual da prova ilícita. V.g., BARBOSA MOREIRA afirma ser mais prudente conceder ao julgador a liberdade para apreciar a situação concreta, «(...) tendo em conta a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade do litigante em demonstrar a veracidade das suas alegações através de procedimentos totalmente ortodoxos (...)»<sup>296</sup>, com recurso ao *princípio da proporcionalidade*, e decidindo sempre com a devida fundamentação.

### 1.4. Direito inglês

Quer no âmbito Processual Civil, quer no âmbito Processual Penal, no direito inglês, vigora o princípio da *admissibilidade da prova ilícita*, ainda que no Processo Penal sofra algumas limitações, nomeadamente nos seguintes casos: 1) Se a confissão incriminatória do suspeito for realizada voluntariamente<sup>297</sup>, 2) No caso de a obtenção da

<sup>293</sup> Ou «lei maior», noutra terminologia.

<sup>294</sup> Dispõe que: «*As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz*».

<sup>295</sup> Estes meios de prova são aqueles cujo método de obtenção implicou a violação da lei material ou constitucional.

<sup>296</sup> Cfr. MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Restricciones a la Prueba en la Constitución Brasileña*, pp. 129, disponível em <http://www.publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/viewFile/212/pdf>. A tradução é nossa.

<sup>297</sup> CROSS e WILKINS referem as seguintes razões para exigir uma confissão voluntária: 1) Incredibilidade da confissão voluntária, 2) Estímulo da polícia quanto a actividades contrárias ao Direito, no caso de a confissão voluntária ser aceite e, 3) Influência do princípio nos termos do qual é de condenar qualquer

prova ter ocorrido de forma desleal perante o agente<sup>298</sup> e, 3) No caso de o julgador, discricionariamente, entender que a prova tem um efeito totalmente desproporcionado, quanto ao seu valor probatório, sobre os jurados, ou se entender estar perante uma confissão voluntária obtida ou em violação das *Judges's Rules* ou em circunstâncias que teriam levado a que o arguido se auto-incriminasse injustamente<sup>299</sup>.

Desta forma, o que realmente importa averiguar é se o meio de prova é ou não relevante pois, em regra, o tribunal não se preocupa com o modo como esse meio de prova foi obtido<sup>300</sup>.

### 1.5. Direito norte-americano

No ordenamento jurídico norte-americano, a tendência vai no sentido da admissibilidade da prova ilícita no Processo Civil porque se tem entendido que a *regra de exclusão (exclusionary rule)*<sup>301</sup> apenas é válida para as autoridades públicas que, no âmbito do Processo Penal, obtenham provas devido à violação de normas constitucionais (não sendo válida para os particulares)<sup>302</sup>.

---

artifício tendente a levar uma pessoa a incriminar-se a si mesma. Nos casos em que a confissão voluntária tenha sido determinada pelo medo de prejuízo ou esperança de vantagem, induzidos por uma autoridade (agente da polícia, magistrado, etc.), ou quando advenha de coação, sempre será de refutar tal confissão, cfr. CROSS e WILKINS, *Na Outline of the Law of Evidence*, pp. 162 a 165 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 165, nota 472.

<sup>298</sup> No âmbito Processual Penal, esta limitação ao *princípio da livre admissibilidade da prova ilícita* surgiu na sequência dos casos *Kuruma, Son of Kanju v. R.* (1955), *King v. R.* (1969) e *Jefery v. Black* (1978).

<sup>299</sup> A possibilidade do juiz utilizar o seu poder discricionário nas duas hipóteses referidas tem origem no caso *R. v. San*. Segundo CROSS e WILKINS, daí resultará «*que o juiz tem o poder de excluir uma prova obtida na sequência de uma busca ilegal, quando o consentimento do arguido para esse efeito se deveu a engano*»; bem como o poder de excluir os «*frutos da árvore envenenada*» (ou seja, as provas que hajam sido obtidas na sequência de provas ilícitas), se for necessário para assegurar ao arguido um processo justo. Uma ressalva: no direito processual norte-americano, excluir provas ilícitas derivadas, é um *dever* do juiz (e não um mero poder discricionário deste) *apud* CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade...op. cit.*, pp. 64 e ss.

<sup>300</sup> Nas palavras de R. J. WALKER, «*o melhor é considerar que a prova é admissível, se for relevante para os assuntos em questão. Se for, é admissível, não se preocupando o tribunal com a forma como as provas foram obtidas*», cfr. *The English Legal System*, pp. 601 *apud* CASANOVA, J. F. Salazar, *Provas Ilícitas em Processo Civil Sobre a Admissibilidade e Valoração de Meios de Prova Obtidos pelos Particulares*, in *Revista Direito e Justiça*, pp. 103. A tradução é nossa.

<sup>301</sup> Trata-se de um instituto que ficou consagrado, nos EUA, a partir do caso *Weeks v. United States* (1914), no qual o *Supreme Court* decidiu que toda a prova que tenha sido obtida por agentes federais, em processos federais, com violação de normas constitucionais, é uma prova ilícita. Nessa linha, posteriormente, veio a ser consagrada a doutrina dos «*frutos da árvore envenenada*» (*fruits of the poisonous tree*), a partir da sentença proferida no caso *Silverthorne LumberCo v. United States* (1920), segundo a qual os tribunais passaram a poder excluir *provas derivadamente obtidas* a partir de práticas ilegais levadas a cabo pelas autoridades policiais: a *prova derivada* (o «*fruto*») estaria assim «*contaminada*» por ter origem numa prova ilícita («*árvore envenenada*»). A principal finalidade era limitar a actividade policial quanto a buscas e apreensões ilegais, cfr. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, *Provas Ilícitas...op. cit.*, 6.<sup>a</sup> ed., pp. 74 e ss.

<sup>302</sup> O caso *Sackler v. Sackler* (1964) constitui um exemplo em que o Supremo Tribunal norte-americano considerou inadmissível a prova obtida através de uma investigação levada a cabo por detectives particulares, cfr. ABRANTES, José João, *Prova Ilícita...op. cit.*, in *Revista Jurídica*, pp. 22.

Procurando aprofundar a questão, SMIT<sup>303</sup> discute se há possibilidade de estender ao Processo Civil dois princípios vigentes no Processo Penal norte-americano, que são: 1) O *princípio da protecção contra a auto-incriminação (privilege against self-incrimination – V Emenda)* e, 2) O *princípio da proibição de buscas e apreensões arbitrárias (prohibition of unreasonable searches and seizures – IV Emenda)*.

Do primeiro dos princípios referidos decorre, v.g., serem inadmissíveis as declarações, obtidas pela polícia, sem aviso prévio ao declarante dos seus direitos constitucionais (nomeadamente, o seu direito ao silêncio)<sup>304</sup>. Ora, segundo SMIT, esta regra também deve ter aplicação no âmbito do Direito Processual Civil. Todavia, não podemos olvidar-nos de que a jurisprudência norte-americana a desenvolveu no âmbito do Direito Processual Penal de forma a controlar eventuais acções abusivas da polícia (não dos particulares) e, por isso, como em Processo Civil na esmagadora maioria dos casos em que é obtida uma prova ilícita são os particulares a levar a cabo essa acção, essa regra de inadmissibilidade não poderá abranger tais situações<sup>305</sup>.

Relativamente ao segundo princípio<sup>306</sup>, de entre as várias razões que o justificam merece destaque a de *dissuasão dos órgãos policiais quanto a futuras práticas similares*. Todavia, os tribunais norte-americanos vieram estabelecer *duas excepções* a essa regra: 1) *Erro de boa fé* e, 2) *Mera violação técnica*.

A primeira das excepções – a excepção de *boa fé*<sup>307</sup> - traduz-se na não exclusão da prova obtida por meios ilícitos nas situações em que a sua obtenção, por parte dos agentes policiais, ocorreu no decurso de operações realizadas de boa fé, com base numa convicção razoável, apesar de errada, de que possuíam autorização judicial para as mesmas<sup>308</sup>.

Já a segunda das excepções, nas palavras de DAWSON, assenta «(...) *numa série de decisões, nas quais a prova não foi excluída apesar de a acção da polícia ter sido julgada ilegal, na medida em que esta tinha confiado num mandado ou numa lei posteriormente considerada inconstitucional*»<sup>309</sup>.

Apresentando o *princípio da proibição de buscas e apreensões arbitrárias* como principal fundamento do mencionado efeito dissuasório dos órgãos de polícia, então tal regra não será aplicável no âmbito do Processo Civil quando a busca ou apreensão haja sido efectuada por *particulares*.

---

<sup>303</sup> Cfr. SMIT, Hans, *Constitutional Guarantees in Civil Litigation in the United States of America*, pp. 461 a 463 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 167.

<sup>304</sup> Cfr., nesse sentido, a decisão de 1966 do *Supreme Court*, a propósito do caso *Miranda v. Arizona*.

<sup>305</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 167.

<sup>306</sup> Foi imposto nos tribunais federais na sequência do processo *Weeks v. United States* (1914), e ampliado aos tribunais federados na sequência do processo *Mapp v. Ohio* (1961).

<sup>307</sup> Foi introduzida pelo *Court of Appeals*, no processo *US v. Williams*.

<sup>308</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 168.

<sup>309</sup> Cfr. DAWSON, J. B., *The Exclusion of Unlawfully Obtained Evidence: a Comparative Study*, pp. 517 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 168.

Na hipótese de tais diligências serem realizadas por entidades policiais e, concomitantemente, as provas que daí resultarem serem apresentadas em Processo Civil, SMIT<sup>310</sup> defende a admissibilidade da prova ilícita com base em duas razões: 1) O efeito dissuador não necessário nas acções cíveis (porque as buscas inconstitucionais, geralmente, não são efectuadas no contexto das acções civis) e, 2) A protecção sob a forma de exclusão da prova obtida por meios ilícitos é muito mais relevante nas acções criminais (por haver o risco de prisão).

ISABEL ALEXANDRE critica ambas as razões, por dois motivos: 1) A exclusão da prova pode funcionar para sancionar os agentes da polícia no caso de estes prosseguirem objectivos pouco normais e, 2) Em determinadas situações, podem as sanções civis significar consequências mais penosas do que as penas<sup>311</sup>.

### 1.6. Direito alemão

Nos últimos anos, os tribunais germânicos têm dispensado especial atenção ao estudo das provas ilícitas (quer no Processo Penal, quer no Processo Civil), acentuando a importância da *busca da verdade material* e da *protecção dos direitos individuais*.

Assim, são *inadmissíveis* meios probatórios cuja obtenção tenha lesado direitos constitucionais individuais.

Todavia, caso se demonstre que são a *única via possível e razoável* de defender outros valores que, no entendimento do tribunal e tendo em conta o caso concreto, devam ser considerados superiores, são tais provas excepcionalmente *admissíveis* em juízo<sup>312-313</sup>.

Sintetizando, do que se trata, afinal, é de um *conflito de interesses* cuja solução passará sempre pela análise do *caso concreto* e pelo uso de um *critério de proporcionalidade*. Como refere JOSÉ ABRANTES, «a admissibilidade das provas obtidas através de actos violadores dos preceitos constitucionais apenas poderá ter por base (...) o facto de se mostrar serem essas provas o único e proporcionado (em relação à importância do fim que se pretende obter) meio de o utilizador se proteger contra a violação de outros direitos de valor constitucional, isto é, para citarmos Capelletti, o facto de se constatar que a sua inadmissibilidade produziria resultados desproporcionados, inusuais, repugnantes»<sup>314</sup>.

---

<sup>310</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 169.

<sup>311</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 169.

<sup>312</sup> Cfr. ABRANTES, José João, *Prova Ilícita*, in Revista Jurídica, pp. 28.

<sup>313</sup> MONTÓN REDONDO assinala que, de uma forma geral, «a garantia constitucional entra em jogo sempre que aos interesses nela tutelados não se sobreponha um outro, cuja protecção deva, no caso concreto, ter-se por prioritária», cfr. REDONDO, Alberto Montón, *Nuevos Medios de Prueba y La Posibilidad de su Uso en el Proceso*, pp. 201 *apud* CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade...op. cit.*, pp. 64 e ss.

<sup>314</sup> O autor exemplifica com a gravação de uma conversa sem conhecimento do interlocutor. Nesta linha, o Supremo Tribunal alemão, numa decisão de 20/05/1958, considerou inadmissível uma gravação efectuada com fins de legítima defesa, por ser referente a ameaças verbais proferidas com intuítos de extorsão, cfr.



## 1.7. Direito italiano

No ordenamento jurídico italiano, a jurisprudência vem demonstrando abertura quanto à eventual admissibilidade da prova que seja ilicitamente obtida por particulares.

Tendo em conta a orientação dominante, o art. 13º, n.º3, da Constituição Italiana proíbe a utilização da prova ilicitamente obtida por *autoridades públicas*, cessando tal proibição na hipótese de ser um *particular* a praticar o ilícito. Nesta última situação, seria o acto ilícito reprimido mediante o *ressarcimento do lesado*<sup>315</sup>.

Nesta linha, defende G. F. RICCI que, sempre que a ilicitude se refira a uma actividade material que seja anterior à produção do documento em juízo, mantém a prova documental ilícita todo o seu valor na lide, tudo decorrendo como se a prova pré-constituída houvesse sido desenvolvida regularmente.

Aliás, para este autor, o facto de um comportamento estar ferido de ilicitude não implica que seja sancionado com a nulidade, pois entende que há *outras sanções* (v.g., de cariz penal) que podem perfeitamente conter o efeito dissuasório que se pretende com a proibição das provas ilícitas. A acrescer, a possibilidade de uso da prova, que foi ilegalmente obtida, possui *limites* (estes deverão ser determinados de modo claro, sempre respeitando o princípio do *contraditório* e da *defesa*, princípios inderrogáveis de todo o processo)<sup>316</sup>.

## 2. Soluções – teses em debate

A Revolução Francesa de 1789 constitui um marco histórico, relativamente ao lugar de destaque que os direitos fundamentais devem assumir na sociedade, mas apenas a partir do século XX é que a problemática da prova ilícita foi registando pequenos avanços, emergindo várias teses quanto à (in)admissibilidade da mesma, pois durante um grande lapso de tempo não assumiu a prova ilícita qualquer relevo processual, por a grande finalidade processual ser a busca da *verdade material*.

Da nossa passagem pelos vários ordenamentos jurídicos, constatamos que, neste âmbito, as soluções estão, sobretudo, direccionadas para o Processo Penal, algo que se

---

REDONDO, Alberto Montón, *Nuevos Medios de Prueba y La Posibilidad de su Uso en el Proceso*, pp. 201 *apud* CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade...op. cit.*, pp. 64 e ss

<sup>315</sup> Cfr. ABRANTES, José João, *Prova Ilícita*, in *Revista Jurídica*, pp. 30. Também, neste sentido, REDONDO, Alberto Montón, *Los Nuevos Medios de Prueba y la Posibilidad de Su Uso en el Proceso*, pp. 196 e 197 *apud* CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade...op. cit.*, pp. 64 e ss. Para mais considerações sobre a prova ilícita e a Constituição italiana, *vide* VIGORITTI, Vincenzo, *Prove Illecite e Costituzione*, in *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXIII, II Série, 1968, pp. 64 a 73.

<sup>316</sup> Cfr. G. F. RICCI, *Le Prove Illecite nel Processo Civile*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* pp. 70. 74 e 82 *apud* CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade...op. cit.*, pp. 64 e ss.

verifica especialmente nos países de *Common Law*<sup>317</sup>, onde prevalece a *regra da admissibilidade da prova ilícita*, quanto aos particulares.

Além do mais, no âmbito do Processo Penal parte-se da ideia nuclear de que os valores aí envolvidos são dotados de elevada complexidade e, muitos deles, pessoalíssimos, necessitando imperativamente de disposições concretas, v.g., arts. 32º, n.º8, da CRP, 126º do CPP e 5º, LVI, da CF brasileira.

ISABEL ALEXANDRE entende que a prova ilícita é também um *problema político*, no sentido em que as soluções encontradas para aceitar ou rejeitar a prova ilícita são variáveis tendo em conta a valorização ou não do ser humano como prioridade dentro do processo. Nas ordens jurídicas de *pendor mais humanista*, é mais valorizado o direito fundamental violado, enquanto nos ordenamentos *menos humanista*, privilegia-se mais a descoberta da verdade material; assim, nos primeiros defende-se a *inadmissibilidade* da prova ilícita, enquanto nos segundos a mesma é *admitida*<sup>318</sup>.

Em Processo Civil, a análise desta figura foi quase sempre relegada para segundo plano (pois, em Processo Civil, além da dificuldade que o estudo do tema suscita, o problema não foi colocado de forma tão vincada como no Processo Penal) e, com a presente Dissertação, o que visamos é colocá-la no «primeiro lugar do pódio», se nos permitem tal expressão.

Apesar de a maioria dos ordenamentos jurídicos proibir a admissão da prova ilícita no Processo Civil, foram desenvolvidas basicamente três correntes doutrinárias sobre tal problemática: *admissibilidade*, *inadmissibilidade* e *admissibilidade em certas condições* da prova ilícita em Processo Civil.

## 2.1. Tese de admissibilidade da prova ilícita em Processo Civil

As *teses liberais* entendem que apenas se deve considerar ser uma prova *inadmissível* no processo quando houver um *impedimento na própria lei processual* e, deste modo, não tem a ilicitude material da prova qualquer relevo processual<sup>319</sup>. O meio de prova ilícito não pode ser rejeitado, mas o sujeito que o obteve, eventualmente, será sujeito a *sanções civis e/ou penais*<sup>320</sup>.

---

<sup>317</sup> BARBOSA MOREIRA defende que jamais existirá um ordenamento processual «*quimicamente puro*», visto que todos combinam, em certa dosagem, elementos do tipo romano-germânico e anglo-saxónico, cfr. MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Processo Civil Contemporâneo – Um Enfoque Comparativo*, in Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LV, nº 305, 2006, pp. 628 e 630 *apud* CORREIA, Tércia Matias, *A Prova...op. cit.*, pp. 107 e ss. 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, pp. 39 a 44.

<sup>318</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 15.

<sup>319</sup> Daí o carácter *liberal* desta teoria.

<sup>320</sup> Isto é, o tribunal aceita e admite a *prova ilícita*, mas a parte que a apresenta fica sujeita às consequências civis e criminais que decorrem da ilicitude de tal acto.

Com esta tese visa-se, sobretudo, reconstruir a realidade, colocando a *verdade material* como o objectivo primeiro e último.

Esta tese é seguida, sobretudo, por alguns países do *Common law*<sup>321</sup> e em alguns sectores de Itália, Espanha, Dinamarca e Finlândia, tendo como defensores ou autores alemães ADOLF SCHÖNKE e MUÑOZ SABATÉ e os norte-americanos WIGMORE, CARDOZO e FLEMING.

Na Alemanha e Itália<sup>322</sup>, a exclusão de uma prova ilícita é obrigatoriamente aplicada em *todo o processo* e *perante qualquer pessoa*, argumentando-se que a utilização desses meios de prova constitui uma continuação da acção ilícita originária, o que significa que tal exclusão apenas poderá ser processualmente sancionada à parte que dela se aproveitar.

