

Lara Filipa Fontes Oliveira

**A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA EM PROCESSO CIVIL:
A PROVA NO PROCESSO CIVIL**

1 2  9 0
UNIVERSIDADE D
COIMBRA



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Lara Filipa Fontes Oliveira

**A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA EM PROCESSO CIVIL:
A PROVA NO PROCESSO CIVIL**

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico Forenses orientada pelo
Professor Douto Luís Miguel Andrade Mesquita e apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra

Janeiro de 2023



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

A Admissibilidade da Prova ilícita no Processo Civil: A prova no Processo Civil

The admissibility of illegal evidence in Civil Proceedings:
The evidence in Civil Proceedings:

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

Orientador: Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita

Coimbra, 2023

Agradecimentos

Quero deixar um agradecimento especial à minha família, em particular aos meus pais, à minha irmã, avó e ao meu cunhado, pelas palavras de ânimo indispensáveis na elaboração desta dissertação e por acreditarem em mim quando nem eu acreditava.

Ao meu namorado Fábio, agradeço por todo o amor, paciência e apoio incondicional desde o início, que tinha sempre uma palavra de descontração quando eu mais precisava.

Uma palavra de agradecimento ao meu orientador, o Doutor Miguel Mesquita, pela disponibilidade e conhecimentos transmitidos, mas também por me fazer apaixonar por Direito Processual Civil.

Um grande obrigada a todo o escritório Mano e Rodrigues e às minhas colegas de estágio pelos conhecimentos e pelo apoio na elaboração desta Dissertação.

E por fim, um eterno agradecimento a Coimbra, em particular à Laura, Dani, Elisa, Marta e Mariana e à Faculdade de Direito porque me viram crescer e me ajudaram a tornar numa pessoa mais resiliente que fará de mim, com certeza, uma boa profissional.

Ao meu avô que sonhava ver as netas formadas.

A todos muito obrigada.

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo o estudo por admissibilidade da prova ilícita em Direito Processo Civil.

Apesar dos avanços introduzidos no Código de Processo Civil com a Lei n. °41/2013, de 26 de Junho¹, continuam a existir diversas dúvidas no que concerne à prova ilícita e à sua admissibilidade no nosso ordenamento jurídico. Estas dúvidas são visíveis, desde logo, na doutrina e na jurisprudência que não estão em unanimidade quanto à prova ilícita e a sua consequente admissibilidade e valoração.

Neste sentido, este trabalho aborda as diferentes teses e doutrinas em torno da temática da prova, com vista a encontrar uma solução equilibrada que consiga tratar o problema sem nunca perder de vista direitos constitucionalmente consagrados e também a descoberta da verdade material.

Neste trabalho abordámos ainda o problema da prova ilícita no direito processual penal que, desde logo, se encontra resolvido com a consagração do preceito do artigo 32.º n.º 8 da CRP em conjugação com as normas do CPP. Tal não se encontra resolvido no CPC e, como veremos, há diferentes teses que defendem como se deveria resolver este problema, seja pela aplicação analógica do preceito constitucional mencionado seja pela análise de caso a caso.

Muitas são as vozes na doutrina e jurisprudência a favor das teorias contra a admissibilidade da prova ilícita, no entanto, com esta exposição da temática, propomos seguir-se um caminho mais ponderado e menos radical.

Desta forma, propomos o seguinte trabalho baseado em diversas fontes bibliográficas, assim como na jurisprudência.

Palavras-chave: Prova ilícita, admissibilidade, código de processo civil, processo civil.

¹ Cfr. Declaração de Retificação n.º36/2013, de 12 de Agosto.

Abstract

The present work aims to study the admissibility of illegal evidence in Civil Procedure Law.

Despite the advancements made in the Code of Civil Procedure by Law n. ° 41/2013, of June 26², there are still several concerns regarding illegal evidence and its admissibility in our legal system. These reservations are immediately visible in the doctrine and jurisprudence that are not unanimous regarding the illegal evidence and its admissibility and assessment.

In this sense, this work addresses the various thesis and doctrines surrounding the subject of proof, in order to find a balanced solution that manages to deal with the problem while never losing sight of constitutionally enshrined rights and the discovery of material truth.