Imagine-se que o demandante, no decurso de uma acção relativa a uma dívida cível, obtém um documento, no qual é possuidor legítimo, contra o próprio demandando. Perante tal facto, o juiz decide utilizar esta prova ilícita, condenando o demandado no pagamento da dívida. A doutrina italiana, nomeadamente G. F. RICCI, defende que o facto ilícito consiste no furto do documento e que o autor obteve a prova através de meios ilícitos devendo, como tal, ser responsabilizado civil e penalmente. Assim, a prova furtada consubstancia um comportamento doloso do autor e, como tal, estamos perante uma ilícita introdução da prova em juízo por parte do juiz<sup>323</sup>.

### 2.1.1. A irrelevância processual da ilicitude material

Segundo esta tese, devemos limitar-nos ao plano da valoração da prova para decidir sobre a sua admissibilidade no processo, olvidando-nos do modo como essa mesma prova foi obtida. Assim, a *prova ilícita* é admissível no Processo Civil, pois considera-se que este último se rege por valores próprios, tendo autonomia face ao direito material<sup>324</sup>, apenas se considerando inadmissíveis as *provas ilegítimas* (isto é, aquelas que implicam

---

<sup>321</sup> Em Inglaterra e no Canadá a admissibilidade da prova ilícita apenas se verifica no âmbito Processual Penal; no âmbito do Processo Civil, o problema não se tem colocado frequentemente na jurisprudência. Por seu turno, a Escócia e a Austrália, no âmbito do Processo Penal, tendem a negar a admissibilidade da prova ilícita, enquanto ao nível do Processo Civil adoptam a *tese intermédia*.

<sup>322</sup> Um exemplo: uma mulher encontra-se separada do pai do seu filho, estando este último a seu cargo, e recusando-se o pai a prestar-lhe alimentos, justificando com a sua situação de (alegado) desempregado. Mais tarde, descobre a mulher que tal situação de desemprego não é verdadeira, através de determinados documentos que o seu filho recolhe de um cofre em casa do pai. Perante este caso, SALAZAR CASANOVA entende que o tribunal não se deve limitar a não admitir a prova, devendo ir mais longe: ou seja, deve recusar quaisquer actos resultantes do conhecimento que lhe chegasse por via desse meio de prova. Tais meios de prova, no entendimento do autor, a serem admitidos, apenas o deveriam ser na hipótese de, no decurso de um depoimento testemunhal, a testemunha se referir a tais documentos. Cfr. CASANOVA, J. F. Salazar, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 104 e 105.

<sup>323</sup> Cfr. SANTOS, Paula Alexandra Magalhães dos, *Da Problemática...op. cit.*, pp. 90 e ss.

<sup>324</sup> Cfr., nesse sentido, GOLDSCMIDT, James, *Der Prozess als Rechtslage*, pp. 294 e ss. *apud* CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade...op. cit.*, pp. 75 e ss.

violação de normas processuais), pois a existência de normas processuais afastam-nas automaticamente do processo.

No ordenamento jurídico alemão, são defensores deste entendimento GOLDSCHMIDT<sup>325</sup> e NIESE<sup>326</sup>, entendendo que a «*inadmissibilidade de um acto processual não pode ser deduzida da ilicitude material de certa conduta*», pois o direito processual é regido por valores próprios e, nessa medida, autónomo face ao direito material.

Por seu turno, PETERS, com base em premissas semelhantes, defende que é admissível que o tribunal valore um documento que tenha sido obtido com base em acto ilícito, uma vez que não existe nenhuma norma processual que, expressamente, o proíba<sup>327</sup>.

Segundo o autor, essa admissibilidade não é fundada na prevalência do interesse público em obter a verdade em detrimento do interesse da parte contrária na protecção da sua esfera privada: esta doutrina ficou consagrada no acórdão de 1950 do *Obergerich* de Basileia<sup>328</sup>, mas não é defensável por PETERS porque, num último estágio, poderia levar a que fosse ignorada qualquer violação legal. Refere o autor que o «*argumento decisivo estará antes em que, não se podendo deduzir da ilicitude material uma consequência processual (...), falta pura e simplesmente uma proibição processual de prova e, assim, o documento será utilizável, sem quaisquer restrições. Mesmo nas situações de furto de correspondência, haverá a assinalar a inexistência de norma de competência para apreensões em processo civil, diferentemente do processo penal. Isto, aliado ao facto de que, mesmo neste ramo de direito, se verifica a tendência para considerar a violação de tal norma sem implicações ao nível da utilização das cartas ilicitamente apreendidas, reforça o argumento contrário a uma proibição de valoração*»<sup>329</sup>.

Na tentativa de superação desta teoria, a jurisprudência alemã concebeu uma espécie de *contrariedade à Constituição* como fonte de *proibições de prova*. TROCKER<sup>330</sup> entende que reconduzir os juízos de valor das normas materiais e processuais a uma origem comum seria inteiramente nova, encontrando-se presente, v.g., no conceito de «unidade do ordenamento jurídico» de KELLNER<sup>331</sup>. Todavia, tal levaria a que o art. 32º, n.º8, da CRP,

---

<sup>325</sup> Cfr. GOLDSCHMIDT, James, *Der Prozess als Rechtslage*, Springer, Berlin, pp. 294 e ss. *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 172.

<sup>326</sup> Cfr. NIESE, W., *Narkoanalyse als Doppelfunktionelle Prozesshandlung*, ZStW, 1951, pp. 216 e 217, *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 172.

<sup>327</sup> Cfr. PETERS, Egbert, *Die Verwertbarkeit Rechtswidrig Erlangter Beweise und Beweismittel im Zivilprozess*, pp. 152 a 154 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 173.

<sup>328</sup> Cfr. Ac. de 13/10/1950, Schweiz, JZ 1952, pp. 239.

<sup>329</sup> Cfr. PETERS, Egbert, *Die Verwertbarkeit...op. cit.*, pp. 152 a 154 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 172 a 174.

<sup>330</sup> Cfr. TROCKER, N., *Processo Civile e Costituzione...op. cit.*, pp. 594 e 595 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 172 a 174.

<sup>331</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 172 a 174.

fosse considerado desnecessário, pois a nulidade da prova poderia ser deduzida do simples facto de ter sido obtida através da violação de direitos fundamentais<sup>332</sup>.

Para ISABEL ALEXANDRE, a *tese da irrelevância processual da ilicitude material* não contém a solução para o problema da admissibilidade da prova ilícita em Processo Civil, por dois motivos: 1) Por um lado, entende que a interpretação da lei Processual Civil, ou o recurso à analogia, podem determinar a existência de *proibições de prova* para além daquelas que estão legalmente previstas e, 2) Por outro lado, o dogma da separação entre os ordenamentos (material e processual) não dá solução para a questão da admissibilidade da prova cuja ilicitude apenas é decorrente da sua produção em juízo<sup>333</sup>.

ISABEL ALEXANDRE defende que um argumento favorável à *tese da irrelevância processual da ilicitude material* é o seguinte: o depoimento testemunhal da pessoa vinculada a um *dever de segredo* pode ser valorado pelo julgador. Este argumento é enunciado por PLEYER<sup>334</sup> (apesar do autor não se apoiar nele para sustentar as suas conclusões) e permite defender que a ilicitude material (no caso concreto, a violação do *dever de segredo*, penalmente sancionada, nos termos do art. 195º do CP) não é necessariamente atendida em sede processual<sup>335</sup>.

### 2.1.2. O interesse na descoberta da verdade material

A *descoberta da verdade* foi, desde há muito, fundamento para justificar atrocidades, v.g., na II Guerra Mundial. Tal interesse é, também, encontrado em sede processual<sup>336</sup>.

Deste modo, o interesse na *descoberta da verdade* pode servir para justificar a admissibilidade (e conseqüente valoração) da prova ilícita ou pode, apenas, no caso da *prova ilegitimamente admitida* ou *invalidamente constituída*, ser invocado para defender a sua valoração em juízo.

---

<sup>332</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 172 e ss.

<sup>333</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 175.

<sup>334</sup> Cfr. PLEYER, K., *Schallaufnahme als...op. cit.*, ZZP 1956, pp. 330 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 172 a 174.

<sup>335</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 172 a 174.

<sup>336</sup> No âmbito do Processo Penal, destaca-se a problemática suscitada pelas *provas científicas*, v.g., a utilização da narcoanálise («*soro da verdade*») e do polígrafo («*detector de mentiras*») para fins probatórios sendo certo que, segundo ISABEL ALEXANDRE, o art. 126º, n.º2, *al. a*), do CPP parece não admitir tais métodos de prova, cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 182 e 183. No ordenamento jurídico alemão, a doutrina e a jurisprudência não admitem, em qualquer caso, o «*lie detector*» afastando, assim, o respectivo método de prova que constitui, nas palavras de MANUEL DE ANDRADE, uma «*devassa sobre a alma e as pulsões inconscientes do arguido*» e, por isso, é violador da dignidade humana, cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...op. cit.*, 2013, pp. 217. Para mais considerações sobre a *prova científica*, vide TARUFFO, Michele, *La Semplice Verità – Il Giudice e la Costruzione Dei Fatti*, Editora Laterza, 2009, pp. 213 e ss. Para mais considerações sobre o «*detector de mentiras*», vide PEREIRA, José António Teles, *A Máquina da Verdade ou o Crime Feito Espectáculo*, in *Revista Sub Judice*, n.º4, 1992, pp. 135 e 136.

Esta ideia está presente no pensamento de ADOLF SCHÖNKE. Para este ilustre autor, devemos encontrar, nos *princípios fundamentais*, a resposta à questão da (in)admissibilidade de provas ilícitas em Processo Civil<sup>337</sup>. De entre estes, encontramos o *princípio da investigação da verdade* que, segundo o autor, mostra o interesse que a colectividade tem em esclarecer a realidade dos factos e, desta forma, sempre que uma das partes pretenda apresentar no processo determinado meio de prova ilícito, estarão em conflito dois interesses públicos: o de *descoberta da verdade* e o de *protecção contra a obtenção ilegal de provas*. Nesta situação, segundo o autor, a *descoberta da verdade* deve prevalecer sobre o segundo interesse referido, pois este último poderá ser satisfeito através de sanções civis e criminais a aplicar, em sede própria, ao autor da lesão<sup>338-339</sup>.

Como argumento favorável a esta tese, podemos apontar o art. 418º, pois este preceito normativo permite que o interesse na descoberta da verdade seja sobreposto ao direito à privacidade das partes. Contrastando com o afirmando, surgem-nos, de imediato, vários preceitos que colocam em causa que a verdade seja obtida a todo o custo, v.g., os arts. 417º, n.º3, 434º, 454º, n.º2 e 490º, n.º1.

Desde logo, e v.g., surge o art. 417º, n.º3 que estabelece limites ao dever de cooperação das partes para a descoberta da verdade, sempre que tal signifique uma ofensa dos direitos de personalidade dos envolvidos no processo; depois, surge-nos o disposto no art. 434º, que se refere à recusa de entrega de documento justificada; posteriormente, o art. 454º, n.º2, que dispõe que são inadmissíveis os depoimentos sobre factos criminosos ou torpes, dos quais a partes seja arguida; e, por último, o art. 490º, n.º1, nos termos do qual, em caso de *inspecção judicial*, fica ressalvada a intimidade da vida privada e familiar e a dignidade humana.

Da mesma forma, o art. 359º do CC conjugado com o art. 464º, determina a nulidade ou anulação da confissão em caso de falta ou vícios da vontade, independentemente de corresponderem ou não à verdade<sup>340</sup>.

Do lado oposto, defende ALMAGRO NOSETTE (muito acertadamente), que se trata de uma tese situada nos antípodas daquilo que actualmente rege o Processo Civil, não devendo o *princípio da investigação da verdade* ser concebido em termos absolutos, pois «*não é a justiça “justiceira” aquilo que o processo procura, mas a solução justa do caso concreto, em harmonia com o ordenamento jurídico considerado como um todo e, desde*

---

<sup>337</sup> E não em *normas processuais*.

<sup>338</sup> Cfr. SCHÖNKE, Adolf, *Limites de la Prueba en el Derecho Procesal*, in Rev. de Der. Proc. 1955, pp. 374 apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 184 e 185.

<sup>339</sup> A decisão do *Obergericht* de Basileia, em acórdão de 13/10/1950, foi similar: considerou-se que seria maior a injustiça cometida através da não consideração, na sentença, de certos factos provados, do que aquela que seria cometida através da lesão do direito à privacidade das partes.

<sup>340</sup> V.g., uma confissão extrajudicial de dívida obtida através do recurso a ameaças ou agressões físicas (coacção moral).

logo, em conjugação com a essência mais nobre do mesmo ordenamento, a saber, o núcleo básico dos direitos humanos»<sup>341</sup>.

Em síntese, apesar da finalidade do nosso Processo Civil ser a *descoberta da verdade material*, sendo nesse contexto atribuídos *poderes de investigação* ao tribunal<sup>342</sup>, não se trata de um *princípio absoluto*, pois há *limites* que carecem de ser respeitados.

### 2.1.3. O dever de dizer a verdade

De acordo com esta tese, o *dever de verdade* seria uma forma de justificar a *admissibilidade* das provas ilícitas em Processo Civil: assim, pressupõe-se que o comportamento ilícito para obter o meio de prova está justificado pelo facto de a parte contrária se recusar a cumprir o *dever de veracidade processual* que sobre ela recai<sup>343</sup>.

Todavia, se tivermos em atenção o que dispõe o art. 454º, n.º2, constatamos que o *dever de veracidade processual* não abrange *factos criminosos ou torpes de que a parte seja arguida*. Assim, se o meio de prova se referir a algum desses factos, a sua inadmissibilidade não poderá ser fundamentada com base na violação do *dever de verdade*, que nestes casos não resiste<sup>344</sup>.

Segundo ISABEL ALEXANDRE, esta conclusão é reforçada pela articulação dos arts. 359º do CC com o 464º. V.g., uma confissão extrajudicial de dívida, obtida mediante coacção: neste caso, o meio de prova ilicitamente formado, através da utilização de um método proibido de prova, não poderá ser admitido com base na violação do *dever de veracidade* da parte contrária; esta é uma situação de ilicitude a que a tese de ROTH dificilmente dá resposta<sup>345</sup>.

ISABEL ALEXANDRE menciona que, sendo notável a vantagem daquele que grava secretamente as palavras de outrem, a prova que assim se seja obtida, a partir do momento em que fique demonstrada que foi obtida de for *ilícita*, será considerada uma *prova nula*, devendo tal nulidade ser declarada pelo juiz<sup>346</sup>.

### 2.1.4. A celeridade processual

Segundo alguma doutrina, a *celeridade processual* pode ser um fundamento favorável à *admissão* da prova ilícita no processo. Contudo, este é um argumento sem

---

<sup>341</sup> Cfr. NOSETTE, J. Almagro, *Garantias Constitucionales del Proceso Civil*, Justicia 1981, pp. 11 e 12 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 182 a 186.

<sup>342</sup> Nomeadamente, os resultantes dos arts. 5º, n.º2 e n.º3, 411º e 7º, n.º1 e n.º4.

<sup>343</sup> Cfr. ROTH, Alfons, *Die Prozessuale Verwendbarkeit Rechtswidrig Erlangter Beweisurkunden (Eine Entgegnung)*, pp. 715 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 176.

<sup>344</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 176 e 177.

<sup>345</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 176 e 177. Para mais considerações, vide 2.1.3.

<sup>346</sup> Cfr. REDONDO, Alberto Montón, *El Valor Probatorio...op. cit.*, pp. 1017 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 201 e 202.

consistência, pois a tese em análise, sufragada por ROTH<sup>347</sup>, tem como fundamento a ideia de que, admitida uma discussão entre as partes no processo quanto à admissibilidade da prova, esta colocaria em causa a celeridade no processo.

Seguindo esse entendimento, seria inconcebível um processo extraordinário dentro do Processo Civil, nos termos do qual, no primeiro deles, iriam ser colhidos argumentos favoráveis e desfavoráveis à admissibilidade de determinado meio de prova obtido ilicitamente. De tudo isto, resultaria uma lamentável perda de tempo que seria necessária à justa e célere decisão da lide.

De facto, a *celeridade processual* é uma das exigências do *acesso ao direito* e da *tutela jurisdicional efectiva*, nos termos do art. 20º, n.º2 e n.º4, da CRP. Todavia, esta não deve ser obtida a todo o custo devendo, nomeadamente, ser respeitado, nos termos do art. 3º, n.º3, o *princípio do contraditório*.

Tal ideia é uma decorrência do *princípio da audiência contraditória*, que se encontra previsto no art. 415º e, relativamente à *prova testemunhal*, podemos encontrar a influência do *princípio do contraditório*, v.g., nos arts. 515º (relativo ao incidente de impugnação de testemunhas), 521º (refere-se à contradita de testemunhas) e 523º (referente à acareação de depoimentos).

Nessa linha, ZEISS<sup>348</sup> (posição que corroboramos) defende que a celeridade processual não pode ser conseguida a qualquer custo, não se podendo sacrificar outros institutos processuais em nome da mesma, v.g., § 387 ZPO, relativo ao incidente de *recusa de depoimento*<sup>349</sup>.

## 2.2. Tese de inadmissibilidade da prova ilícita em Processo Civil

É defendida em França<sup>350</sup>, Espanha, Brasil e em alguns sectores dos EUA<sup>351</sup>. Tem muita influência e força também em Portugal.

Tratando-se de uma tese completamente *radical* ou *anti-liberal*, não deve, em caso algum, ser admitida no processo uma prova que se encontre ferida de ilicitude, pois o

---

<sup>347</sup> Cfr. ROTH, A., *Die Prozessuale Verwendbarkeit Rechtswidrig Erlangter Beweisurkunden*, JR, 1950, pp. 715 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 177.

<sup>348</sup> Cfr. ZEISS, W., *Die Verwertung...op. cit.*, pp. 384 e 385 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 177 e 178.

<sup>349</sup> Cfr., também neste sentido, CORREIA, Têssia Matias, *A Prova...op. cit.*, pp. 107 e ss.

<sup>350</sup> Em França, vigora a *inadmissibilidade* por completo, quer no Processo Civil, quer no Processo Penal.

<sup>351</sup> Nos Estados Unidos, na sequência do mediático caso da Suprema Corte de MAP v. OHIO, de 1961, prevaleceu o entendimento da *inadmissibilidade* no processo de todas as provas que violem direitos fundamentais. Todavia, não há uma resposta una para o problema da (in)admissibilidade da prova ilícita. Para maior desenvolvimento, *vide* pp. 70.



que releva são os valores fundamentais e, no dizer de ECHANDIA<sup>352</sup>, não pode o processo ser visto como «*um campo de batalha em que os fins justificam os meios*».

Entre nós, MARCELLO CAETANO<sup>353</sup>, no âmbito do Processo Disciplinar, e FIGUEIREDO DIAS<sup>354</sup>, na senda do Processo Criminal, são defensores desta tese, mas a grande defensora é ISABEL ALEXANDRE para quem o art. 32º, n.º8, da CRP deve ser analogicamente aplicado ao Processo Civil. No mesmo sentido, SILVA MALERO entende que quem apresente provas ilícitas no processo deve ser sancionado com a *nulidade* das mesmas<sup>355</sup>.

No nosso entender, qualquer sistema que rejeite a entrada da admissibilidade da prova ilícita no processo terá imperativamente, e tendo em conta que há interesses que carecem de protecção, de «amenizar» a rigidez de tal *regra* com a previsão de algumas *excepções*. Foi nessa sequência e com essa preocupação que surgiu, no direito brasileiro, o art. 5º, LVI, da CF, a impor uma *ponderação* de alguns direitos, *maxime*, direitos de personalidade e o direito à descoberta da verdade.

### 2.2.1. A unidade do sistema jurídico

Para a *tese da unidade do sistema jurídico*, o ordenamento jurídico é unitário, enquanto para a *tese da irrelevância processual da ilicitude material* o direito material e o direito processual têm de ser separados.

A *tese da unidade do sistema jurídico* defende ser a prova ilícita *inadmissível* no processo, com base na ideia de que a ordem jurídica não corresponde a um aglomerado de compartimentos estanques de cada um dos ramos do direito. E, porque assim entendem que é, o direito processual é influenciado por outros ramos substantivos, tendo de existir certa coerência, e sendo a *ilicitude* um conceito geral aplicado aos vários ramos do direito, a *nulidade*, por maioria de razão, segue a mesma lógica (v.g., se uma prova é considerada nula por uma ramo específico do direito, por maioria de razão, também deve estar ferida pela nulidade para a generalidade)<sup>356</sup>.

---

<sup>352</sup> Cfr. REDONDO, Alberto Montón, *El Valor Probatorio...op. cit.*, pp. 190 e 191 *apud* ABRANTES, José João, *Prova Ilícita...op. cit.*, pp. 14 a 16.

<sup>353</sup> Cfr. CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, 9ª edição, Tomo II, Lisboa, 1972, pp. 827 *apud* ABRANTES, José João, *Prova Ilícita...op. cit.*, pp. 14 a 16.

<sup>354</sup> Cfr. DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1974, pp. 462 e 463 *apud* ABRANTES, José João, *Prova Ilícita...op. cit.*, pp. 14 a 16.

<sup>355</sup> Cfr. REDONDO, Alberto Montón, *El Valor Probatorio...op. cit.*, pp. 189 *apud* ABRANTES, José João, *Prova Ilícita...op. cit.*, pp. 14 a 16.

<sup>356</sup> Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas Ilícitas, Interceptações e Escutas*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, pp. 147 a 149.

ALLORIO<sup>357</sup> e NUVOLONE<sup>358</sup>, dois dos defensores desta tese, invocando a autonomia do direito processual, estabelecem também uma *unidade* entre os sistemas jurídicos (de forma a que estes funcionem coerentemente na aplicação dos seus conceitos).

Contudo, a maioria da doutrina não defende esta tese. Como acertadamente menciona ZEISS<sup>359</sup>, a ilicitude material tem origem numa *conduta proibida pelo direito* (e não num resultado), com a finalidade 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 si*, constituir fundamento para a sua não admissibilidade no processo. Também em oposição à tese de unidade do ordenamento jurídico, COMOGLIO<sup>360</sup> entende que o recurso a tal conceito não é justificação para acolher uma noção tao genérica de «*contrariedade ao direito*», pois quanto aos limites de admissibilidade de uma prova, a norma processual é sempre «*lex specialis*». Assim, uma violação do direito material não pode ter apenas por fundamento normas processuais para excluir a valoração da prova.

Todavia, parece complicada a possibilidade de, sem mais, extrair da ilicitude material a inadmissibilidade da prova ilícita no processo pois, caso contrário, ficariam sem sentido algumas disposições normativas, v.g., os arts. 417º, n.º3 e 32º, n.º8, da CRP.

Mas, com isso, não estamos a refutar a ideia de que a unidade é uma característica do sistema jurídico. Nas palavras de ISABEL ALEXANDRE «*Apenas se contesta que essa unidade imponha que da ilicitude de uma conduta se retire a inadmissibilidade processual do resultado dessa conduta, pois não é seguro que a admissibilidade da prova ilícita signifique (pelo menos quando ela é obtida extrajudicialmente) uma contradição com a valoração feita pelo direito material*»<sup>361</sup>.

---

<sup>357</sup> ALLORIO também configura a *ilicitude material* como um caso de *inadmissibilidade processual*, ainda que de forma diferente pois, para este autor, a condição de eficácia probatória de um documento é determinada pela validade do acto processual da sua apresentação no processo (não do documento em si). O autor refere que: «(...) parece que a ilicitude da apresentação do documento subtraído ou ilicitamente detido pode perfeitamente configurar-se como um caso de inadmissibilidade do acto processual de apresentação (...)» e, nessa medida, o documento não pode contribuir para formar a convicção do julgador. Em síntese: a conduta ilícita que está na origem da obtenção do meio de prova é equiparada ao *acto processual irregular* mas, após uma análise mais minuciosa, constatamos que o documento ilicitamente obtido não está afectado de ilicitude quanto à sua apresentação no processo, pois a ilicitude ocorreu em momento anterior. Assim, é difícil estabelecer um paralelismo com os casos de invalidade do acto processual na apresentação do documento, sujeito ao regime do art. 195º. Cfr. ALLORIO, Enrico, *Efficacia Giuridica di Prove Ammesse ad Esperite in Contrasto com un Divieto di Legge?*, pp. 870 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Illicitas...op. cit.*, pp. 202.

<sup>358</sup> Cfr. NUVOLONE, *Le Prove Vietate nel Processo Penale nei Paesi di Diritto Latino*, pp. 442 e ss. *apud* AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, *Provas Illicitas...op. cit.*, 6.ª ed., pp. 54.

<sup>359</sup> Cfr. ZEISS, W., *Die Verwertung...op. cit.*, pp. 382 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Illicitas...op. cit.*, pp. 189 e 190.

<sup>360</sup> Cfr. COMOGLIO, *Il Problema Delle Prove Illecite Nell'azione Esperienza Angloamericana e Germanica*, 1996, p. 352 *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas Illicitas...op. cit.*, pp. 177.

<sup>361</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Illicitas...op. cit.*, pp. 190.

### 2.2.2. O dolo não aproveita ao seu autor

A tese de que o dolo não aproveita ao seu autor tem origem numa anotação, realizada por CARNELUTTI, ao acórdão da *Corte d'Appello* de Milão, de 5 de Abril de 1934, onde se defendia não ser admissível a prova ilícita em Processo Civil. De acordo com esta tese, a prova ilícita é inadmissível em Processo Civil quando tal prova se revele benéfica para a parte que a pretende utilizar.

No ordenamento jurídico italiano, segundo CARNELUTTI, em regra, a parte que tenha obtido um documento de forma ilícita não possui qualquer direito de o exhibir. Se esta é a regra, as exceções seriam as seguintes: 1) Se a exibição pudesse ser obtida por via executiva, 2) Se, recusando a parte contrária exhibir o documento, daí decorresse necessariamente uma situação equivalente à resultante da exibição e, 3) Se a parte que ilicitamente tivesse obtido o documento de outrem fosse sua proprietária ou comproprietária. Nestas situações excepcionais, o ilustre autor considera que, apesar da prova ter sido obtida através de métodos ilícitos, como a parte que a pretende apresentar não fica beneficiada, nada há a objectar à sua valoração.

A situação é divergente quando a lei apenas atribui ao juiz um *poder*<sup>362</sup> de extrair da recusa em exhibir o documento uma presunção não benéfica para a parte que o detém. De acordo com CARNELUTTI, esta é a solução consagrada em Itália: o legislador teria estabelecido uma *presunção judicial* contra a parte que houvesse desobedecido à ordem de exibição do documento; ou seja, a lei italiana fazia recair um ónus sobre a pessoa que se recusava a entregar o documento solicitado<sup>363</sup>.

Assim, entende o autor que o acto de apresentação do documento ilicitamente obtido deve ser considerado *ineficaz*, por entender que a parte infractora ficará numa posição de maior vantagem face àquela em que estaria se tivesse actuado licitamente: se esse documento for valorado, a parte verá demonstrados os factos que alegou (na situação oposta, apenas será beneficiária de uma *presunção judicial* desfavorável à parte contrária). Considerar *ineficaz* o acto de apresentação do documento será assim «(...) a reacção elementar da ordem jurídica contra a iniúria e precisamente uma forma de restituição»<sup>364</sup>.

MONTÓN REDONDO, por seu turno, de forma a justificar a nulidade processual das *gravações ilícitas*, recorre ao princípio segundo o qual *o dolo não aproveita ao seu autor*<sup>365</sup>.

---

<sup>362</sup> E não um *dever*.

<sup>363</sup> Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Illecita Produzione di Documenti*, pp. 63 e ss., e *Sistema di Diritto Processuale Civile*, vol. I, pp. 727 e 728 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 195 a 198.

<sup>364</sup> Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, vol. I, pp. 729 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 197.

<sup>365</sup> Cfr. REDONDO, A. Montón, *El Valor Probatorio de las Grabaciones Magnetofónicas*, in *Revista de Derecho Privado*, pp. 1005 e 1010 a 1017 *apud* CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade...op. cit.*, pp. 75 e ss.

De acordo com o autor, a legislação espanhola só regularia, expressamente, os *documentos escritos*, devendo a aplicação analógica dessas normas às *gravações*<sup>366</sup> ser feita com o maior dos cuidados. No seu ponto de vista, o *princípio da irrelevância processual da ilícita obtenção de documentos*, estabelecido jurisprudencialmente, não lhe poderia ser analogicamente aplicado, devido à natureza diversa do documento escrito e da gravação: o primeiro, existe antes de ter ocorrido a prática do facto ilícito (isto é, o ilícito apenas vai converter em meio de prova algo que já pré-existe), ao passo que a segunda é criada por intermédio dele (o ilícito constitui o próprio meio de prova como tal).

Por isso, MONTÓN REDONDO argumenta que, quanto às *gravações*, estamos perante uma *lacuna*, devendo tal situação ser resolvida recorrendo aos *princípios gerais de direito*, entre os quais estaria o princípio de que «*o dolo não aproveita à pessoa que o comete*», que o autor defende ser aplicado à situação em análise. Sendo gritante a vantagem daquele que, em segredo, grava as palavras de outrem, segundo o autor, tal meio de prova deveria ser sancionado com a *nulidade*, assim que se encontrasse demonstrada a ilicitude na sua obtenção.

Quanto ao ordenamento jurídico português, ISABEL ALEXANDRE defende que não devemos excluir a possibilidade de recorrermos ao princípio geral de que *o dolo não deve aproveitar ao seu autor*, pois a analogia *iuris* está compreendida no art. 10º, n.º2, do CC. Todavia, segundo a autora, temos de distinguir duas hipóteses: 1) Meios de prova em poder da parte contrária, sobre a qual recai um dever de os exhibir, depois obtidos de modo ilícito e 2) Meios de prova ilícitos, que desde a sua origem estão na posse do apresentante (v.g., uma gravação secreta), ou ilicitamente obtidos pela parte contrária, não recaindo sobre esta um dever de os exhibir.

Na primeira situação, geralmente a conduta daquele que obtém o documento não significa qualquer benefício para o infractor, pois o art. 344º, n.º2, do CC, determina que haja a *inversão do ónus da prova* à contraparte que culposamente tiver impossibilitado a prova ao onerado; já na segunda situação, a conduta daquele que ilicitamente obtém a prova implica um benefício para si, pois se a parte tivesse actuado licitamente, não teria obtido os mesmos resultados<sup>367</sup>.

ISABEL ALEXANDRE menciona não ter qualquer justificação a existência de sanções processuais além das legalmente previstas na lei civil ou penal, pois estas são suficientes para punir a conduta da parte que obteve o meio de prova<sup>368</sup>.

---

<sup>366</sup> Dando conta da frequência com que são relatadas situações de gravações resultantes de escutas telefónicas clandestinas e afirmando que, recentemente, um importante jornal do Rio de Janeiro «(...)divulgava que um determinado candidato a cargo eletivo majoritário já possuía diversas fitas gravadas incriminadoras do candidato adversário, que retrucou afirmando possuir outras tantas», acabando por concluir que existe já um «mercado de provas ilícitas», vide Revista de Direito Administrativo, Fundação Getúlio Vargas, Julho/Setembro 1998, n.º 213, pp. 161.

<sup>367</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 201 e 202.

<sup>368</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 202.

Em síntese, os defensores dessa posição entendem que o autor não pode beneficiar do acto ilícito, ou seja, o que pretendem significar é que *o dolo não pode aproveitar ao seu autor*.

### 2.2.3. A dissuasão de comportamentos ilícitos

Poderia, ainda, ser defendida a tese de que a inadmissibilidade da prova ilícita constitui um desincentivo à prática de actos ilícitos pelas partes<sup>369</sup>.

Todavia, entendemos ser essa função já desempenhada pelo *direito material*, traduzindo-se a *inadmissibilidade* da prova ilícita em Processo Civil numa *sanção acessória*. Tal sanção, em oposição ao que sucede com as sanções civis ou penais, não poderia ser medida: assim, as nossas opções seriam sempre entre a admissibilidade e a inadmissibilidade da prova ilícita, inexistindo espaço para circunstâncias *atenuantes* ou *agravantes*, dependendo das características do caso<sup>370</sup>.

### 2.2.4. O dever de o juiz denunciar os crimes praticados em audiência

Segundo esta teoria, não pode a prova ilícita ser admitida e/ou valorada no processo, pois o juiz tem o dever de, em audiência, denunciar os crimes praticados. Assim, do art. 242º, n.º1, *al. b*), do CPP retirar-se-ia a ideia segundo a qual o Processo (Penal ou Civil) afasta a prática dos actos ilícitos<sup>371</sup>.

Todavia, tal norma está consagrada no âmbito do Processo Penal (e não do Processo Civil), tendo como finalidade garantir a perseguição penal ao infractor, não estabelecendo nenhuma sanção acessória para a conduta ilícita. A acrescer, a utilização processual de determinados meios de prova (*v.g.*, gravações, fotografias ou filmes), só no caso de ter sido apresentada queixa (arts. 199º, n.º3 e 198º do CP, e 242º, n.º3, do CPP) é que dará início ao procedimento criminal não existindo, nestas situações, um dever de denúncia por parte do juiz<sup>372</sup>.

---

<sup>369</sup> Esta tese é perfilhada por SIEGERT, Karl, *Die Aussergerichtlichen Tonbandaufnahmen und Ihre Verwertung im Zivilprozess*, pp. 690, por GOTTFRIED, *Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren*, pp. 103 e 104 e por HABSCHEID, Walther J., *Das Persönlichkeitsrecht als Schranke der Wahrheitsfindung im Prozessrecht*, pp. 856, *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 206 e 207. Este é, de resto, o grande fundamento das *proibições de prova* no direito norte-americano.

<sup>370</sup> Neste sentido, KODEK, Georg E., *Rechtswidrig Erlangte Beweismittel im Zivilprozess (Eine Untersuchung der Österreichischen, Deutschen und Amerikanischen Rechtslage)*, pp. 114 a 116 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 208.

<sup>371</sup> Este raciocínio foi elaborado por HANS KELLNER em torno do § 183 do GVG (de conteúdo semelhante ao disposto no art. 242º, n.º1, *al. b*) do CPP) que estabelece terem os funcionários o dever de denunciarem os crimes de que tomarem conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas, *cfr. Verwendung Rechtswidrig Erlangter Briefe als Beweisurkunden in Ehesachen*, pp. 271 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 190 e 191.

<sup>372</sup> *Cfr.* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 192.

### 2.2.5. Consagração constitucional: proibição de valoração da prova ilícita

A «*nova corrente*» pretende introduzir uma dose de flexibilização na interpretação legal das normas constitucionais e, como resultado de tal actuação, proteger a liberdade e dignidade humanas. Contudo, com o possível declínio da rigidez constitucional, surge a pertinência da nossa reflexão, pois a ilicitude material na obtenção da prova e a sua admissibilidade no processo são fundamento de inconstitucionalidade<sup>373</sup>.

ADA GRINOVER<sup>374</sup> afirma ser de toda a pertinência encontrar o equilíbrio entre o custo e o benefício desse novo entendimento e, nesse contexto destaca, *v.g.*, os Estados Unidos, que ainda consideram inconstitucionais as provas reputadas como ilícitas, (impedindo a 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*. Aliás, em Itália, a doutrina defende a inadmissibilidade da prova ilícita, «*mesmo quando inexistia norma processual que a considere inadmissível*», sendo tal rejeição baseada na sua inconstitucionalidade, sempre que o acolhimento da prova ilícita implique uma violação de alguma norma ou princípio geral da Constituição<sup>375</sup>, defendendo os autores dessa corrente que é inadmissível a utilização da prova ilícita no processo.

### 2.3. Tese da admissibilidade da prova ilícita em certas condições

Para os defensores desta tese *mista*, a questão da (in)admissibilidade da prova ilícita redonda num *conflito de interesses* que só caso a caso, com a *ponderação de todos os bens e valores envolvidos*, pode ser resolvida. Nesta linha podemos ter, *v.g.*, a descoberta da verdade material relegada para segundo plano face a um interesse individual em proteger um direito fundamental<sup>376</sup>.

HABSCHEID, um dos defensores desta tese, refere que obter um meio de prova através da violação de direitos fundamentais é *inadmissível*; mas, a prova já será *admissível* na hipótese de, embora obtida por meios ilícitos, não afectar esses direitos superiores<sup>377</sup>.

O grande objectivo é alcançar a *verdade material*, da forma mais justa possível. Todavia, sendo o *direito à prova* um direito fundamental, tem de ser realizada uma dupla ponderação: 1) Por um lado, o *direito à prova* e o *direito a uma decisão justa* e, 2) Por outro lado, os *direitos fundamentais* constitucionalmente protegidos e os *princípios* que devem reger toda a actuação processual. Em qualquer caso, a *verdade material* não deve ser obtida a qualquer preço.

<sup>373</sup> Cfr. CORREIA, Tércia Matias, *A Prova...op. cit.*, pp. 107 e ss.

<sup>374</sup> Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 150.

<sup>375</sup> Cfr. VESCOVI, *Premissas Para la Consideración Del Tema de la Prueba Ilícita*, Rev. Ib. Am. Der. Proc., 1960, pp. 355 e 361 e *Provas Ilícitas*, Rev. Proc. Ger. Est. S.P., n. 13/15, 1978/1979, pp. 381 e 382 *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 151.

<sup>376</sup> Cfr. ABRANTES, José João, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 16.

<sup>377</sup> Cfr. REDONDO, Alberto Montón, *El Valor Probatorio...op. cit.*, pp. 196 *apud* ABRANTES, José João, *Prova Ilícita...op. cit.*, pp. 14 a 16.

Em princípio, as provas obtidas através de actos lesivos de direitos individuais são *inadmissíveis* no âmbito Processual Civil e Processual Penal, independentemente de serem obtidas por autoridades públicas ou por particulares<sup>378</sup>.

Em primeiro lugar, temos de analisar se o meio de prova é ou não essencial para a *descoberta da verdade*<sup>379</sup>; seguidamente, tem de ser respeitado o *princípio da proporcionalidade*<sup>380</sup>. Só após o cumprimento destas duas etapas se pode decidir pela (in)admissibilidade da prova.

Assim, se por um lado, a nossa ordem jurídica visa, como fim principal, a *justa composição do litígio*, levando à admissibilidade de *todas* as provas na lide, por outro lado, a prova está limitada pela protecção dos direitos fundamentais. Por isso, neste «jogo onde não há vencedores nem vencidos», mas apenas o cumprimento da justiça<sup>381</sup>, seguimos o ponderado entendimento de MIGUEL MESQUITA: a *prova ilícita* deverá sim ser *admissível* no processo, mas apenas na hipótese de ser a *única* prova que permita a resolução da *situação concreta* e a *descoberta da verdade*.