In this work, we also addressed the issue of illegal evidence in criminal procedural law in this work, which is immediately resolved with the enshrinement of the precept of article 32.º n. ° 8 of the CRP in conjunction with the CPP rules. This is not resolved in the CPC and, as we will see, there are different thesis that defend how this problem should be resolved, either through analogical application of the mentioned constitutional precept or through a case-by-case analysis.

There are many voices in doctrine and jurisprudence in favor of theories against the admissibility of illegal evidence, however with this exposition of the theme we propose to follow a more thoughtful and less radical path.

In this way, we propose the following work based on several bibliographic sources, as well as on jurisprudence.

Key words: *illegal evidence, admissibility, civil procedure code, civil proceedings.*

² Cfr. Declaração de Retificação n.º36/2013, de 12 de Agosto.

Índice de Siglas

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Apud.	Em
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CC	Código Civil
Cfr.	Confira
CPC	Novo Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
Ed.	Edição
Ibid.	Ibidem, mesma obra
In	Em
In fine	Parte Final
Op.Cit.	Opus citatum (obra citada anteriormente)
pp.	Página/Páginas
Par.	Parágrafo
Rel.	Relação
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
ss.	Seguintes
TC	Tribunal Constitucional
Trad.	Tradução
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
v.g.	Verbi Gratia (por exemplo)
Vol.	Volume
ZPO	Zivilprozessordnung (Código de Processo Civil Alemão)

Índice

Introdução.....	9
Capítulo I- A prova.....	11
1. A prova	11
1.1. Conceito de Prova	11
1.1.1. Conceito e Função de Prova.....	11
1.1.2. A Finalidade da Prova.....	13
1.1.3. O Objeto da Prova	13
1.2. Classificação das Provas	15
1.2.1. A prova pré- constituída e a prova <i>constituenda</i>	15
1.2.2. A prova principal e contraprova.....	15
1.2.3. A prova legal ou plena e a prova do contrário.....	15
1.2.4. A prova direta e a prova indireta ou representativa.....	16
1.2.5. A prova primária e a prova indiciária	16
1.3. Os meios de Prova.....	16
2. Princípios Relativos à Prova	18
2.1. Princípio da Livre Admissibilidade da Prova	18
Capítulo II- As Provas Ilícitas	23
1. As provas ilícitas	23
1.2. Conceito de Provas ilícitas e as várias espécies de provas	23
2. A provas ilícitas em Processo Civil.....	25
2.1. Prova ilícita e prova inadmissível.....	25
2.2. Prova ilícita e prova invalidamente constituída.....	26
2.3. Prova ilícita e prova imoral	26
2.4. Prova ilícita e prova viciada.....	27
2.5. Prova ilícita e prova atípica	27
3. Proibições de Prova.....	29
3.1. Proibições de prova.....	29
3.2. Proibições de Produção de prova	29
4. Valoração das Provas Ilícitas	30
4.1. Valoração das Provas ilícitas	30
4.2. As múltiplas manifestações do objetivo geral	31
4.2.1. A íntima convicção	31

4.2.2.	A verdade formal e a verdade material	32
4.2.3.	O conceito de «beyond any reasonable doubt»	33
5.	A prova ilícita em processo penal: análise do problema	33
Capítulo III-	A Admissibilidade da Prova e a solução adotada no Processo Civil Português.....	37
1.	Contextualização do problema da admissibilidade da prova ilícita.....	37
2.	Teses da inadmissibilidade das provas ilícitas em Processo Civil.....	38
2.1.	A unidade do sistema jurídico.....	38
2.2.	O dolo não deve aproveitar o seu autor	39
2.3.	A discussão de comportamentos ilícitos.....	40
3.	Teses de admissibilidade da prova ilícita em Processo Civil	41
3.1.	A irrelevância processual da ilicitude material	41
3.2.	O dever de dizer a verdade e o interesse na descoberta da verdade material	42
3.3.	A celeridade processual	44
4.	Teses da admissibilidade da prova ilícita em certas condições em Processo Civil- Tese Intermédia.....	45
4.1.	O critério da proporcionalidade.....	46
4.2.	Distinção entre violação de direitos fundamentais e violação de outros direitos	48
4.3.	A distinção entre os momentos da obtenção, da produção e da valoração a prova	48
5.	Solução Adotada no Processo Civil Português	49
5.1.	O problema em causa	49
5.2.	Analogia entre o artigo 32.º n, º8 da CRP e o Código de Processo Civil	49
5.3.	A ponderação dos interesses em jogo	51
5.4.	Conclusão	52
Considerações Finais		54
Bibliografia		55
Jurisprudência		58

Introdução

Com o decorrer do 3.º ano da licenciatura em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra desenvolvi um grande interesse pela disciplina de Processo civil no qual era regente o Doutor MIGUEL MESQUITA e assistente o Doutor RAFAEL VALE E REIS, ambos despertaram em mim o interesse pela disciplina apesar de todos os obstáculos que surgiram com a pandemia de COVID-19.

O tema da prova é um dos mais importantes e imprescindíveis ao direito, seja no âmbito do processo seja no campo da investigação. Apesar da importância que lhe é inerente trata-se de um tema polémico e de elevada sensibilidade uma vez que levanta diversas questões às quais ainda não foi possível obter uma resposta concreta por parte do legislador.

Contrariamente ao que verificamos no Direito Processual Penal, no Processo Civil o legislador não apresentou uma resposta concreta quanto à admissibilidade da prova ilícita no Processo Civil. A doutrina e jurisprudência não chegam a um consenso, não havendo uma posição unânime quanto à sua total admissibilidade, não admissibilidade ou admissibilidade em apenas alguns casos.

Neste trabalho de investigação propomos o estudo desta temática dividida em 3 capítulos. Iniciamos o estudo pelo primeiro capítulo expondo a teoria geral da prova: a sua definição, o objeto, finalidade, os vários tipos de prova e meios de prova e por fim, uma breve exposição sobre o princípio da admissibilidade da prova. No segundo capítulo procedemos ao estudo da prova ilícita assim como fazemos uma distinção entre diferentes conceitos e a prova ilícita, seguindo esta linha de raciocínio seguimos para o tema das proibições de prova seguido pela valoração da prova e concluímos este capítulo com uma breve análise do problema da prova ilícita em Processo Penal. Encerrámos o estudo com o terceiro capítulo onde expomos as diferentes teses sobre a prova ilícita terminando com a solução adotada no ordenamento jurídico que faz uma ponderação dos interesses em jogo e os direitos em causa tendo sempre em vista a descoberta da verdade material.

Procurámos obter a solução mais equilibrada e justa.

Capítulo I- A prova

1. A prova

1.1. Conceito de Prova

1.1.1. Conceito e Função de Prova

O vocábulo “prova” deriva da palavra em latim “*proba*”, que pode ser definida como aquilo que serve para estabelecer uma verdade por verificação ou demonstração.

A prova reveste vários sentidos, pode assumir o sentido de fase processual, leia-se instrução, quando o autor afirma que faz prova dos factos alegados, aqui, a prova assume o resultado probatório. Esta é a fase do processo mais importante no que toca à produção da prova, concordámos com o autor MANUEL TOMÉ GOMES DOS SANTOS quando refere que “a prova é talvez a manifestação mais significativa do Direito em ação, o que liga o Direito à Vida”.³

CARNELUTTI na obra Teoria Geral do Direito explica que na maioria dos casos a balança da justiça passará para as mãos do juiz e é o juiz, pessoa que não vivenciou os factos que foram trazidos pelas partes para o processo, que agora os tem de reconhecer e vai fazê-lo através da prova.⁴

Basta recorrermos a jurisprudência nacional para percebermos a importância que a prova tem no nosso Processo Civil e exemplo disso é o Acórdão do Tribunal Constitucional que declara que “*a prova domina todo o processo declarativo, pois a sentença (que lhe põe termo) assenta necessariamente na prova. Dada a importância da prova, ela constitui o ponto central do processo e, conseqüentemente, do direito processual. Por isso, «Em sede de prova, o direito ao processo equitativo implica a inadmissibilidade de meios de prova ilícitos, quer o sejam por violarem direitos fundamentais, quer porque se formaram ou obtiveram por processos ilícitos*”.⁵

³ Cfr. 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

⁴ Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Teoria Geral do Direito*, tradução de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1942, p. 491 e 492

⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional de 15-06-2009 relator Santos Carvalho, disponível em www.dgsi.pt

Pode ainda assumir o sentido de meio, o artigo 341.º CPC diz-nos que «*as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos*», na grande maioria das vezes a prova é definida como um instrumento de procura de verdade, se um facto ocorreu ou não. Desta definição de prova conseguimos obter desde logo a sua função também.