SALVADOR GUANTER entende que, como inexistente norma que, expressamente, proíba as provas ilícitas, estamos perante uma *questão de facto* e, por isso, o tribunal possui discricionariedade bastante para excluir tal prova quando a sua admissão seja injusta (devido aos meios utilizados ou ao bem lesado)<sup>382</sup>.

---

<sup>378</sup> Cfr. ABRANTES, José, *Prova Ilícita...op. cit.*, in Revista Jurídica, n.º 7, Julho/Set de 1986, pp. 25 e ss.

<sup>379</sup> O disposto no art. 418º, n.º1 é um apoio legal para que o julgador, «*oficiosamente ou a requerimento de alguma das partes, possa, em despacho fundamentado, determinar a prestação de informações ao tribunal, quando as considere essenciais ao regular andamento do processo ou à justa composição do litígio*»; acrescenta ainda o seu n.º2 que as informações assim obtidas «*são estritamente utilizadas na medida indispensável à realização dos fins que determinaram a sua requisição, não podendo ser injustificadamente divulgadas nem constituir objecto de ficheiro de informações nominativas*».

<sup>380</sup> Um exemplo: A e B, têm em curso uma acção de divórcio pois B, marido, julgando que A lhe é infiel, vem solicitar ao tribunal que peça a determinada unidade hoteleira determinadas informações privadas, de foro confidencial (nomeadamente se A, em certos dias, tinha estado com C, seu presumivelmente amante). Em casos como este, entendo que C (terceiro) tem de ser salvaguardado na sua intimidade pelo que, à partida, não deveria o hotel fornecer tais informações. Mas, a verdade é que forneceu e, sendo tal prova essencial para a resolução do caso, o tribunal só tinha de a admitir e valorar, apesar de ser materialmente ilícita mas tinha de, imperativamente, ser o único meio de provar a infidelidade. De uma forma geral, em casos deste teor, o tribunal tende a admitir e valorar as provas ilícitas, pois há uma extrema dificuldade em obter a verdade mediante actos lícitos. Em qualquer situação, as provas ilícitas devem ser sempre uma espécie de *ultima ratio*.

<sup>381</sup> «*Fiat justitia et ruat caelum*»; ou seja, «*faça-se justiça, ainda que os céus desabem*». A tradução é nossa.

<sup>382</sup> Cfr. GUANTER, Salvador del Rey, *Nuevas Técnicas Probatorias, Obtención Ilícita de la Prueba y Derechos Fundamentales el el Proceso Laboral*, in Civitas, Revista Española de Derecho Del Trabajo, pp. 65 *apud* SANTOS, Paula Alexandra Magalhães dos, *Da Problemática...op. cit.*, pp. 90 e ss.

### 2.3.1. O princípio da boa fé

BAUMGÄRTEL resolve a problemática da (in)admissibilidade da prova ilícita no processo recorrendo ao *princípio da boa fé*, num seu estudo de data de 1983<sup>383</sup>.

Todavia, na sua monografia de 1956, BAUMGÄRTEL defende a aplicação do *princípio da boa fé* ao Processo Civil, devido à *unidade* do sistema jurídico, sendo de rejeitar, no seu entender, a separação entre o *direito material* e o *direito processual*.

Assim, vigorando igualmente no direito processual, como regra geral, o *princípio da boa fé* estabelecerá a *inadmissibilidade* de provas ilícitas retiradas à contraparte, pois as partes devem pautar-se pela lealdade da sua conduta<sup>384</sup>.

Todavia, BAUMGÄRTEL faz a seguinte distinção: 1) Por um lado, as provas ilícitas cuja obtenção implicou a violação de normas constitucionais (v.g., gravações secretas) e, 2) Por outro lado, aquelas provas ilícitas que apenas determinaram a violação da lei infraconstitucional. Na primeira situação, não será necessário recorrer ao *princípio da boa fé* para rejeitar a admissibilidade da prova ilícita, pois a interpretação das normas processuais deve ser realizada de acordo com a Constituição<sup>385</sup>. Na segunda, há que apurar, em primeiro lugar, se a admissibilidade do meio de prova ilicitamente obtido é contrária ou não ao *direito material*, sendo necessário para tal atender-se ao âmbito de protecção da norma violada<sup>386</sup>; caso a resposta seja afirmativa, haverá que proceder a uma *ponderação dos interesses* das partes<sup>387</sup>, opostos entre si, para que finalmente se possa verificar se a valoração do meio de prova é de aceitar ou não. Caso não seja de aceitar<sup>388</sup>, o requerimento de prova será considerado inadmissível por se contrariar o *princípio da boa fé*, considerando-se assim proibida a valoração do meio de prova.

Tendo em vista a clarificação do seu raciocínio, BAUMGÄRTEL exemplifica com os seguintes casos: 1) Furto de fotografias, 2) Furto de diários e outros documentos, 3) Furto de correspondência e outros documentos e, 4) Ilícita obtenção de conhecimentos por parte de uma testemunha<sup>389</sup>.

---

<sup>383</sup> Neste estudo, BAUMGÄRTEL, através da análise de vários casos típicos, tenta compatibilizar a aplicação do *princípio da boa fé* com a problemática suscitada pela (in)admissibilidade das provas ilícitas. Só com este estudo é que ficou explicada, com clareza, a posição do autor.

<sup>384</sup> Cfr. BAUMGÄRTEL, *Treu und Glauben, Gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren*, pp. 91, 103 e 104 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 218.

<sup>385</sup> Cfr. BAUMGÄRTEL, *Die Verwerbarkeit Rechtswidrig Erlangter Beweismittel im Zivilprozess*, pp. 484 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 218.

<sup>386</sup> Cfr. BAUMGÄRTEL, *Die Verwerbarkeit Rechtswidrig Erlangter Beweismittel im Zivilprozess*, pp. 478 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 220.

<sup>387</sup> Ponderação essa que deverá ser orientada pelo *princípio da proporcionalidade*.

<sup>388</sup> V.g., a lesão ocasionada aquando da obtenção do meio de prova foi grave, mas o litígio diz respeito a um bem de valor pouco significativo.

<sup>389</sup> Cfr. BAUMGÄRTEL, *Die Verwerbarkeit Rechtswidrig Erlangter Beweismittel im Zivilprozess*, pp. 487 a 490 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 221 e 222. Nestas quatro situações, como o meio de prova apresentado pelo autor não tem um conteúdo íntimo, não estará em causa a violação de uma norma constitucional através da valoração.



Assim, tratando-se de fotografias que foram furtadas, o âmbito de protecção dos § 823 e 858 do BGB<sup>390</sup> determina a impossibilidade da sua valoração pelo tribunal. Apesar disso, e tendo em conta as limitações das considerações de prevenção geral para a solução da questão em análise, tem de ser realizada uma *ponderação de interesses*, podendo esta perfeitamente apontar no sentido da valoração.

Na situação de furto de diários e outros documentos semelhantes, o recurso a uma *ponderação de interesses* também poderá apontar no sentido da sua valoração. V.g., se determinado escrito contiver uma declaração de dívida, de acordo com o *princípio da boa fé*, não será legítimo o devedor invocar o acto ilícito de obtenção do mesmo, com vista à sua não valoração, pois tal resultaria numa vantagem injustificada para o devedor (justificada com o comportamento ilícito da contraparte)<sup>391</sup>.

Na terceira situação (*furto de correspondência e outros documentos*), o que está em causa é a violação do *segredo de correspondência*. Não obstante, tal não será suficiente para recusar a valoração do meio de prova, pois impõe-se uma distinção: 1) Por um lado, temos os casos em que há neutralidade no conteúdo da carta e, 2) Por outro lado, os casos em que há informações confidenciais no conteúdo da carta. Na primeira situação, deve prevalecer o interesse numa decisão que seja adequada à real situação jurídica, enquanto na segunda situação, valorar tais informações confidenciais, traduzir-se-á num atentado contra o *princípio da boa fé*.

Por último, existindo uma *ilícita obtenção de conhecimentos por parte de uma testemunha*, a valoração do depoimento desta irá depender, também, da *ponderação dos interesses* divergentes das partes.

Não obstante, o recurso ao *princípio da boa fé* por parte de BAUMGÄRTEL é passível de críticas, pois é difícil determinar o momento em que o julgador deve decidir sobre a sua admissibilidade, ficando, assim, «a nu» um ponto débil da tese deste autor: a dificuldade em fundamentar a inadmissibilidade da prova ilícita com o *princípio da boa fé*, quando deste princípio decorre, além de um *dever de conduta leal*, um *dever de veracidade* e de *plenitude* das partes<sup>392</sup>.

Nesta sequência, ISABEL ALEXANDRE assinala que teria de ser estabelecida uma hierarquia entre o *dever de conduta leal*, por um lado, e o *dever de veracidade e plenitude* das partes, por outro lado, no sentido de, em caso de colisão, determinar qual deles deve prevalecer. Além disso, em sua opinião, a tese de BAUMGÄRTEL é dificilmente compatibilizada com o regime de *litigância de má fé*, previsto nos arts. 542º e ss., nos termos do qual são previstas sanções para a parte que faltar à verdade, não se

---

<sup>390</sup> A primeira norma a que é feita referência impõe um *dever de indemnizar* a todo aquele que, com *dolo* ou *mera culpa*, ofender ilicitamente a vida, a integridade física, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito de outrem. Por seu turno, a segunda norma considera ser *ilícita* a actuação daquele que perturbar, sem o seu consentimento e sem a lei o permitir, o direito de propriedade de outrem.

<sup>391</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 218 a 229.

<sup>392</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 218 a 229.

referindo nada quanto à parte que utiliza uma prova ilícita: aqui, o legislador estará a considerar ser maior o desvalor da parte que violou o *dever de verdade*<sup>393</sup>.

Em França, relativamente ao caso Mme. Neocel c/ Spaeter, a *Cour de Cassation*, para fundamentar a inadmissibilidade processual de uma gravação vídeo realizada pelo dono de um estabelecimento à sua empregada, suspeita da prática do crime de furto, invocou o *princípio da boa fé* na execução dos contratos. As filmagens confirmaram as suspeitas de furto, mas a *Cour de Cassation* rejeitou o meio de prova tendo, para tal, invocado o *dever de lealdade* inerente ao contrato de trabalho<sup>394</sup>. Nesta situação, seguindo o entendimento perfilhado pela generalidade da jurisprudência francesa, entendeu-se que, com a filmagem secreta realizada à sua empresa, a entidade patronal colocou definitivamente em causa a confiança inerente à relação laboral<sup>395</sup>.

Assim, se para a *Cour de Cassation* a violação do *princípio da boa fé* na execução dos contratos é invocada para rejeitar a admissão processual de meios de prova ilícitos, já para BAUMGÄRTEL a própria boa fé poderá exigir que tais meios de prova ilícitos tenham ingresso no processo. Acresce ainda que, enquanto este autor visiona o *princípio da boa fé* como princípio geral do direito (sendo nesse âmbito que o transpõe para o Processo Civil), a *Cour de Cassation* apenas o considera um princípio regulador dos contratos, cuja eficácia processual se fundará nas premissas da *teoria da unidade do ordenamento jurídico*<sup>396</sup>.

### **2.3.2. Distinção entre violação de direitos fundamentais e violação de outros direitos**

Para sabermos se as provas ilícitas são ou não admissíveis no Processo Civil, segundo esta tese, temos de distinguir a *violação de direitos fundamentais* da *violação de direitos não fundamentais*, não podendo, na primeira hipótese, a prova ser admitida e/ou valorada<sup>397 - 398</sup>.

---

<sup>393</sup> Cfr. PETERS, Egbert, *Die Verwertbarkeit Rechtswidrig Erlangter Beweise und Beweismittel im Zivilprozess*, pp. 150 e 151 apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 222.

<sup>394</sup> Cfr. *Conclusions sur Soc. 20.11.1991, par Yves Chauvy, Avocat Général à la Cour de Cassation, Recueil Dalloz Sirey*, pp. 73 apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 223 e 224.

<sup>395</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 218 a 229.

<sup>396</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 224 e 225.

<sup>397</sup> Como observamos, é nessa direcção que aponta o art. 11.1 da LOPJ, ao estabelecer uma proibição de provas que tenham sido obtidas, de modo directo ou indirecto, em violação de direitos fundamentais. Tal norma foi baseada no Ac. do Tribunal Constitucional n.º 114/1984, nos termos do qual são processualmente inadmissíveis as provas cuja obtenção tenha implicado lesão de direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Para mais desenvolvimentos, *vide* pp. 67.

<sup>398</sup> Extrair *proibições de prova* da Constituição é uma ideia que remonta a ERNST BELING, cfr. BELING, Ernest, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, Wissenschaftliche, Buchgesellschaft*, pp. 29 apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 107.

Sendo verdade que, em Portugal, algumas normas Processuais Cíveis limitam a obtenção de prova em prol de certos direitos fundamentais<sup>399</sup>, não se podem extrair proibições de prova da Constituição através da mera concretização de preceitos constitucionais pela lei Processual Cível<sup>400</sup>.

Por outro lado, disposições normativas como os arts. 32º, n.º8, da CRP ou 126º do CPP seriam desnecessárias se fosse evidente o raciocínio nos termos do qual a aceitação processual da prova ilícita estaria condicionada ao respeito pelos direitos fundamentais.

Defendendo a maioria da doutrina que a prova ilícita, que se traduza na violação de direitos fundamentais, é uma prova inadmissível, tal vem demonstrar a enorme importância da CRP no âmbito do direito probatório: esta está situada no topo da hierarquia das leis, mas tal não significa que as provas que hajam sido obtidas ou utilizadas em violação de preceitos constitucionais sejam, de modo necessário e automático, inadmissíveis, pois pode muito bem a solução ser divergente nos casos em que a violação do direito fundamental ocorra no momento da *produção da prova* (e, assim, somos remetidos para a tese de KODEK)<sup>401</sup>.

### **2.3.3. A ilicitude material ocorrida durante o processo**

TEIXEIRA DE SOUSA considera inadmissível a prova cuja ilicitude apenas ocorreu no decurso do processo (e, assim, não seria processualmente relevante qualquer ilicitude material cometida extraprocessualmente).

Entende este autor que só não podem ser valorados pelo tribunal os meios de prova cuja produção em juízo comporte a *ilicitude do acto*; estão nesta situação, no seu entendimento, os arts. 32º, n.º8, CRP e 417º, n.º3<sup>402</sup>.

O autor exemplifica com as seguintes situações: 1) Apresentar um *diário íntimo* em juízo, representa uma ilicitude que impede a sua valoração, mesmo que tenha sido obtido pela parte de forma legítima e, 2) Juntar ao processo um *documento furtado*, contrariamente, não impede a sua valoração, pois tal não constitui, em si, uma ilicitude.

Todavia, é incorrecta a afirmação de que a produção de provas prevista no art. 32º, n.º8, da CRP contém, necessariamente, um acto ferido de ilicitude<sup>403</sup>.

---

<sup>399</sup> V.g., no art. 417º, n.º3 (são aí protegidos bens jurídicos como a integridade física ou moral (*al. c*)), a intimidade da vida privada ou familiar, a inviolabilidade do domicílio, da correspondência ou das telecomunicações (*al. b*)), ou o sigilo profissional, de funcionários públicos ou de Estado (*al. c*)) e no art. 490º, onde é protegida a intimidade da vida privada e familiar e a dignidade humana.

<sup>400</sup> Pois este problema só é colocado em duas situações: ou quando a lei ordinária não faz qualquer referência à admissibilidade de provas ilícitas ou quando a lei ordinária contém apenas uma regulamentação incompleta da matéria.

<sup>401</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 218 a 229.

<sup>402</sup> Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., pp. 58.

De qualquer forma, não tem qualquer sentido distinguir entre *prova ilícita processual* e *prova ilícita extraprocessual*, pois em ambos os casos são violados preceitos de *direito material*. Logo, e conseqüentemente, a questão da (in)admissibilidade da prova ilícita no processo é colocada em relação a *toda* a prova em que haja violação das regras de direito processual, quer esta se situe dentro, fora ou na periferia da órbita processual.

ISABEL ALEXANDRE menciona que a interpretação extensiva do art. 195º leva à rejeição da admissibilidade da prova ilícita, pois há que distinguir duas situações: 1) Quando o acto ilícito tenha ocorrido na órbita processual, pode traduzir-se na prática de um acto que a CRP não permite e, por isso, enquadrar-se na previsão do mesmo, gerando uma nulidade e, 2) Se tiver o acto ilícito ocorrido fora da órbita processual, o art. 195º não poderá servir de argumento para a respectiva admissibilidade, uma vez que é uma norma que apenas se aplica aos actos processuais<sup>404</sup>.

#### **2.3.4. A distinção entre os momentos da obtenção, da produção e da valoração da prova**

Segundo esta tese, apenas deveriam ser consideradas inadmissíveis as provas que, aquando da sua *produção*, violassem direitos constitucionais. Tal seria o resultado da articulação do disposto no art. 18º, n.º1, da CRP<sup>405</sup> com o art. 195º<sup>406</sup>.

KODEK rejeita que os particulares violem normas constitucionais, entendendo que as proibições de prova podem, eventualmente, ser extraídas da Constituição (e não da lei Processual Civil).

Sendo este o ponto de partida, o autor defende que temos de distinguir entre o momento da *obtenção*, da *produção* e da *valoração* das provas, pois as *proibições de prova* não podem ter por fundamento a ilícita obtenção de um meio de prova pelos particulares (a qual é realizada extrajudicialmente). Segundo ISABEL ALEXANDRE, apenas o segundo momento é decisivo para averiguar se existem *proibições de prova*, pois o *juiz* (e não os particulares) é o destinatário das normas constitucionais e estas podem estabelecer restrições aos seus poderes de produção das provas<sup>407</sup>.

Um dos problemas que maior debate tem suscitado no âmbito das *proibições de prova* em Processo Penal é o seguinte: em que circunstâncias é que a uma *proibição de produção* se deve seguir uma *proibição de valoração*?

KODEK, na sequência do entendimento de GRÚNWALD, defende que uma *proibição da produção* não acarreta, necessariamente, uma *proibição de valoração*, pois a

---

<sup>403</sup> V.g., uma testemunha moralmente coagida cujo depoimento não é, em si mesmo, ilícito ou, uma situação de correspondência indevidamente subtraída (a sua análise e exibição processual também não lesará qualquer norma de direito material).

<sup>404</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 180.

<sup>405</sup> Esta disposição vincula as entidades, públicas e privadas, aos *direitos, liberdades e garantias*.

<sup>406</sup> Este preceito prevê a *nulidade* dos actos processuais que sejam praticados contra a lei.

<sup>407</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 218 a 229.

*ratio* da primeira tem de ser averiguada. Ou seja, se na sequência da violação de uma *proibição de produção* se constatar que o interesse por esta protegido foi já lesado definitivamente, nenhum motivo haverá que impeça a sua *valoração*<sup>408</sup>; tal já não sucederá na hipótese de a *valoração* da prova significar a consumação ou o aprofundamento daquela lesão (v.g., audição em juízo de gravações secretas)<sup>409</sup>.

Em termos gerais, KODEK aceita a tese de GRÜNWALD, mas discorda da circunstância de, ao não serem observadas as *proibições de produção*, se seguirem *proibições de valoração*, por a valoração não representar, em si mesma, uma nova lesão aos direitos fundamentais<sup>410</sup>.

Entendemos ser notável o reconhecimento da importância do critério da *ponderação de interesses* na determinação da *proibição da prova*<sup>411</sup>.

Todavia, o recurso ao art. 195º, com a finalidade de servir de fundamento à inadmissibilidade das provas cuja *produção* tenha implicado a violação de normas constitucionais, determinaria um injustificável sacrifício do *direito fundamental à prova*, constitucionalmente previsto no art. 20º da CRP. Deste modo, não se devendo considerar aplicável tal preceito, a dúvida em torno da admissibilidade das provas ilícitas no Processo Civil permanecerá relativamente a *todas* as provas que tenham violado quaisquer preceitos de *direito material*, seja aquando da sua *obtenção*, seja quando da sua *produção*<sup>412</sup>.

Relativamente à negação da existência de *proibições de valoração* em certos casos, entende que tal iria diminuir significativamente as garantias de observância das *proibições de produção*<sup>413</sup>.

### 2.3.5. O único meio de se provar o facto

Segundo esta tese, o meio de prova ilícito deve ser admissível caso se esteja perante um facto cuja demonstração da realidade não consiga ser realizada de outra forma. São defensores desta tese REMÉDIO MARQUES e JOSÉ ABRANTES<sup>414</sup>.

---

<sup>408</sup> Excepto, segundo o autor, na hipótese de considerações adicionais virem determinar o não aproveitamento do resultado obtido.

<sup>409</sup> Cfr. KODEK, Georg. E., *Rechtswidrig Erlangte Beweismittel im Zivilprozess*, pp. 137 *apud* ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 228. No mesmo sentido, GRÜNWALD, Gerald, *Beweissverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren*, pp. 489 e ss. *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 229. Por seu turno, LUIS MUÑOZ SABATE entende que a inadmissibilidade processual de meios de prova ilícitos não determina a proibição da sua valoração pois, qualquer prova ilícita que indevidamente entre no processo deve ser valorada pelo julgador como outra qualquer prova (sem prejuízo de haver lugar a eventual sanção criminal); segundo o autor, o juiz não deve ignorar o conhecimento da verdade material dos factos, mesmo que este tenha tido origem em meios de prova ilícitos, cfr. SABATE, Luis Muñoz, *Técnica Probatoria, Estudios Sobre Las Dificultades de Prueba en el Proceso*, pp. 77 *apud* CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade...op. cit.*, pp. 75 e ss.

<sup>410</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 218 a 229.

<sup>411</sup> Cfr. CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade...op. cit.*, pp. 75 e ss.

<sup>412</sup> Cfr. CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade...op. cit.*, pp. 75 e ss.

<sup>413</sup> Cfr. CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade...op. cit.*, pp. 75 e ss.

O primeiro dos autores exemplifica com as acções de divórcio litigioso, nas quais se verifique violação dos deveres conjugais: assim, poderá o cônjuge autor proceder legitimamente à captura audiovisual (não consentida) dos ultrajes (violação do dever conjugal de respeito) que o outro lhe haja dirigido, ou da infidelidade (violação do dever conjugal de fidelidade) que cometeu com uma terceira pessoa, caso demonstre ser o meio de prova ilícito a única forma de provar tais factos<sup>415</sup>.

Parece-nos que o argumento que este autor invoca é insuficiente para fundamentar a admissão de meios de prova ilícitos no processo. Apesar de não justificar o seu ponto de vista, entendemos ser louvável a referência realizada por REMÉDIO MARQUES ao facto de o direito à prova nem sempre ter de ser sacrificado em prol da protecção e do respeito a outros direitos até porque, ele próprio, configura um direito fundamental, protegido constitucionalmente pelo art. 20º da CRP<sup>416</sup>.

Pelo contrário, JOSÉ ABRANTES reitera que o meio de prova ilícito deverá ser admissível em Processo Civil sempre que represente «*a única via possível e razoável de proteger outros valores que, no caso concreto, devam ser tidos por prioritários*». Assim, na visão do autor, o problema é de existência de um *conflito de interesses*, passando a solução pela aplicação do *princípio da proporcionalidade*. Desta forma, e sem esquecer que são admitidas restrições a direitos fundamentais para salvaguardar outros direitos fundamentais, «*a admissibilidade de provas obtidas através de actos violadores de preceitos constitucionais apenas poderá ter por base serem o único e proporcionado (em relação à importância do fim que se pretende obter) meio de o seu utilizador se proteger contra a violação de outros direitos de valor constitucional*»<sup>417</sup>.

JOSÉ ABRANTES entende que, a coberto da justificação na *descoberta da verdade material*, não se pode aceitar que sejam cometidos crimes ou violados direitos individuais. O que se pode verificar é que, no caso concreto, existam *outros interesses envolvidos* (v.g., a invasão aos direitos do acusado ser tão pouco relevante que não justifique a exclusão de provas, etc.)<sup>418</sup>.

Uma vez que o *direito à prova* é um direito fundamental não pode, *ab initio*, ser afastado por estar em causa um *meio de prova ilícito*. Por isso, e na sequência da posição de JOSÉ ABRANTES, sempre terá de ser feita uma *ponderação dos interesses* em jogo no caso concreto de forma a determinar a qual deles deve ser dada prevalência.

---

<sup>414</sup> Curiosamente, ambos os autores defendem a aplicação do art. 32º, n.º8, da CRP ao Processo Civil.

<sup>415</sup> Cfr. MARQUES, J. P. Remédio, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, pp. 565 e 566.

<sup>416</sup> LUIS SABATE vem questionar a oportunidade e legalidade do art. 11.1 da LOPJ (norma infraconstitucional) sempre que da sua aplicação decorra uma situação de indefesa autêntica para a parte que pretende que seja admissível no processo determinado meio de prova ilícita, baseando-se no facto de o *direito à prova* ser um direito fundamental que está constitucionalmente consagrado no art. 24º da Constituição espanhola, cfr. SABATE, Luis Muñoz, *Técnica Probatoria, Estudios Sobre Las Dificultades de Prueba en el Proceso*, pp. 80 *apud* CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade...op. cit.*, pp. 75 e ss.

<sup>417</sup> Cfr. ABRANTES, José João, *Prova Ilícita*, in *Revista Jurídica*, pp. 36.

<sup>418</sup> Cfr. ABRANTES, José João, *Prova Ilícita...op. cit.*, *Revista Jurídica*, pp 36.

### 2.3.6. Colisão de direitos e o princípio da proporcionalidade

A ponderação entre os bens jurídicos em confronto pode ser realizada quer pelo *juiz* (para resolver um concreto caso), quer pelo *legislador* (para determinar a prevalência de um direito sobre outro)<sup>419</sup>.

VIEIRA DE ANDRADE<sup>420</sup> refere que a solução é encontrada da seguinte forma: se estivermos perante direitos iguais ou da mesma espécie, os titulares devem ceder no que for considerado necessário (*vide* art. 335º, n.º1, 1ª parte, do CC); na hipótese de termos direitos desiguais ou de diferente espécie, irá prevalecer «*o que deva considerar-se superior*» (*vide* art. 335º, n.º2, do CC).

Tratando-se de *prova ilícita*, perante a ausência de norma legal e pretendendo-se a sua admissibilidade em determinadas condições, é ao *juiz* que cabe efectuar a ponderação de bens ou interesses em conflitos e, deste modo, acentua-se «*a capacidade de o juiz interpretar e aplicar a norma da forma que considerar mais adequada*»<sup>421</sup>.

Para VIEIRA DE ANDRADE<sup>422</sup> estaremos perante uma *colisão ou conflito de direitos* «*sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição numa determinada situação concreta*»<sup>423</sup>.

Uma ressalva para referir que eventuais *colisões* entre *direitos, liberdades e garantias (D.L.G.'s)* não podem ser resolvidas abstractamente. E, por ser de extrema dificuldade estabelecer uma *hierarquia* entre os vários *D.L.G.'s*, VIEIRA DE ANDRADE defende que, qualquer solução, por um lado, terá sempre de respeitar a protecção constitucional dos vários valores ou direitos e, por outro lado, terá de existir compatibilidade com a CRP (de forma a que diferentes normas possam conviver de forma harmoniosa)<sup>424</sup>.

Assim, em caso de *colisão dos direitos fundamentais*, como devemos agir?

GILMAR MENDES refere que devemos recorrer aos *princípios gerais do direito* – que na sua terminologia são verdadeiros «*mandatos de otimização*» -, e alongá-los até ao

<sup>419</sup> 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, pp. 184 *apud* CORREIA, Tércia Matias, *A Prova...op. cit.*, pp. 107 e ss.

<sup>420</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 322.

<sup>421</sup> 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, pp. 59.

<sup>422</sup> Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais...op. cit.*, pp. 321 e 322.

<sup>423</sup> Para um interessante caso de *colisão de direitos* (*in casu*, o direito de exercício de uma livre actividade económica e o direito ao repouso; tendo o tribunal acabado por entender que o direito ao repouso, enquanto direito de personalidade, deveria prevalecer), *vide* Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 16/03/2010 (proc. n.º 462/06.2TBTNV.C1, relatora, Cecília Agante).

<sup>424</sup> Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais...op. cit.*, pp. 301 e 302.

máximo grau possível, fazendo com que um princípio seja aplicado em diferentes graus, dependendo do caso concreto<sup>425</sup>. Este autor entende que o *conflito de direitos fundamentais* tem como resultado um *conflito de princípios* e, não sendo possível excluir tais princípios conflitantes, deve ser dada a possibilidade de se conciliarem, através da sua extensão e relevância no caso concreto<sup>426</sup>.

Tal característica dos princípios, segundo GILMAR MENDES, revela-nos o *carácter prima facie*<sup>427</sup> que estes possuem, pois a real dimensão de qualquer princípio não se basta com a leitura do preceito normativo que o consagra, tendo de ser considerados outros factos.

A *teoria dos princípios* de ROBERT ALEXY<sup>428</sup>, relacionada com a ponderação de valores, através do *princípio da proporcionalidade* defende que 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 este autor, à pergunta sobre a legitimação de uma restrição há responder-se através da ponderação dos bens jurídicos, de modo que o *postulado da ponderação*, assim designado, correspondente ao terceiro «*sub-princípio do postulado da proporcionalidade*» no Direito constitucional alemão. Vejamos.

De acordo com ROBERT ALEXY, o primeiro é o *postulado da adequação do meio* utilizado para prosseguir o desejado fim, e o segundo é o *postulado da necessidade desse meio*, sendo que o meio não será necessário na hipótese de termos outros menos evasivo e menos restritivo da nossa disposição, tendo o meio de ser único e razoável<sup>429</sup>.

---

<sup>425</sup> Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica Constitucional...op. cit.*, pp. 181 e 182 apud CORREIA, Tércia Matias, *A Prova...op. cit.*, pp. 107 e ss.

<sup>426</sup> V.g., no Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães, de 29-04-2014, determinou-se que 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 infracção 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](http://www.dgsi.pt). Em sentido contrário, entendendo que estamos perante verdadeiras *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 apud CORREIA, Tércia Matias, *A Prova...op. cit.*, pp. 107 e ss.

<sup>427</sup> Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica Constitucional...op. cit.*, pp. 183 apud CORREIA, Tércia Matias, *A Prova...op. cit.*, pp. 107 e ss.

<sup>428</sup> 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.*, pp. 227 apud Cfr. BAUMGÄRTEL, G., *Die Verwertbarkeit...op. cit.*, pp. 480 apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 220 e 221 apud CORREIA, Tércia Matias, *A Prova...op. cit.*, pp. 107 e ss.

<sup>429</sup> Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica Constitucional...op. cit.*, pp. 183. Favoravelmente à 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.*, pp. 96 a 101 apud Cfr. BAUMGÄRTEL, G., “Die



O autor observa ainda que podemos ter um postulado da «*proporcionalidade em sentido estrito*», que é um instrumento fundamental para solucionar 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*, e 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*»<sup>430</sup>.

De acordo com a «*lei de ponderação*» de ROBERT ALEXY, esta há-de ocorrer em três planos: no primeiro plano, há-de ser definida a intensidade da intervenção, no segundo, refere-se a 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*».

Por seu lado, VIEIRA DE ANDRADE<sup>431</sup> defende que a solução para o *conflito de direitos* passa pela delimitação substancial dos direitos em colisão. Na mesma linha, GOMES CANOTILHO<sup>432</sup> determina só ser adequado falar de direitos como princípios «*quando se trata de acentuar as dimensões objectivas de valor a eles inerentes*» e, assim, entende que o modelo coerente de concretização dos *direitos, liberdades e garantias* é um modelo que combine regras e princípios, mas privilegiando o plano das regras em detrimento do plano dos princípios.

---

*Verwertbarkeit...op. cit.*, pp. 480 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 220 e 221 *apud* CORREIA, Tércia Matias, *A Prova...op. cit.*, pp. 107 e ss.

<sup>430</sup> Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica Constitucional...op. cit.*, pp. 183. 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 o interesse estatal de salvaguarda de superiores interesses. Cfr. DEU, Teresa Armenta, *A Prova Ilícita...op. cit.*, pp. 100 *apud* CORREIA, Tércia Matias, *A Prova...op. cit.*, pp. 107 e ss.

<sup>431</sup> Cfr. ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais...op. cit.*, pp. 327 e ss.

<sup>432</sup> Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes, *Métodos de Protecção de Direitos, Liberdades e Garantias*, in BFD, Volume Comemorativo do 75º Tomo, 2003, pp. 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.*, pp. 813, cfr. CORREIA, Tércia Matias, *A Prova...op. cit.*, pp. 107 e ss.

## CAPÍTULO IV

### SOLUÇÃO ADOPTADA

1. O problema em causa; 2. Analogia entre o art. 32, n.º8, da CRP e o Processo Civil?; 2.1. Nulidade da prova; 2.2. Ilicitude ocorrida fora do processo; 2.3. Ilicitude ocorrida no processo; 3. Solução equilibrada: ponderação dos interesses em jogo; 4. Conclusão.

#### 1. O problema em causa

Pretende-se averiguar se no Direito Processual Civil português são ou não admissíveis meios de prova cuja obtenção, ou utilização processual, implique que sejam violadas normas de *direito material* pois, contrariamente ao que se verifica no CPP, não prevê o nosso NCPC nenhuma disposição legal que, expressamente, resolva a questão da *(in)admissibilidade das provas ilícitas*.

Esta problemática tem origem, por um lado, na ausência de norma processual que, expressamente, resolva a questão e, por outro lado, de não ser possível retirar do art. 417º, n.º3, qualquer princípio que determine o não ingresso da *prova ilícita* no Processo Civil. Esta última disposição normativa deve ser encarada como um preceito normativo nos termos do qual as partes, caso entendam ofendidos os seus direitos de personalidade, se podem recusar a cooperar com o tribunal da descoberta da verdade material. Ou seja, o que temos é uma norma que restringe o poder de actuação do tribunal em prol da protecção que confere à parte que está em condições de cooperar. Desta disposição não podemos retirar a inadmissibilidade da prova ilícita com fundamento na intenção do legislador de considerar como invioláveis os direitos que legitimam o direito de recusa de cooperação, pois o art. 418º vem permitir que, em nome da *descoberta da verdade material*, se restrinja o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.

Ora, em Portugal, é reconhecida a *maximização do direito à prova* (arts. 20º da CRP e 413º), que só pode ser limitado por normas que se revelem proporcionais, possuam uma justificação racional, ou procurem garantir o adequado equilíbrio face a outros direitos mercedores de protecção<sup>433</sup>. Deste modo, «(...) a defesa da inadmissibilidade da prova ilícita tem de apoiar-se nalguma norma ou princípio, não carecendo a defesa da admissibilidade, inversamente, de nenhuma fundamentação suplementar»<sup>434</sup>.

Todavia, em Processo Civil, não há nenhuma norma que regule a admissibilidade da *prova ilícita*. Pelo contrário, o art. 126º do CPP é determinante na proibição da *produção e valoração* de provas que tenham sido obtidas mediante tortura, coacção, ofensa

<sup>433</sup> Cfr. CASANOVA, J. F. Salazar, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 98.

<sup>434</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 79.

à integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, na correspondência ou nas telecomunicações<sup>435</sup>. Trata-se, afinal e essencialmente, de reafirmar o disposto no art. 32º, n.º8, da CRP, que tem como epígrafe «*Garantias de Processo Criminal*».

O argumento nos termos do qual tal norma constitucional apenas tem como destinatários o Estado e seus agentes<sup>436</sup> seria, por si só, bastante para recusar a sua aplicação analógica ao Processo Civil (que é, essencialmente, um processo *de partes*). Todavia, e tendo em atenção que a direcção da maioria da nossa jurisprudência vai no sentido da *inadmissibilidade* da prova ilícita no Processo Civil, com fundamento na violação do art. 32º, n.º8, da CRP, impõe-se um maior desenvolvimento do assunto.

Mas, será que a falta de uma norma que determine a inadmissibilidade da prova ilícita em Portugal é motivo suficiente para permitir a sua admissibilidade?

Antes da nossa resposta definitiva, faremos uma breve análise das posições que têm sido seguidas na doutrina e na jurisprudência estrangeiras.

## **2. A recusa da aplicação analógica do art. 32º, n.º8, da CRP ao Processo Civil**

ISABEL ALEXANDRE sufraga a aplicação analógica ao Processo Civil do disposto no art. 32º, n.º8, da CRP, pois considera que as provas ilícitas são automaticamente *inadmissíveis*, sendo insusceptíveis de *produção* e *valoração* pelo tribunal<sup>437</sup>. Tal posição tem vindo a ser seguida pela maioria da doutrina e da jurisprudência. Descrevamos o raciocínio da autora.

ISABEL ALEXANDRE assinala que o art. 32º, n.º8, da CRP, pode ser analogicamente aplicado ao Processo Civil porque, no seu ponto de vista, não se trata de uma *norma excepcional*<sup>438</sup>.

Por um lado, apesar da CRP inserir a norma nas *Garantias de Processo Criminal*, tal razão não deve ser determinante para a excluir do âmbito de aplicação do Processo Civil, não consagrando a norma explicitamente o seu *carácter excepcional* (*excepcionalidade formal*) e, por outro lado, a sanção de *nulidade* dos meios de prova, obtidos através da violação de certos direitos fundamentais, não contraria nenhum

---

<sup>435</sup> Para mais considerações sobre o significado sobre esta temática, *vide* um interessante artigo de CORREIA, João Conde, *Qual o Significado de Abusiva Intromissão na Vida Privada, no Domicílio, na Correspondência e nas Telecomunicações (art. 32º, n.º8, 2ª parte da CRP)?*, in Revista do MP, n.º 79, pp. 45 a 67.

<sup>436</sup> Bem como todos aqueles que com eles directamente colaborem.

<sup>437</sup> Defendem ainda a extensão do art. 32º, n.º8 da CRP ao Processo Civil: MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA (*Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, 2.ª ed., pp. 57 e 58), JOSÉ JOÃO ABRANTES (*Prova Ilícita*, in Revista Jurídica, pp. 35) e J.P. REMÉDIO MARQUES (*Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, pp. 565 e ss.).