Segundo MANUEL DE ANDRADE a prova pode assumir três aceções: na primeira a prova pode ser vista como uma atividade probatória, ou seja, a prova é vista como um fim para a fase da instrução, a prova como um resultado, neste sentido a prova é vista como uma demonstração efetiva de uma afirmação e, por fim, a prova como motivo ou argumento probatório e neste sentido temos aqui qualquer elemento que tenha contribuído para a formação da convicção do juiz.

Já para RUI RANGEL a prova pode assumir três aceções diferentes, pode ser considerada como a atividade destinada a demonstrar factos em juízo, quanto à sua finalidade consiste na verdade dos factos alegados serem dados como provados e por fim, quanto aos meios de prova, pode ser vista como um instrumento para investigação de factos alegados.⁶

A pessoa comum tem uma noção genérica a dar ao conceito de prova, no entanto neste trabalho não é esta compreensão genérica que nos interessa. RUI RANGEL defende que ‘*para efeitos processuais, a prova deve definir-se de acordo com a função que desempenha no processo*’⁷, e esta função que a prova desempenha é uma das mais importantes pois tem em vista convencer o juiz das alegações feitas pelas partes. A prova, assim, acaba por ter uma função de convencimento do juiz, de criar um juízo decisório sobre os factos que são lhe são apresentados pelas partes.

A noção de prova que RUI RANGEL propõe adotar-se é um conceito que se baseia em definições apresentadas por ALBERTO DOS REIS e TEIXEIRA DE SOUSA, definições estas que defendem que a prova se trata do conjunto de atos destinados a formar a convicção do juiz sobre os factos apresentados e que, a prova trata-se da atividade que permite formar a mente do julgador sem que resultem dúvidas.

Entre nós adotamos o entendimento de que a prova tem um triplo sentido: é uma atividade que acontece entre o autor e o réu pois estes têm de provar factos, implica a existência de meios de prova que são os meios e que demonstrem os factos que cada parte

⁶ Cfr. RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, Almedina, pp. 19 a 34.

⁷ Cfr. RANGEL, Rui Manuel de Freitas, ‘*O ónus da Prova no Processo Civil*’, 2000, página 20

afirma serem verdadeiros e pretendam que se deem como provados e, por fim, temos o resultado probatório que demonstra a veracidade dos factos.

1.1.2. A Finalidade da Prova

A prova tem como escopo dar uma resposta ao processo e ajudar na formação da convicção do juiz para que o processo finde, respeitando sempre as provas e a veracidade das mesmas.

1.1.3. O Objeto da Prova

Quanto ao objeto da prova, CARNELUTTI explica que não é possível assumir como tal apenas os *factos, homens ou coisas*, explica o autor que não se pode fixar exclusivamente numa destas coisas, reiterando que as provas são *‘uma e outra dessas coisas conforme o ponto de vista porque foram consideradas’*⁸

No artigo 410.º do CPP encontrámos uma definição do que é o objeto na fase de instrução *‘os temas da prova enunciados ou, quando não tenha de haver lugar a esta enunciação, os factos necessitados de prova.’*⁹

Assim sendo, como se pode perceber pela análise que foi feita ao conceito de prova, o objeto da prova de que aqui falamos são os factos controvertidos, que surgem como objeto mediato da prova¹⁰, artigo 513.º Código de Processo Civil. As partes alegam uma série de factos que vão ser o objeto da prova, estes factos controvertidos são os factos que vão ser alvo da convicção do juiz e que, por conseguinte, tomará uma decisão.

Nesta análise temos de ter em consideração que ao falarmos de factos não falamos de todos os factos, apenas temos em consideração aqueles que são apresentados pelas partes e aqueles que são considerados controvertidos.

A questão que se coloca é perceber em que é que consiste um facto. Já percebemos que o objeto da prova são os factos controvertidos, mas o que é podemos considerar como um facto controvertido? Os litígios são constituídos por duas partes e cada uma vai apresentar os factos à sua maneira, e esses factos são descrições de um acontecimento em

⁸ Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Teoria Geral do Direito...*op.cit., p. 493.

⁹ Quanto à legislação, o art. 410.º sofreu alterações comparativamente à sua anterior redação, conforme retiramos do art. 513.º do CPC anterior, versão do DL. n.º 180/96, de 25 de setembro

¹⁰ Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de *As Partes, o Objeto e a Prova na Ação Declarativa*, LEX, Lisboa, pp. 195 e 196

concreto, que ocorreram num certo espaço e tempo e que o Direito converteu em pressuposto de determinado efeito jurídico.

FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA¹¹ defende que o objeto da instrução pode confundir-se com o objeto da prova na medida em que temos os factos controvertidos primários e os factos controvertidos indiciários, como explica MIGUEL MESQUITA.¹²

Quando estamos perante estes objetos podemos ter diferentes tipos de factos: podemos ter factos principais ou factos indiciários, secundários ou instrumentais. Os primeiros são os factos que se subsumem numa hipótese, os segundos são factos que ajudam o juiz a formar a sua convicção, mas que não provam diretamente a veracidade dos factos principais.

Apesar dos factos serem a base da convicção do juiz e as partes terem o dever de os provar, nem todos os factos têm de ser provados, há um conjunto de factos que não carecem de ser provados. São eles, desde já, os factos confessados, a prova necessária para os provar acaba por ser inútil. Também os factos notórios (artigo 412.º n.º1 Código Civil) são aqueles que qualquer homem médio, diligente e informado possui, apesar de que os factos notórios não podem ser considerados absolutos pela simples razão de serem suscetíveis de variação em sentido do espaço e do tempo. Ainda os factos de conhecimento officioso do juiz, previstos no artigo 412.º n.º2 do CC, estes factos que não se podem confundir com conhecimentos pessoais do juiz senão estaríamos perante uma testemunha e não perante um juiz, por isso trata-se de factos que o juiz teve conhecimento por vias oficiais (por exemplo, documentos). E por fim, factos presumidos, que são aqueles factos que derivam de presunções legais, mas não dispensam a prova do facto que está na base da presunção.

O despacho saneador é onde se faz uma espécie de *triagem*¹³ dos factos que se deve ter em conta no momento da fase instrutória e são estes que constituem o objeto mediato da prova.

¹¹ Cfr. ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual Civil*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2015, p. 224

¹² Dr.º Miguel Mesquita, aulas do 1.º ciclo de Processo Civil à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹³ Cfr. POSSANTE João, DOMINGOS Maria Adelaide, LAMEIRAS Luis, in *Direito Civil e Processual Civil*, tomo I

1.2. Classificação das Provas

As provas podem assumir várias classificações, de seguida faço uma exposição das diversas espécies de provas que temos.

1.2.1. A prova pré- constituída e a prova *constituenda*

Esta distinção surgiu com BENTHAM¹⁴, é uma distinção muito importante e com uma certa relevância para o tema desta dissertação. Neste sentido, falamos de prova quanto à sua preparação, mais especificamente quanto ao período em que foram elaboradas e podem ser divididas em provas pré- constituídas e provas constituendas (casuais ou simples).

A prova pré-constituída existe antes do processo, mesmo antes de se saber se efetivamente vai existir processo ou não (por exemplo, o caso dos documentos), não se trata de prova ligada ao processo e apenas se ligará ao processo mesmo no caso de uma das partes a trazer. Nestas provas podemos incluir as provas *ad perpetuam rei memoriam*, ‘ ‘que são constituídas anteriormente por receio de se tornar impossível ou muito difícil a sua produção no momento normal e tempestivo da instrução.’ ’¹⁵

A prova *constituenda*, é aquela que se forma no processo está diretamente ligada ao processo, é no seio do processo que ela ocorre.