<sup>438</sup> Se for entendido como *norma excepcional*, consequentemente, não poderá ser analogicamente aplicado a outros processos (apenas se admitindo, nos termos do art. 38º, n.º10, da CRP, a sua aplicação subsidiária a outros processos sancionatórios), cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas... op. cit.*, pp. 233 a 235.

princípio geral de direito (e, por isso, está assim excluída a possibilidade da norma constituir uma *excepcionalidade material*). Deste modo, não pode ser defendido o entendimento que concebe o art. 32º, n.º8, da CRP, como *norma excepcional* sendo que, o entendimento contrário, segundo ISABEL ALEXANDRE, faria com que se tivessem de considerar inconstitucionais todas as normas legais que estabelecessem restrições à admissibilidade das provas (v.g., o art. 417º, n.º3).

Assim, e porque «*no caso omissis procedem as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei*» (art. 10º, n.º2, do CC), o art. 32º, n.º8, da CRP, é analogicamente aplicável ao Processo Civil, de acordo com ISABEL ALEXANDRE. Neste sentido, também a jurisprudência presente no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 16/02/2012<sup>439</sup>, considerando *nulas*, por ficar «*completamente desguarnecido*» o direito da Ré à *reserva da intimidade da vida privada*, as gravações de três chamadas telefónicas que o autor continha no seu telemóvel e que pretendia utilizar no processo.

Por nossa parte, entendemos que a autora parte do princípio de que existe uma lacuna. Mas, entendemos nós, a ausência de norma processual que expressamente regule a admissibilidade de meios de prova ilícitos em Processo Civil não significa que o legislador não tenha previsto tal situação; unicamente, há certas situações propositadamente omitidas na lei por ser esse o «desejo» do legislador, ou por tal ser considerado desnecessário. Assim, a existência de um caso não regulado não chega, por si só, para desencadear a aplicação analógica<sup>440</sup>.

Em segundo lugar, o Processo Penal e o Processo Civil referem-se a realidades muito diferentes: o primeiro visa a repressão da criminalidade, de forma a proteger valores comunitários, enquanto no segundo se pretende a protecção de direitos privados (pois é, essencialmente, um processo *de partes*, onde prevalece o *princípio do dispositivo*). Assim, em Processo Civil, a maioria das provas é trazida ao processo «pela mão» das partes, partes estas que se encontram mais limitadas que o Estado no que toca à sua «colheita», pois este dispõe de mais recursos<sup>441</sup>.

Ora, tal como já referimos, as *proibições de prova* surgiram com a função principal de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos perante o interesse do Estado na descoberta da verdade material dos factos e posterior punição do prevaricador.

Como já vimos referindo, a diversidade que separa o regime Processual Penal do Processual Civil é de tal vulto que seria inconcebível, por parte do Estado, uma igual compressão dos direitos individuais visando a descoberta da verdade material. V.g., seria

---

<sup>439</sup> Proc. n.º 435234/09.8YIPRT-A.G1, relator José Rainho, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>440</sup> Cfr. CASANOVA, J. F. Salazar, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 120.

<sup>441</sup> Nesse sentido, LUIS MUÑOZ SABATE menciona que, comparativamente com os particulares, o Estado dispõe de mais meios ao seu alcance para poder substituir uma prova ilícita por outra que não o seja, cfr. SABATE, Luis Muñoz, *Técnica Probatoria, Estudios sobre las Dificultades de Prueba en el Proceso*, pp. 80 *apud* CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade...op. cit.*, pp. 92 e ss.

inadmissível que no Processo Civil fosse permitido ao juiz ordenar ou autorizar apreensões ou escutas telefónicas (arts. 178º e ss. e 187º e ss., ambos do CPP).

Por último, acentue-se que o *direito à prova* é um direito fundamental das partes, constitucionalmente previsto no art. 20º da CRP<sup>442</sup>. Assim, caso fosse o art. 32º, n.º8, da CRP aplicado às provas obtidas pelos particulares (quer no Processo Civil, quer no Processo Penal), estaríamos a criar uma *hierarquia* entre direitos constitucionais (pois sistematicamente lesaríamos o direito à prova para salvaguarda de outros direitos também fundamentais), quando o que se impõe, nestas situações (de *colisão de direitos fundamentais*), é uma *ponderação dos interesses* em jogo a fim de se apurar qual dos direitos deve, no caso concreto, prevalecer<sup>443</sup>.

Assim, ISABEL ALEXANDRE<sup>444</sup> defende que o art. 32º, n.º8, da CRP, deve ser analogicamente aplicado ao Processo Civil, mediante duas condições: 1) Se aceite que «no caso omissivo procedem as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei» (art. 10º, n.º2, do CC) e, cumulativamente, 2) Se se entender que o art. 32º, n.º8, da CRP, ao prever a nulidade de determinadas provas, tem como finalidade dotar os direitos fundamentais violados aquando da sua obtenção de maior eficácia.

Antes de analisarmos a possibilidade de aplicação do art. 32º, n.º8, da CRP, ao Direito Processual Civil, temos de determinar se tal disposição só abrange: 1) As provas obtidas por entidades públicas incumbidas da perseguição penal ou, 2) As provas obtidas pelos particulares. Segundo ISABEL ALEXANDRE, no caso de a resposta correcta ser a primeira, não fica ainda excluída a possibilidade de aplicação analógica da norma ao Processo Civil: unicamente, apenas no que respeita às provas obtidas pelo juiz, o que excluiria os casos com maior relevância prática; contrariamente, no segundo sentido, além de encontrarmos um bom suporte para a defesa da aplicação analógica do art. 32º, n.º8, da CRP, ao Processo Civil, tal aplicação adquire efectiva utilidade (por serem as partes quem geralmente assume a tarefa recolher as provas)<sup>445</sup>.

ISABEL ALEXANDRE<sup>446</sup>, procurando uma interpretação da norma constitucional, recorre ao disposto no art. 34º, n.º4, da CRP (relativo à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, pelas entidades públicas) para justificar a possibilidade de excluir a aplicação do art. 32º, n.º8, da CRP, aos particulares. Sendo esse o ponto de partida, a autora realiza uma leitura restritiva do art. 32º, n.º8, da CRP, excluindo as provas obtidas por particulares. A ilustre autora entende que não deve ser feita uma conjugação

---

<sup>442</sup> Ideia defendida por LUIS MUÑOZ SABATE, cfr. SABATE, Luis Muñoz, *Técnica Probatoria, Estudios sobre las Dificultades de Prueba en el Proceso*, pp. 76 apud CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade...op. cit.*, pp. 92 e ss.

<sup>443</sup> Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., pp. 310 e ss. A solução assente na *ponderação dos interesses* é igualmente defendida por MIGUEL MESQUITA, no seu ensino oral.

<sup>444</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 237 a 240.

<sup>445</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 233 a 235.

<sup>446</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 234 e ss.

das normas constitucionais pois, logo à partida, o art. 18º, n.º1, da CRP impõe que seja feita uma aplicação às *entidades privadas* e, deste modo, estão os particulares incluídos no campo de aplicação do art. 32º, n.º8, da CRP, pois, caso contrário, não teria sentido a derrogação do art. 18º, n.º1, da CRP<sup>447</sup>.

Refere, ainda, a autora que outro aspecto a favor da aplicação aos particulares é a inserção sistemática do art. 32º, n.º8, da CRP, dentro do Capítulo dedicado aos *direitos, liberdades e garantias* pessoais; contudo, tal afirmação é algo precipitada, pois as normas que o antecedem apenas fazem sentido na relação Estado/indivíduo e, por isso, o elemento sistemático do art. 32º, n.º8, 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*»<sup>448</sup>.

Todavia, deixando de lado a insuficiência do elemento sistemático, foquemo-nos no elemento literal. Prescrevendo a letra da lei que «*São nulas todas as provas (...)*», vem o art. 9º, n.º3, do CC, determinar que existe uma *presunção favorável* à letra da lei e, por isso, deve esta ser considerada como a interpretação mais abrangente<sup>449</sup>.

Assim, o que a lei faz é dar um tratamento desigual à intervenção estadual, consoante esta ocorra no âmbito Processual Civil ou Processual Penal<sup>450</sup>.

No mesmo sentido, entendendo que o art. 32º, n.º8, da CRP, na sua interpretação abrange também os particulares, pronuncia-se FIGUEIREDO DIAS<sup>451</sup> enunciando a norma como a «*(...) continuação, a nível de processo do direito fundamental dos cidadãos à integridade da pessoa (...)*», consagrado nos arts. 1º e 26º da CRP. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA<sup>452</sup> defendem que o art. 32º, n.º8, da CRP, tem como finalidade limitar os interesses do processo criminal pela dignidade humana e pelos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático.

Seguindo na mesma linha, JORGE MIRANDA<sup>453</sup> entende que deve ser dada a maior eficácia possível às normas constitucionais dentro do sistema jurídico e, assim sendo, há que interpretar o art. 32º, n.º8, da CRP, em harmonia, não lhe retirando a sua força constitucional. Tal entendimento apoia-se no *princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais* (vide art. 18º, n.º1, da CRP), que tem aplicação imediata<sup>454</sup>,

---

<sup>447</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 235 e ss.

<sup>448</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 237.

<sup>449</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 237 e 238.

<sup>450</sup> Sobretudo, quanto à compressão dos direitos individuais.

<sup>451</sup> Cfr. DIAS, Figueiredo, *La Protection Des Droits...op. cit.*, pp. 182 e 183 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 238.

<sup>452</sup> Cfr. CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República...op. cit.*, 1º vol., pp. 218 *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 237 a 240.

<sup>453</sup> Cfr. MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional (Direitos Fundamentais)*, Tomo IV, 5ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 319.

<sup>454</sup> J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA defendem que, em termos jurídico-dogmáticos e tendo em conta o art. 18º, n.º1, da CRP, os direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis pois, por um

implicando igualdade de tratamento entre o Estado e os particulares, mas também entre os próprios particulares<sup>455</sup>. Assim, temos de considerar estarem feridas de *nulidade* as provas que sejam ilicitamente obtidas por entidades públicas e, também, por particulares.

Por nossa parte, entendemos que a rigidez de tal entendimento do art. 32º, n.º8, da CRP, não é de sufragar, pois levaria à nulidade de toda e qualquer prova ilícita e, conseqüentemente, à violação de direitos fundamentais, não existindo qualquer flexibilidade perante situações mais delicadas.

Seguindo o trajecto de uma «*nova corrente*», JOSÉ ABRANTES<sup>456</sup> defende que o art. 32º, n.º8, da CRP, é directamente aplicável ao Processo Civil (tal como defendido por ISABEL ALEXANDRE, pois o preceito constitucional apenas especifica alguns direitos constitucionalmente previstos e que, por força do art. 18º, n.º1, da CRP, estão constitucionalmente consagrados contra particulares) entendendo que, à partida, a regra geral é de que as provas ilícitas são admissíveis 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 cede e, através do *critério da proporcionalidade* e da ponderação dos bens jurídicos em jogo, poderá a prova ilícita ser admissível. Na mesma linha segue MIGUEL MESQUITA<sup>457</sup> (posições que corroboramos), defendendo que esta é a solução mais conforme com o fim do processo, tendo a capacidade de proteger caso a caso os bens jurídicos em causa, tendo em consideração os interesses dos vários intervenientes processuais, permitindo eu o juiz decida de forma a tutelar os bens que se mostrem carecidos de maior protecção.

## 2.1. Nulidade da prova

A grande questão consiste em saber se a *nulidade* a que se refere o art. 32º, n.º8, da CRP, é uma nulidade processual *absoluta* ou *relativa*<sup>458</sup>.

Em primeiro lugar, saliente-se que o uso da expressão «*nulidade*», no âmbito do direito probatório, significa: 1) A proibição de valorar um determinado resultado

---

lado, são concebidos e têm valor constitucional de normas concretamente definidoras de posições jurídicas e, por outro lado, têm carácter *prima-facie* (ou seja, aplicam-se sem necessidade de interposição conformadora de outras entidades, nomeadamente do legislador), cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República...op. cit.*, pp. 382.

<sup>455</sup> Cfr. MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito...op. cit.*, pp. 324 e ss., quanto à vinculação das *entidades públicas*, pp. 331 e ss., quanto à vinculação das *entidades privadas*.

<sup>456</sup> Este ilustre autor entende que o art. 32º, n.º8, da CRP, consagra, efectivamente, a proibição de determinados meios de prova (sejam eles obtidos por particulares ou por autoridades públicas), cfr. ABRANTES, José João, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 35 e ss.; ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 238 e 239. No mesmo sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 188 e ss.

<sup>457</sup> Assim, MIGUEL MESQUITA, nos seus ensinamentos orais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

<sup>458</sup> Sobre a nulidade relativa e absoluta, vide GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 22ª ed. revista e atualizada, Malheiros Editores, São Paulo, 2006, pp. 367 e 368 *apud* CORREIA, Têssia Matias, *A Prova...op. cit.*, pp. 131 e ss.

probatório e, 2) Implicitamente, a proibição de admitir um determinado meio de prova que tenha sido obtido em violação do disposto no art. 32º, n.º8, da CRP<sup>459</sup>.

ISABEL ALEXANDRE<sup>460</sup> enfatiza que, mesmo no âmbito do Processo Penal, podemos encontrar soluções divergentes, tudo dependendo do carácter disponível ou indisponível do direito violado (a *nulidade absoluta* que há quando o art. 126º, n.º1 e n.º2, do CPP, é violado, contrasta com a *nulidade relativa* que decorre da violação do art. 126º, n.º3, do CPP). Tal entendimento é alvo de *contestações*, defendendo uma parte da doutrina que deve ser atribuída *nulidade absoluta* também ao art. 126º, n.º3, do CPP, por força do art. 32º, n.º8, da CRP e do art. 126º, n.º4, do CPP.

No âmbito Processual Civil, a nulidade referente à problemática das *provas ilícitas* aponta no sentido de se proibir a admissibilidade de um certo meio de prova, tal como a sua valoração no interior do processo, caracterizando-se como *ilícito* devido à violação de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

Por seu turno, somos ainda confrontados com duas outras questões: 1) Em que termos pode o juiz recusar a admissão de um determinado meio de prova (*prova ilícita pré-constituída*; v.g., meio de prova obtido mediante «*coacção*» ou «*ofensa da integridade moral*»), sendo certo que o que está em causa é um acto ilícito material (e não processual)? e, 2) Na hipótese de a ilicitude ocorrer dentro do processo (*prova ilícita constituenda*), como deve reagir o julgador perante o resultado probatório ilícito? Vejamos.

## 2.2. Ilicitude ocorrida fora do processo

Estando perante uma *prova ilícita pré-constituída* (ou seja, uma prova obtida ou constituída mediante condutas ilícitas, ocorridas em momento anterior ao seu ingresso no processo, culminado na violação de direitos materiais), caso o julgador decida que esta é inadmissível, estará a basear-se na protecção desses direitos materiais à luz da Constituição. E, como tal, não se socorrerá do art. 195º, referente às *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 verifica<sup>461</sup>.

Nesse âmbito, a prova padecerá de uma *nulidade material*, devendo ser considerada *processualmente inadmissível* devido à ofensa de direitos fundamentais. Não se aplica o regime constante do art. 195º por dois motivos: 1) O regime previsto no NCPC traduz-se numa disposição que visa sancionar os actos processuais, tendo o ilícito em causa sido praticado exteriormente à órbita processual (ilícito material) e, 2) Está em causa uma

<sup>459</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 261 e 262.

<sup>460</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 261 e 262.

<sup>461</sup> Assim, MIGUEL MESQUITA, nas aulas do 2º ciclo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.



violação de direitos materiais (ilicitude material), ultrapassando o círculo do direito processual e, como tal, não há lugar apenas a uma mera nulidade do processo.

Por último, como esclarece ISABEL ALEXANDRE<sup>462</sup>, no âmbito Processual Civil, não será esta nulidade nem absoluta, nem relativa, por não estarem em jogo actos processuais.

Concluindo, a autora refere que, apenas depois de ouvir as partes quanto à admissibilidade dos meios de provas obtidos ilicitamente, deve o juiz rejeitá-los na hipótese de não preencherem os requisitos legais (assim, v.g., arts. 354º, 393º e 394º do CC), já que carecia de sentido que tivesse poderes de rejeição da prova mais limitados nas situações previstas no art. 32º, n.º8, CRP<sup>463</sup>.

### 2.3. Ilicitude ocorrida no processo

Podemos distinguir as provas produzidas no procedimento probatório, feridas de ilicitude (*prova ilícita constituenda*), praticadas pelo próprio julgador, pelas partes ou por terceiros. O que pretendermos determinar é se tal ilicitude deve ser considerada uma *nulidade material* (não obstante ocorrer dentro do processo, tendo em vista a violação de direitos fundamentais) ou, contrariamente, uma mera *nulidade processual* (sendo, neste caso, a nulidade de conhecimento oficioso pelo julgador ou, na hipótese de não ser nulidade principal, apenas poderá ser arguida pela parte interessada<sup>464</sup> (*vide* arts. 196º, 197º, 629º e 630º)).

ISABEL ALEXANDRE<sup>465</sup>, nestas situações, por força do art. 32º, n.º8, da CRP, exclui a aplicação da nulidade por acreditar que tal disposição 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; a autora acaba por concluir que o art. 32º, n.º8, da CRP, *implicitamente*, remete para a lei processual e como, cumulativamente, se verifica «*a inexistência de correspondência entre o tipo de nulidade e o carácter disponível ou não dos direitos*», devem aplicar-se, no âmbito do Direito Processual Civil, os arts. 195º e ss. às provas que sejam ilicitamente produzidas no processo (*provas ilícitas constituendas*).

Quanto à aplicação do art. 195º às violações processuais, concretizadas em ilicitudes materiais no procedimento probatório, ISABEL ALEXANDRE mostra-se defensora de um entendimento rigoroso e inflexível: sempre que haja violação de uma norma processual relativa ao procedimento probatório, e reporte-se ou não à Constituição,

---

<sup>462</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 264.

<sup>463</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 263 a 267.

<sup>464</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 266.

<sup>465</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 266 e 267.

a consequência é sempre certa: aplicação e interpretação da mesma nos termos dos arts. 195º e ss.<sup>466</sup>.

Com efeito, constatamos que a posição defendida pela autora considera que o regime da nulidade das *provas ilícitas constituendas* (cuja inadmissibilidade pode ser retirada da CRP) deve ser enquadrado nos arts. 195º e ss., devendo ter aplicação o regime semelhante ao das provas ilícitas previstas pela lei processual. Assim, não faz esta autora qualquer diferenciação entre a *ilicitude material* presente (por violação de direitos materiais) e a *ilicitude processual*.

Em nossa opinião, cremos que os arts. 195º e ss. foram pensados pelo legislador para serem aplicáveis no âmbito da *ilicitude processual*.

Dito isto, a tese que sufragamos é a que MIGUEL MESQUITA<sup>467</sup> perfilha: caso seja praticada uma *ilicitude no âmbito processual* (nomeadamente, no procedimento probatório), considerando que está em causa uma *ilicitude material*, o resultado será a proibição de valoração no processo das provas assim obtidas, por lesão de direitos fundamentais e, conseqüentemente e por força da CRP, serão as mesmas *nulas*. Mesmo que esteja em causa a violação de um verdadeiro preceito processual que tutele direitos materiais (v.g., o art. 417º, n.º3<sup>468</sup>, que consagra o *direito de recusa para a descoberta da verdade*), a solução será esta.