1.2.2. A prova principal e contraprova

A prova principal é aquela que vai beneficiar a parte onerada com o ónus da prova, e que pretende criar no juiz a convicção de que a prova é verídica. Já contraprova, por sua vez, pretende lograr a prova principal deixando a convicção do juiz insegura.

1.2.3. A prova legal ou plena e a prova do contrário

A prova legal ou plena é aquela que vem da própria lei e não do espírito do juiz, por sua vez a prova do contrário é aquela que vem destruir a prova plena.

¹⁴ Jeremy Bentham, nasceu em Londres a 15 de fevereiro de 1748 e faleceu em Londres a 6 de junho de 1832, foi filósofo e iluminista. Propôs a construção de um sistema de filosofia moral com a intenção de alcançar uma solução para a prática exercida pela sociedade da sua época.

¹⁵ Cfr. ANTUNES VARELA, *Manual de Processo Civil*, 2004, p.441

1.2.4. A prova direta e a prova indireta ou representativa

Falamos aqui das provas quanto ao objeto, na medida em que estamos perante a relação entre o sujeito e o objeto.

Na prova direta o juiz vai, pelos seus próprios sentidos, inspecionar o facto. ALBERTO DOS REIS afirma que a prova direta ocorre quando ‘*nada se interpõe entre o juiz e o facto a apurar*’¹⁶, como é o caso das inspeções judiciais presentes nos artigos 490.º a 494.º do CC.

A prova indireta ou representativa resulta de um objeto que representa um facto apresentado por um sujeito, aqui o juiz não tem contacto direto com a prova tem sim um contacto indireto e desse contacto indireto retira a sua própria convicção. Neste caso podemos falar no próprio raciocínio e as regras das experiências e neste caso incluem-se aqui a prova pericial ou a prova testemunhal.

1.2.5. A prova primária e a prova indiciária

A prova primária é aquela que tem por base os factos essenciais, primários e principais, são os factos que vão desde logo integrar uma hipótese normativa.

Já a prova indiciária é aquela prova que está ligada a factos secundários e que vai permitir ao juiz formar, com base nas regras da experiência, deduzir se os factos primários existem ou não. Nesta segunda espécie de prova é necessário ao juiz que utilize o seu raciocínio crítico, daí que seja de compreender ALBERTO DOS REIS quando se refere a esta prova como a ‘*prova crítica ou lógica*’¹⁷, e neste sentido podemos utilizar como exemplo o caso das presunções judiciais (artigo 351.º do CC).

1.3. Os meios de Prova

Os meios de prova são os instrumentos ou os elementos de que o julgador se vai servir para alcançar uma verdade ou formar a sua convicção.

Neste tema destaca-se o princípio da livre admissibilidade das provas, isto porque se defendemos uma livre convicção do julgador este deve ter ao seu dispor todos os meios

¹⁶ Cfr. REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 241

¹⁷ Cfr. REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Anotado*, vol. III, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012

possíveis para formar a sua convicção, daí as partes terem a seu dispor todos os elementos ou meios de prova que considerem relevantes para demonstrarem a veracidade do facto controvertido.

Os meios de prova podem ser encontrados no Código de Processo Civil e no Código Civil, estes dois completam-se no sentido de que nos artigos 349.º a 396.º do Código Civil encontramos o conceito e o valor dos meios de prova, e nos artigos 423.º a 526.º do Código de Processo Civil encontramos os aspetos procedimentais das provas.

Os meios de prova que encontramos no Processo Civil são:

- A prova documental, artigos 362.º e seguintes do CC e artigos 432.º e seguintes do CPC, é o meio de prova mais típico uma vez que comporta uma ideia de segurança muito alta e é um meio de excelência para formar a convicção do juiz acerca dos factos controvertidos apresentados.
- A prova por depoimento de parte: provocado pelo adversário ou requerido pela própria parte, artigos 452.º a 466.º do CPC, falamos aqui do próprio testemunho da parte seja do autor ou do réu. Aqui podemos falar de prova por depoimento da parte contrária (prova por confissão), prova por depoimento requerido pela própria parte.
- A prova pericial, artigos 388.º e seguintes do CC e artigos 467.º e seguintes do CPC, neste caso estamos perante a situação em que temos uma 3.ª parte que intervém no processo trata-se do perito. O perito é alguém dotado de conhecimentos especializados que vai realizar um exame e depois pronuncia-se sobre os factos controvertidos.
- A prova por inspeção judicial: a inspeção propriamente dita ou em sentido próprio; a verificação não judicial qualificada, artigos 390.º e seguintes do CC e artigos 490.º e seguintes do CPC, estas inspeções consistem no exame de coisas, lugares ou pessoas, trata-se de uma prova direta pois o juiz tem contato imediato com os factos.
- A prova testemunhal, artigos 392.º do CC e artigos 495.º e seguintes do CPC, este meio de prova consiste na apresentação de um terceiro, considerado estranho ao processo, que deve vir depor ao tribunal com vista a responder de forma oral ou escrita a questões relacionadas com os factos controvertidos.

- A prova por presunções, artigos 349.º a 351.º do CC, falamos aqui nas deduções feitas através de um facto conhecido, conhecendo-se um facto deduz-se que fica outro automaticamente provado.
- As coisas móveis ou imóveis apresentados por uma das partes, artigos 416.º, 523.º e 524.º do CPC, as partes podem apresentar uma coisa móvel ou imóvel como meio de prova, neste caso deve ser apresentada dentro do prazo estipulado e, no caso de não ser possível apresentar, deve a parte que apresentou o meio prova providenciar à outra parte a possibilidade de examinar ou fotografar a coisa.

2. Princípios Relativos à Prova

Os princípios gerais do Processo Civil são um importante instrumento de aperfeiçoamento do nosso direito. São as ‘*traves-mestras*’¹⁸ do nosso processo, queremos com isto dizer que eles são uma importante ferramenta de aplicação do direito e, muitas vezes, constituem uma orientação para quando o legislador está perante casos lacunosos ou omissos e precisa de encontrar uma solução para o problema em questão.

No nosso trabalho vamos debruçar-nos sobre o princípio da livre admissibilidade da prova uma vez que é o princípio mais importante para a temática que nos propusemos a estudar.

2.1.Princípio da Livre Admissibilidade da Prova

Foram várias as evoluções legislativas que o nosso Código Civil e o Código de Processo Civil sofreram ao longo dos anos no sentido de uma maior aceitação e valorização das provas, tomemos como exemplo a abolição do juramento presente no artigo 2521.º do Código Civil de 1867 e das consequências da recusa da sua prestação, o Código de Processo Civil de 1939 aboliu este juramento que se encontrava presente no artigo 580.º.¹⁹ Com esta abolição passamos a estar um passo mais perto do sistema de prova livre.²⁰

¹⁸ Cfr. MENDES, João de Castro, *Do conceito de prova em Processo Civil*, Edições Ática, Lisboa, 1961

¹⁹ Cfr. VARELA, Antunes, J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil de acordo com o Decreto-Lei 242/85*, página 468

²⁰ O sistema de prova livre diz-nos que o juiz é livre de decidir com base nas provas dos autos ou que não estejam presentes nos autos.

O princípio da livre admissibilidade da prova está diretamente ligado com os meios de prova, que como analisamos anteriormente, são os instrumentos de que o julgador se vai servir para formar a sua convicção relativamente a um conjunto de factos controvertidos.

O nosso sistema de processo civil tem evoluído no sentido de se tornar cada vez mais suscetível a uma livre admissibilidade dos meios de prova.

No nosso CPC lê-se que as provas são apreciadas livremente e que o julgador vai responder aos factos controvertidos segundo a convicção que tenha formado e, desta forma, as partes podem socorrer-se de todos os elementos que sejam passíveis de demonstrar a veracidade dos factos que alegam, sejam positivos ou negativos.

Quando falamos em admissibilidade dos meios de prova não podemos incorrer no erro de o confundir com o problema da valoração dos meios de prova, que será alvo de estudo mais à frente neste trabalho. Uma coisa é percebermos quais os meios de prova que a lei admite que sejam suscetíveis de serem aceites como elementos de persuasão da convicção do juiz e, neste sentido, falamos do problema da admissibilidade dos meios de prova. Outra coisa é percebermos qual a valoração ou apreciação a dar-se a esses meios de prova no momento da formação da convicção do juiz e aqui falamos no problema da valoração dos meios de prova.