### **3. Solução equilibrada: ponderação dos interesses em jogo**

Do facto de o *direito à prova* ser um direito fundamental e, por outro lado, da prova ilícita ser obtida, sobretudo, à custa da violação de direitos fundamentais de personalidade, a problemática que suscita a sua admissão em Processo Civil levará a uma confrontação entre, por um lado, os arts. 20º da CRP e, por outro lado, 25º e 26º da CRP.

Desta forma, existindo um *conflito entre direitos fundamentais*, terá de ser realizada uma *ponderação dos interesses* em jogo, de modo a apurar aqueles que devem ser considerados prioritários e, como tal, merecedores de uma maior protecção. E, por isso, a prova ilícita pode perfeitamente ser considerada *admissível*.

Desta forma, temos de recorrer a um *critério de proporcionalidade*: 1) Deve ficar demonstrado que estamos perante um facto cuja veracidade muito dificilmente se conseguirá demonstrar de outro modo que não recorrendo à prova ilícita e, 2) Tem de ser ponderar se a violação do direito fundamental, aquando da obtenção ou produção do meio

---

<sup>466</sup> Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 145 e 14.

<sup>467</sup> Assim, MIGUEL MESQUITA, nas aulas do 2º ciclo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

<sup>468</sup> Esta norma constitui uma consagração *indirecta* da não admissão das provas ilícitas (*ilicitude constituenda*), gerando a *nulidade das provas*, sobretudo, devido à lesão de direitos fundamentais (e não devido a uma simples lesão de regras processuais), impedindo igualmente a sua valoração no processo.

probatório, se justifica tendo em conta os valores que com a prova ilícita se pretenda proteger.

MARINONI defende que a solução do problema das *colisões entre direitos fundamentais* implica que haja, necessariamente, aplicação de um *critério de proporcionalidade* ou, nas palavras do autor, «um método de balanceamento de bens no caso concreto»<sup>469</sup>.

No mesmo sentido, REIS NOVAIS<sup>470</sup> afirma 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».

GOMES CANOTILHO defende que, com a *ponderação de bens*, o que se pretende é que exista, em concreto, um equilíbrio dos bens em conflito, através do *princípio da proporcionalidade*, optando por uma solução *necessária, adequada e razoável*; contudo, *ponderação* e *proporcionalidade* são conceitos distintos mas, porque funcionam como uma *unidade*, não podem ser aplicados isoladamente (caso haja uma colisão de direitos fundamentais, estes não devem ser observados como um caso isolado, mas sim integrados no todo do qual são inseparáveis).

No âmbito da *prova ilícita*, realizamos a mesma trajectória lógica quando estejamos perante casos em que haja *colisão de direitos fundamentais*. Nesse sentido, através de um *critério de proporcionalidade*, opta-se pela *admissibilidade* da prova ilícita quando ela seja o *único caminho possível e razoável à tutela de outros valores* para tutelar outros valores superiores. JOSÉ ABRANTES<sup>471</sup> defende que não se pode aceitar a violação de direitos fundamentais com base na justificação do mero interesse processual na descoberta da verdade. A este propósito, veja-se o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 25/09/2002<sup>472</sup>, referente ao sigilo das mensagens «via internet», em que o tribunal acabou por decidir, ponderados todos os valores e bens em conflito, que a empresa «Via Net.Works» estava obrigada a identificar os autores, suspeitos da prática de um crime de injúrias através de várias mensagens que trocaram «via internet», tendo assim o dever de sigilo profissional a que a empresa se encontra adstrita de ceder perante o dever de cooperação com a justiça.

Nesta linha, como referem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA<sup>473</sup>, restringir qualquer direito fundamental tem de ter uma justificação relativamente à sua *necessidade* e *adequação* quanto à prossecução de um determinado objectivo público

---

<sup>469</sup> Cfr. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz, *Prova...op. cit.*, pp. 249 *apud* CORREIA, Têssia Matias, *A Prova...op. cit.*, pp. 131 e ss.

<sup>470</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais...op. cit.*, pp. 179.

<sup>471</sup> Cfr. ABRANTES, José João, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 36.

<sup>472</sup> Proc. n.º 0141415, relatora Isabel Pais Martins.

<sup>473</sup> Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República...op. cit.*, pp. 392 e 393.

(nesse caso, a *descoberta da verdade*) e, por fim, tem de ser *proporcional* ao respectivo objectivo que se procure alcançar.

Para GILMAR MENDES<sup>474</sup>, o sacrifício do direito envolvido implica que haja a compressão dos direitos fundamentais no menor grau possível, saindo a sua essência sempre preservada (ou, nas palavras de VIEIRA DE ANDRADE<sup>475</sup> «*o seu núcleo essencial*»), tendo em vista a necessidade desses direitos «serem compatibilizados com outros bens, interesses ou valores igualmente dignos de protecção jurídica»<sup>476</sup>.

No mesmo seguimento, CANOTILHO e VITAL MOREIRA<sup>477</sup> defendem que o limite absoluto e intangível para restringir direitos, liberdades e garantias, consiste no respeito do «*conteúdo essencial*» das disposições normativas. REIS NOVAIS<sup>478</sup>, criticamente, conclui que, na prática e no quadro do critério da proporcionalidade, o que acaba por ser ponderado não são bens, valores ou interesses, mas sim, *vantagens e desvantagens recíprocas* de alternativas legítimas e disponíveis<sup>479</sup>.

Aliás, alguns tribunais portugueses têm vindo a aderir a este entendimento, como se pode observar nos acórdãos que seguidamente iremos analisar.

No Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 06/03/04<sup>480</sup>, afirmou-se o seguinte: «(...)a orientação que admite a prova com algumas restrições, consoante o caso concreto e os interesses em conflito, independentemente de se aceitar com maior ou menor reserva a aplicação analógica do art. 32º da Constituição, é a mais razoável e a que melhor se ajusta aos princípios e normas em vigor, sem olvidar, obviamente, a relevância que a prova, cuja junção se pretende, tem no caso concreto. Ou seja, a ilicitude na obtenção de determinados meios de prova não conduz necessariamente à proibição da sua admissibilidade, mas também não implica, a garantia do seu aproveitamento».

Já no Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 09/06/09<sup>481</sup>, após se referir que a aplicação analógica do art. 32º, n.º8, da CRP, ao Processo Civil não configura uma solução inteiramente pacífica, afirmou-se parecer mais adequado «*pelo menos no que toca a certos*

<sup>474</sup> Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica Constitucional...op. cit.*, pp. 183 *apud* CORREIA, Tércia Matias, *A Prova...op. cit.*, pp. 131 e ss.

<sup>475</sup> Cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1987, pp. 223 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica Constitucional...op. cit.*, pp. 183 *apud* CORREIA, Tércia Matias, *A Prova...op. cit.*, pp. 131 e ss.

<sup>476</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 570 e ss. *apud* CORREIA, Tércia Matias, *A Prova...op. cit.*, pp. 131 e ss.

<sup>477</sup> Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República...op. cit.*, pp. 393.

<sup>478</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos...op. cit.*, pp. 570 e ss. *apud* CORREIA, Tércia Matias, *A Prova...op. cit.*, pp. 131 e ss.

<sup>479</sup> Cfr. NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais...op. cit.*, pp. 185 *apud* CORREIA, Tércia Matias, *A Prova...op. cit.*, pp. 131 e ss. O sublinhado é nosso.

<sup>480</sup> Proc. n.º 1107/2004-6, relator Fátima Galante, disponível in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>481</sup> Proc. n.º 321/05.6TMFUN-C.L1-7, relator Maria do Rosário Morgado, disponível in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

*direitos fundamentais (como será o caso do direito à intimidade), perante uma eventual colisão de direitos, encontrar a solução que à luz da ponderação dos interesses em jogo, averiguando, caso a caso, qual o direito fundamental atingido e as circunstâncias que rodearam a actuação «lesiva»».*

Ainda noutro Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30/06/11<sup>482</sup>, partindo-se do princípio de que o *direito à prova* se encontra constitucionalmente consagrado no art. 20º da CRP, bem como de que «*a restrição incomportável da faculdade da apresentação de prova me juízo impossibilitaria a parte de fazer valer o direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efectiva (...)*» ficou estabelecido que, «*(...) destinando-se o dever de reserva e confidencialidade previsto no art. 22º do Cód. Trab. a proteger direitos pessoais como o direito à reserva da vida privada consagrado no art. 26º da Constituição da República Portuguesa e 80º do Cód. Civil, enquanto que o dever de cooperação para a descoberta da verdade visa a satisfação do interesse público da administração da justiça, a contraposição dos dois interesses em jogo deve, no caso concreto, ser dirimida, atento o teor do pedido e da causa de pedir da acção, com prevalência do princípio do interesse preponderante, segundo um critério de proporcionalidade na restrição de direitos e interesses constitucionalmente, protegidos, como decorre do art. 18º, nº2, da Constituição da República Portuguesa (...)*».

Referiu-se ainda que as limitações quanto à admissibilidade de meios de prova são apenas as que resultam do art. 417º, «*face à inexistência de qualquer concretização das normas constitucionais respeitantes a direitos fundamentais, na área do processo civil, em que a garantia constitucional é menos intensa do que acontece no processo penal, onde já existe uma regulamentação completa das situações em que se concretiza a ilicitude na obtenção de determinados meios probatórios*». Aliás, se assim não fosse «*a garantia constitucional constituiria a desprotecção dos meios de prova mais valiosos, em benefício dos mais frágeis, a verdade material ficaria à mercê das vicissitudes da prova testemunhal e o processo civil seria o parente pobre do dispositivo em via reduzida*».

Também no âmbito do Processo Penal, no caso de provas ilicitamente obtidas por particulares, alguma jurisprudência tem mostrado propensão para a análise do caso concreto a fim de se poder determinar o interesse prevalecente.

No Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 06/03/2013<sup>483</sup>, considerou-se que não constitui prova proibida a divulgação de uma conversa telefónica pelo sistema de alta voz quando essa comunicação «*é o meio utilizado para cometer um crime de ameaças ou injúrias e a vítima consinta, de modo expresso ou implícito, na sua divulgação a terceiros como forma de se proteger de tais ameaças ou injúrias*».

---

<sup>482</sup> Proc. n.º 439/10.3TTCSC-A.L1-4, relator Isabel Tapadinhas, disponível in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>483</sup> Proc. n.º 119/11.2GDAND.C1, relatora Alice Santos, disponível in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Em sentido divergente, considerando que a prova testemunhal baseada em factos conhecidos através do sistema de alta voz constitui uma *prova nula*, Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 28/10/2008, proc. n.º 103/06.8GA.AGN.C1, relator Vasques Osório.

E também no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 06/03/2013<sup>484</sup>, considerou-se que as mensagens escritas (vulgo «sms») que haviam sido remetidas pelo arguido ao queixoso via telemóvel, e cujo conteúdo foi copiado pelas autoridades judiciárias e junto ao processo, constituem um *meio de prova lícito*, não havendo qualquer intromissão na vida privada; neste caso, e uma vez que as mensagens, depois de recebidas, deixam de ter a natureza de comunicação em transmissão, deve às mesmas ser aplicado o *regime da correspondência escrita*, tal como se de correio tradicional se tratasse.

#### 4. Conclusão

Várias têm sido as teses que têm surgido a respeito da problemática da prova ilicitamente obtida e dos seus efeitos processuais que, como vimos, defendem a *livre admissibilidade (tese liberal)*, a *inadmissibilidade (tese restritiva)*, ou, por fim, a *admissibilidade condicionada ou limitada* da prova ilícita (*tese mitigada* ou «*nova corrente*»).

Nos termos desta última tese, observamos uma nova tendência, baseada nas ideias contemporâneas do Processo Civil, que se pautam pela gestão processual, diligência e celeridade, sempre tendo como horizonte a justa composição do litígio aliada à descoberta da verdade, sempre que ela seja coerente com a protecção e salvaguarda dos direitos fundamentais.

É esta a tese que, como já vimos deixando antever, colhe a nossa preferência.

Na «*nova corrente*», são ponderados os inúmeros valores individuais em causa, no caso concreto, apontando esta tese para uma solução que confere «maior justiça», revelando-se a mais apropriada e adequada, e levando a que o julgador valore aquilo que é pertinente e deixando de lado os expedientes meramente dilatatórios, mas sem nunca se olvidar da *protecção dos direitos fundamentais*, tendo a sua decisão de decorrer sempre no sentido de dar prevalência ao bem jurídico mais carecido de tutela, sem esquecer os outros objectivos do processo. Esta é, ainda, a única corrente que recorre ao *critério da proporcionalidade*, ponderando os vários bens jurídicos em conflito, admitindo que um direito possa ser comprimido em detrimento da prevalência de outro, de forma a ser cumprida a justiça do caso concreto.

Alguma doutrina, pautada por cânones rígidos e arcaicos, em tom crítico refere que este recurso ao *critério da proporcionalidade* é dotado de elevado subjectivismo e casuísmo. Rejeitamos, por completo, esta ideia.

Relativamente à posição que o legislador assume no NCPC, tal merece a nossa censura, pois continua a existir um «silêncio feroz» quanto às *provas ilícitas pré-constituídas*. Apesar de ser uma postura que vem sendo assumida em praticamente todos os

---

<sup>484</sup> Proc. n.º 3453/2008-5, relator Simões de Carvalho, disponível in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). No mesmo sentido, vide Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 03/12/2013, proc. n.º 37/12. 7TBALJ-A.P1, relator José Igreja Matos.

ordenamentos jurídicos, não poderíamos deixar de referir ser esta uma postura de difícil compreensão e, pior, de quase impossível aceitação. Devido à especial sensibilidade e complexidade que a problemática assume, talvez tenha o legislador constituinte optado continuar em silêncio e «dar a palavra» à doutrina e à jurisprudência. Mas, repisamos a ideia, seria de extrema importância e utilidade que, expressamente, se pronunciasse. Por nossa parte, e tendo em conta que «(...) o juiz deixou de ser um mero «engenheiro civil» (...) para passar a ser, também, ele próprio, o arquitecto do processo»<sup>485</sup>, acreditamos que tal impasse irá, um dia, ser resolvido e, esperamos nós, com a consagração expressa da «nova corrente», pois esta é a solução mais acertada e razoável tendo em conta os «ventos» de mudança que se vivem.

---

<sup>485</sup> Cfr. MESQUITA, Miguel, *Princípio da Gestão Processual: o «Santo Graal» do Novo Processo Civil?*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº 3995, Novembro/Dezembro 2015, ano 145º, pp. 83.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Terminado o nosso estudo, em jeito de síntese conclusiva, merecem destaque os seguintes pontos:

1. A prova tem como objectivo a demonstração da realidade dos factos.
2. A finalidade do Processo Civil é alcançada com a justa composição do litígio e, conseqüentemente, com a descoberta da verdade material.
3. Apesar da distinção entre verdade formal e verdade material, esta última é a única que é considerada processualmente relevante.
4. A prova assume um papel fundamental na descoberta da verdade, correspondendo a um verdadeiro direito fundamental que emana do direito de acção e de defesa, constitucionalmente protegido e reconhecido no art. 20.º, n.º1, da CRP.
5. O direito probatório contém as normas processuais referentes às provas e, ao ser utilizado no processo, tem como objectivo regular todo o conteúdo da prova.
6. Contrariamente ao que se verifica no Processo Civil português, no Processo Penal é expressamente proibida a produção e valoração de provas ilícitas.
7. O tratamento, na esfera do Processo Penal, que é dado às provas ilícitas é divergente, nomeadamente porque as partes não estão numa posição igualitária, o que implica a concessão de uma maior tutela por parte do legislador.
8. Designadamente, o art. 32.º, n.º8, da CRP, consagra as Garantias do Processo Criminal, inclusive a proibição das provas ilícitas.
9. Limitando-se a transpor o previsto no art. 32.º, n.º8, da CRP, o art. 126.º, do CPP, consagra a mesma posição em matéria de proibição das provas ilícitas.
10. A prova ilícita pode ser definida como aquela cuja obtenção ou produção implica a lesão de direitos fundamentais, quer a ilicitude haja sido formada dentro ou fora da órbita processual: *prova pré-constituída* ou *prova constituenda*, respectivamente.
11. A prova ilícita não deve ser confundida com as suas figuras afins: ilegítima, inadmissível, invalidamente constituída, viciada, imoral e atípica.
12. Os princípios processuais são autênticas «bóias de sinalização»<sup>486</sup> à navegação quanto à admissibilidade da prova ilícita.
13. O princípio da livre apreciação das provas não significa livre admissibilidade de toda e qualquer prova, exigindo-se o recurso a outros princípios, nomeadamente o princípio da proporcionalidade.
14. Segundo o princípio da cooperação, todas as pessoas, sejam ou não partes no processo, devem cooperar entre si na descoberta da verdade, v.g., art. 417.º, n.º1.
15. Do art. 417.º não pode ser extraído nenhum princípio que proíba a apreciação da prova ilícita no Processo Civil português.

---

<sup>486</sup> Esta expressão é da autoria de GERALDES, António Santos, *Temas da Reforma do Processo Civil*, Almedina, Tomo I, pp. 21 *apud* VALLES, Edgar, *Prática...op. cit.*, pp. 77.



16. Assiste-se a uma actuação conjunta do princípio do dispositivo e do princípio do inquisitório, implicando uma intervenção processual activa do juiz.
17. O tribunal deve atender a todas as provas que sejam produzidas no processo, desde que lícitas, tendo as partes liberdade para determinar quais os meios de prova que lhe são mais convenientes para ganhar o processo, nos termos do art. 413.º.
18. Não sendo o direito à prova um direito absoluto, existem proibições de prova.
19. No direito comparado, na maioria dos ordenamentos jurídicos, não há qualquer preceito normativo que expressamente determine a (in)admissibilidade das provas ilícitas, variando as soluções entre as teses favoráveis à admissibilidade, teses favoráveis à inadmissibilidade e teses mistas.
20. Do art. 417.º, n.º3, decorre a recusa justificada do dever de colaboração das partes, podendo fundamentar a inadmissibilidade de determinados meios de prova que lesem direitos fundamentais.
21. O legislador português não consagrou expressamente nenhuma norma quanto à (in)admissibilidade da prova ilícita, relegando tal tarefa para a doutrina e para a jurisprudência.
22. Em nosso entender, a posição adequada é a que defende a admissibilidade, no Processo Civil, de determinados meios de prova ilícitos, mas apenas na hipótese de estes se afigurarem como a única via possível e razoável para proteger outros valores ou direitos fundamentais carecidos de maior tutela, tendo em conta o princípio da proporcionalidade.
23. O princípio da proporcionalidade assume especial relevância no âmbito do direito à prova pois, uma vez que a prova ilícita é conseguida, sobretudo, em violação de outros direitos constitucionais (v.g., os previstos nos arts. 25.º e 26.º, da CRP), encontramos-nos perante uma situação de colisão de direitos fundamentais.
24. Quando se verifica tal situação, é mediante um juízo de proporcionalidade que se irá determinar, no caso concreto, qual dos direitos deve prevalecer.
25. Assim, não defendemos a aplicação analógica do art. 32.º, n.º8, ao Processo Civil, pois este preceito além de dever ser exclusivamente aplicado ao Processo Penal, conduziria a um desproporcionado e excessivo sacrifício do direito à prova de forma a proteger outros direitos fundamentais.
26. Assim, no campo da prova ilícita em Processo Civil, sempre terá de se recorrer a um critério de proporcionalidade: em primeiro lugar, exige-se a demonstração de que estamos perante um facto que apenas pode ser provado com recurso a um meio de prova ilícito e, em segundo lugar, terá sempre de ser realizado um balanceamento para determinar se a violação do direito fundamental é justificável tendo em conta os valores que se pretendem proteger com a prova ilícita.
27. Na hipótese de a prova ilícita não ser o único meio possível e razoável, a prova é nula.
28. A tais situações de ilicitude material não se aplica, todavia, o regime geral sobre a nulidade dos actos constante dos arts. 195.º e ss., pois tais situações foram entendidas pelo legislador como situações de «mera nulidade processual».

ABRANTES, José João, *Prova Ilícita (Da sua Relevância no Processo Civil)*, Revista Jurídica, nº7, nova série, AAFDL, Lisboa, Julho/Setembro, 1986;

ABREU, Carlos Pinto de, *Estratégia Processual – De Uma Visão Bélica Para Uma Perspectiva Meramente Processual*, Lisboa, 2000;

ALBUQUERQUER, Paulo Pinto, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª ed. atualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008;

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

\_\_\_\_\_ *A Fase da Instrução e Novos Meios de Prova no Código de Processo Civil de 2013*, Revista do MP, nº 134, Abril/Junho 2013;

ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual Civil*, vol. I, Almedina;

\_\_\_\_\_ *Direito Processual Civil*, vol. II, Almedina, 2015;

ALMEIDA, Marklei de, *Provas Ilícitas por Derivação: Uma Análise do Nexo de Causalidade*, Outubro, 2015, disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9376/Provas-ilicitas-por-derivacao-uma-analise-do-nexo-de-causalidade>;

ALONSO, Carlos Miguel y, *Los Principios de la Carga de la Prueba en el Proceso civil*, Boletim da Faculdade de Direito, vol. XXXIII;

AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito Processual Civil*, 7ª edição, Almedina;

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

ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 4ª reimpressão, Almedina, 1974;

\_\_\_\_\_ *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1976;

ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013;

ARTES, Carmen Ordoño, *Aspectos Generales sobre la Prueba Processual (en el Proceso Civil)*, Ediciones Tat, Granada, 1988;

---

<sup>487</sup> O elenco das obras citadas com a menção *op. cit.*, por o serem mais de uma vez.

AVENA, Norberto, *Processo Penal para Concursos Públicos*, 4ª ed., Método, São Paulo, 2008;

ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *Provas Ilícitas e Proporcionalidade: Uma Análise de Colisão Entre os Princípios da Proteção Penal Eficiente e da Inadmissibilidade das Provas Obtidas por Meios Ilícitos*, Dissertação de Mestrado em Direito, na Área de concentração de «Direito, Estado e Constituição» apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2006;

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, *Provas Ilícitas, Interceptações Telefônicas, Ambientais e Gravações Clandestinas*, 4ª ed., revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010;

\_\_\_\_\_ *Provas Ilícitas, Interceptações Telefônicas, Ambientais e Gravações Clandestinas*, 6ª ed., revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015;

BARGI, Alfredo, GAITO, Alfredo, SAGNOTTI, Simona C., *Teoria e Prassi Della Prova – Profili Processual - Filosofici*, Universitaria, UTET Giuridica, Torino, 2009;

BORGES, Hermenegildo F., *Teoria da Argumentação e Motivação Judiciária*, Comunicação feita no CEJ, in *Revista do Instituto Nacional de Polícia e Ciências Criminais*;

BRANCO, Isabel Maria Fernandes, *As Gravações e Fotografias Ilícitas Como Prova a Valorar no Âmbito do Processo Penal e Civil (Tendências Jurisprudenciais)*, in *Seminário Especializado: A Prova em Direito Enquanto Juízo e Enquanto Narrativa, Perspectivas Dogmáticas e Metodológicas*, no âmbito do 3.º ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Junho, 2015;

CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, 9ª edição, Tomo II, Lisboa, 1972;

CALHEIROS, Maria Clara, *Para uma Teoria da Prova*, Coimbra Editora;

\_\_\_\_\_ *Verdade, Prova e Narração*, Revista do CEJ, nº 10, 2º semestre, 2008;

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;

CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007;

\_\_\_\_\_ *Métodos de Protecção de Direitos, Liberdades e Garantias*, in BFD, Volume Comemorativo do 75º Tomo, 2003;

CAPELO, Maria José, *Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22 de Junho de 2010*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 143º, nº 3985, Março/Abril, 2014;

\_\_\_\_\_ *As Verificações Não Judiciais Qualificadas: Reforço ou Desvirtuamento da Prova Por Inspeção Judicial?*, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 144º, n.º 3992;

CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a Admissibilidade da Prova Ilícita no Processo Civil Português*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012;

CARNELUTTI, Francesco, *Illecita Produzione di Documenti*, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1935, vol. XII – Parte II;

\_\_\_\_\_ *Sistema di Diritto Processuale Civile*, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1935, vol. XII – Parte I;

CARVALHO, Orlando de Vasconcelos, *Questões de Direito Processual*, *Revista dos Tribunais*, ano 87º, 1969;

CASANOVA, J. F. Salazar, *Provas Ilícitas em Processo Civil Sobre a Admissibilidade e Valoração de Meios de Prova Obtidos pelos Particulares*, in *Revista Direito e Justiça*, vol. XVIII, Tomo I, 2204;

CASTRO, Artur Anselmo de, *Lições de Processo Civil*, vol. III, Almedina, Coimbra, 1973;

\_\_\_\_\_ *Lições de Processo Civil*, 4º volume, Atlântida, Coimbra;

CAVALLONE, Bruno, *Critica Della Teoria Delle Prove Atipiche*, in *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXXIII, II Série, nº4, 1978;

CORDERO, Franco, *Prove Illecite*, in *Tree Studi Sulle Prove Penali*, Giuffrè, Milano, 1963;

CORREIA, João Conde, *Qual o Significado de Abusiva Intromissão na Vida Privada, no Domicílio, na Correspondência e nas Telecomunicações (art. 32º, nº8, 2ª parte da CRP)?*, in *Revista do MP*, n.º 79;

CORREIA, Téssia Matias, *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, Coimbra, 2015;

CROSS, Rupert, *Cross on Evidence*, Third Edition, Butterworth Heinemann;

CUSTÓDIO, Sérgio Filipe Barata Lourenço, *Provas Ilícitas em Processo Civil: o Princípio da Proporcionalidade*, Dissertação apresentada no âmbito do 2º ciclo de Estudos em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011;

DEU, Teresa Armenta, *A Prova Ilícita – Um Estudo Comparado*, Monografias jurídicas, trad. Nereu José Giacomolli, 1ª ed., Marcial Pons Editora, São Paulo, 2014;

DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1974;

FARIA, Paulo Ramos de e LOUREIRO, Ana Luísa, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*, vol. I, Almedina, 2013;

\_\_\_\_\_ *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*, vol. II, Almedina;

FENOLL, Jordi Nieva, *La Valoración de la Prueba*, Marcial Pons;

FREITAS, José Lebre de, *A Acção Declarativa Comum – À Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013;

\_\_\_\_\_ *A Falsidade no Direito Probatório, Contribuições para o Estudo da Prova Documental*, Almedina, Coimbra, 1984;

\_\_\_\_\_ *Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios Gerais*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2009;

FREITAS, José Lebre de, MACHADO, A. Montalvão e PINTO, Rui, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 2º, Coimbra Editora;

GOLDSCMIDT, James, *Der Prozess als Rechtslage*, Springer, Berlin, 1925;

GÖSSEL, Karl-Heinz, *As Proibições de Prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, Fase 1, Janeiro-Março, trad. de Manuel da Costa Andrade;

GOUVEIA, Mariana França, *A Prova*, Themis: revista de Direito Ed. Esp., 2008;

GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas Ilícitas, Interceptações e Escutas*, 1.ª ed., Gazeta Jurídica Editora, Brasília, 2013;

GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 22ª ed. Revista e actualizada, Malheiros Editores, São Paulo, 2006;

GUANTER, Salvador del Rey, *Nuevas Técnicas Probatorias, Obtención Ilícita de la Prueba y Derechos Fundamentales en el Proceso Laboral*, in *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 37, Enero/Marzo, Civitas, 1989;

GUASP, Jaime, ARAGONESES, Pedro, *Derecho Procesal Civil*, Tomo Primero, 7ª edición, Thomson Civitas;

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

JORGE, Nuno de Lemos, *Os Poderes Instrutórios do Juiz: Alguns Problemas*, Revista Julgar, n.º3, edição da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Coimbra Editora, Coimbra, 2007;

JÚNIOR, Humberto Theodoro, *Boa fé e processo – Princípios Éticos na Repressão da Litigância de Má Fé*, in Estudos de Direito Processual Civil, em Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão, coordenador Luiz Guilherme Marinoni;

JUNOY, Joan Picó, *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*, Jose Maria Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1996, pp. 354 e ss.;

LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manuale di Diritto Processuale Civili, Principi*, Quinta Edizione, Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1992;

LLOBREGAT, José Garberí e RAMÍREZ, Guadalupe Buitrón, *La Prueba Civil, Doctrina, Jurisprudencia y Formularios sobre Prueba, Procedimiento Probatorio e Medios de Prueba en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2004;

MACHADO, Costa, *Código de Processo Civil Anotado*, 6.<sup>a</sup> ed., Manole, Barueri, 2007;

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz, *Prova*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010;

MARQUES, João Paulo Remédio, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011;

MATOS, Varela de, *Conflito de Direitos Fundamentais em Direito Constitucional e Conflitos de Direitos em Direito Civil*, Ecla Editora, Porto, 1998;

MELERO, Valentín Silva, *La Prueba Procesual*, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963;

MELO, Edelemare Barbosa, *Provas Ilícitas*, in Revista dos Mestrados em Direito económico da UFBA, n.º 8;

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, *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, Edições Ática, Lisboa, 1961;

\_\_\_\_\_ *Direito Processual Civil*, vol. II, AAFDL, Lisboa, 1986/1987;

MESQUITA, Miguel, *Princípio da Gestão Processual: o «Santo Graal» do Novo Processo Civil?*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3995, Novembro/Dezembro 2015, ano 145º;

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional (Direitos Fundamentais)*, Tomo IV, 5.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014;

\_\_\_\_\_ *Processo Penal e Direito à Palavra*, Tomo 2, in *Revista Direito e Justiça*, vol. XI, 1997;

MOREIRA, José Carlos Barbosa, *A Constituição e as Provas Ilicitamente Obtidas*, Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, 1995;

\_\_\_\_\_ *O Neoprivatismo no Processo Civil*, Cadernos de Direito Privado, n° 10, Abril/Junho, 2005;

\_\_\_\_\_ *Processo Civil Contemporâneo – Um Enfoque Comparativo*, in *Scientia Iuridica*, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LV, n.º 305, 2006;

\_\_\_\_\_ *Restricciones a la Prueba en la Constitución Brasileña*, pp. 129, disponível em <http://www.publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/viewFile/212/pdf>;

NUVOLONE, Pietro, *Le Prove Vietate nel Processo Penale nei Paesi di Diritto Latino*, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Volume XXI (II Serie), 1966;

NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010;

\_\_\_\_\_ *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, 1.<sup>a</sup> 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](http://www.abdpc.org.br);

PEREIRA, José António Teles, *A Máquina da Verdade ou o Crime Feito Espectáculo*, in *Revista Sub Judice*, n.º4, 1992;

PIMENTA, Paulo, *Processo Civil Declarativo*, Almedina, 2013;

PIMENTEL, José Menéres, *A Documentação da Prova como Garantia dos Cidadãos Perante a Administração da Justiça*, in *Sub Judice*, n° 6;

PISANI, Andrea Proto, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Quinta Edizione, Jovene Editore, Napoli, 2006;

RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, Almedina, Coimbra;

REDONDO, Alberto Montón, *Nuevos Medios de Prueba y La Posibilidad de su Uso en el Proceso*, Departamento de Derecho Procesual de la Universidad de Salamanca, 1977;

REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do, *Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 9 de Dezembro de 1993*, Revista do MP, ano 15º, nº 58, Abril/Junho, 1994;

\_\_\_\_\_ *Direito Probatório (Algumas Perspectivas Para a sua Reformulação no Âmbito do Processo Civil)*, in Sub Judice, nº4, 1992;

REGO, Margarida Lima, *Decisões em Ambiente de Incerteza: Probabilidade e Convicção na Formação das Decisões Judiciais*, Revista Julgar, n.º21, 2013;

REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 1950;

RICCI, Gian Franco, *Le Prove Illecite nel Processo Civile*, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Anno XLI, Milano-Dott. A. Giuffrè Editore, 1987;

ROQUE, André Vasconcelos, *As Provas Ilícitas no Projecto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro: Primeiras Reflexões*, Revista electrónica de Direito Processual, Volume VI, Julho/Dezembro, 2010;

ROSENBERG, Leo, SCHWAB, Karl Heinz e GOTTWALD, Peter, *Zivilprozessrecht*, 17 Auflage, Verlag. C.H. Beck, 2010;

SABATE, Luiz Muñoz, *Técnica Probatoria, Estudios Sobre las Dificultades de Prueba en el Proceso*, Editorial Praxis, S.A., Barcelona, 1993;

SANTOS, Manuel Tomé Soares Gomes dos, *Um Olhar Sobre a Prova em Demanda da Verdade no Processo Civil*, Revista do CEJ, nº3, 2º semestre, 2005;

SANTOS, Paula Alexandra Magalhães dos, *Da Problemática da Prova Ilícita no Processo Civil*, Dissertação de Mestrado em Direito, na Área de Especialização de Ciências Jurídico-Processuais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Abril, 2011;

SCHÖNKE, Adolf, *Limites de la Prueba en el Derecho Procesal*, traducción de Ernesto Rohrbach Rojí, in Revista de Derecho Procesal, 1955, año XI, n.º 3;

SERRA, Adriano Vaz, *Anotação ao Acórdão de 29 de Julho de 1969*, Revista de Legislação e Jurisprudência, nº 3437, 1971;

\_\_\_\_\_ *Provas (Direito Probatório Material)*, B.M.J., n.º110;

SOBRINHO, Elício de Cresci, *Dever de Veracidade das Partes no Processo Civil*, Edições Cosmos;



SOUSA, Miguel Teixeira de, *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, LEX, Lisboa, 1995;

\_\_\_\_\_ *A Livre Apreciação da Prova em Processo Civil*, Scientia Iuridica, Tomo XXXIII, 1984;

\_\_\_\_\_ *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, 2ª edição, LEX, Lisboa, 1997;

\_\_\_\_\_ *Introdução ao Processo Civil*, 2ª edição, Lex, Lisboa, 2000;

SPIEGELBERG, José, *La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, Disposiciones Generales y Presunciones*, Aranzadi, Navarra, 2002;

TARUFFO, Michele, *La Semplice Verità – Il Giudice e la Costruzione dei Fatti*, Editori Laterza, 2009;

\_\_\_\_\_ *Páginas Sobre Justicia Civil – Proceso y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009;

\_\_\_\_\_ *Prove Atipiche e Convincimento Del Giudice*, in *Revista di Diritto Processuale*, 1973;

TWINING, William, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, Oxford, Basil Blackwell, 1990;

VALLES, Edgar, *Prática Processual com o Novo CPC*, 8ª edição, Almedina, 2014;

VARELA, Antunes, *Anotação ao Acórdão de 22 de Outubro de 1981 do STJ*, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 116, nº 3715, 1984;

\_\_\_\_\_ *Anotação ao Acórdão de 22 de Outubro de 1981 e Assento de 21 de Junho de 1983*, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 117, nº 3718;

VARELA, Antunes, NORA, Sampaio e, BEZERRA, J. Miguel, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed. (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2004;

VASCONCELOS, Orlando de, *Questões de Direito Processual*, in *Revista dos Tribunais*, ano 87º, 1969;

VIGORITTI, Vincenzo, *Prove Illecite e Costituzione*, in *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXIII, II Série, 1968;

\_\_\_\_\_ *Sviluppi Giurisprudenziali in Tema di Prove Illecite*, Padova, Cedam Editrice, 1972;

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, *Considerações a Respeito da Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Civil Brasileiro*, *Revista Julgar*, nº6, 2008.

**SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

§ Ac. de 23-02-2010, processo n.º 566/06.1TVPRT.P1.S1;

§ Ac. de 23-02-2012, processo n.º 994/06.2TBVFR.P1.S1;

§ Ac. de 16-10-2012, processo n.º 194/08.7TBAGN.C1.S1.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

§ Ac. n.º 607/2003.

**TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA**

§ Ac. de 07-05-09, processo n.º 2465/08-2;

§ Ac. de 06-06-2013, processo n.º 2309/11.9YXLSB-A.L1-8;

§ Ac. de 22-09-2015, processo n.º 8928/11.6TBOER.L2-1;

§ Ac. de 09-06-2011, processo n.º 840/06.7TCSNT.L1-2;

§ Ac. de 22-09-2015, processo n.º 8928/11.6TBOER.L2-1;

§ Ac. de 06-06-2013, processo n.º 2309/11.9YXLSB-A.L1-8;

§ Ac. de 06-03-04, processo n.º 1107/2004-6;

§ Ac. de 12-01-2016, processo n.º 744/14.OT8SXL-B.L1-7;

§ Ac. de 09-06-09, processo n.º 321/05.6TMFUN-C.L1-7;

§ Ac. de 30-06-11, processo n.º 439/10.3TTCSC-A.L1-4.

---

<sup>488</sup> Os acórdãos supracitados estão disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

## **TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES**

- § Ac. de 30-04-09, processo n.º 595/07.8TMBRG;
- § Ac. de 25-06-2015, processo n.º 522/14.6TTGMR-A.G1;
- § Ac. de 24-11-2014, processo n.º 29/13.9TBPCR.G1;
- § Ac. de 29-04-2014, processo n.º 102/09.8;
- § Ac. de 24-11-2014, processo n.º 29/13.9TBPCR.G1;
- § Ac. de 16-02-2012, processo n.º 435234/09.8YIPRT-A.G1.

## **TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA**

- § Ac. de 06-02-2015, processo n.º 359/13.0TTFIG-A.C1;
- § Ac. de 16-03-2010, processo n.º 462/06.2TBTNV.C1;
- § Ac. de 28-10-2008, processo n.º 103/06.8GA.AGN.C1;
- § Ac. de 14-10-2013, processo n.º 1622/12.2TBGRD.C1;
- § Ac. de 06-03-2013, processo n.º 119/11.2GDAND.C1;
- § Ac. de 06-03-2013, processo n.º 3453/2008-5.

## **TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO**

- § Ac. de 26-03-08, processo n.º 0715930;
- § Ac. de 03-02-2010, processo n.º 371/06.5GBVNF.P1;
- § Ac. de 12-05-2005, processo n.º 0532019;
- § Ac. de 03-12-2013, processo n.º 37/12. 7TBALJ-A.P1;
- § Ac. de 25-09-2002, processo n.º 0141415.