Os meios de prova admitidos por lei são os já supramencionados, com a ressalva de que alguns apresentam um grau de importância maior - como é o caso da prova documental pela força probatória que apresenta assim como a facilidade de apresentação deste tipo de meio de prova (artigos 535.º e 597.º do Código Civil).

Este princípio apresenta diversas limitações à admissibilidade dos meios de prova, artigo 655.º n.º 2 do Código de Processo Civil.²¹ Neste sentido temos de fazer a distinção entre prova que provém da própria lei processual e outras de lei substantivas. Relativamente às provas que provem de lei substantiva podemos falar das normas que só permitem a celebração de negócios ou constituição de direitos através de escritura pública, as que não admitem a prova testemunhal de factos para que se exija prova documental ou de factos contrários a outros constantes de documentos e as que consideram imperativamente provado determinado facto e que nenhuns meios de prova admitem para demonstrar o facto oposto.²²

²¹ *Mas quando a lei exija, para a existência ou prova do facto jurídico, qualquer formalidade especial, não pode esta ser dispensada.*

²² Cfr. VARELA, Antunes, J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil de acordo com o Decreto-Lei 242/85*, página 470

Quanto às limitações que procedem da própria lei processual falamos daquelas que aplicam incapacidades naturais e inabilidade legais aplicáveis a provas testemunhais, artigo 496.º do Código de Processo Civil.

No Acórdão n.º 1130/10.6YXLSB.L1-2 do Tribunal da Relação de Lisboa datado de 26-09-2013²³, estávamos perante uma situação em que A. intentou uma ação declarativa condenatória contra B., C. e D. pedindo a condenação no pagamento de indemnizações compreendidas entre 4.000,00 euros e 9.007,00 euros.

O A. admite ser titular de uma conta à ordem na agência de B. e desde que foi instalado um sistema de serviço direto efetuava operações bancárias através seu computador pessoal, acontece que verificou a existência de duas transferências bancárias, sem o seu conhecimento ou autorização, para as contas das rés C. e D. O autor considera assim que houve violação das normas de segurança que regulam o ‘*homebanking*’ imputando a responsabilidade ao réu B. por ter permitido tais operações.

A ré B. contestou, baseando a sua defesa no facto de que a plataforma de *homebanking* é completamente segura e no facto de que A., efetuava operações bancárias em vários computadores para além do seu computador pessoal e que as referidas transferências apenas podem ter sido concluídas após terem sido introduzidos todos os dados pessoais bancários exigidos e que, B. não poderia recusar tais operações uma vez que todos os dados introduzidos eram corretos e foram seguidos todos os procedimentos de autorização.

Neste processo recorreram a meios de prova entre os quais a prova testemunhal foi ainda requerida pela ré a junção aos autos de transcrições de chamadas telefónicas efetuadas entre A. e o *call center* de B., no qual era referido pelo A. que este acedia à plataforma de *homebanking* através de outros computadores que não o seu, neste sentido A. pronunciou-se alegando a violação do seu direito de proteção de dados e que B. não tinha autorização para a utilização de tais gravações.

A comissão nacional de proteção de dados emitiu um comunicado em que referia que B. não possuía autorização para proceder a gravações de chamadas telefónicas uma vez que não notificou a referida comissão supramencionada para esse efeito.

²³ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26-09-2013, relatora Teresa Albuquerque, disponível em www.dgsi.pt

Tendo em conta o teor deste comunicado A. veio suportar a sua defesa no facto de estarmos perante uma prova ilícita pois a transcrições das chamadas telefónicas, tratando-se de dados pessoais, não eram autorizadas pois não foram comunicadas à entidade CNPD de acordo com os termos 27.º da Lei de Protecção de Dados.

Atesta ainda, que, sendo o titular dos dados tem o dever de ser informado sobre quem os vai guardar, a quem se destina e a sua finalidade e que não foi, em qualquer momento, pedida a sua autorização para a gravação das mesmas ou se consentia sequer a gravação destas e que, se tal tivesse sido consentida não poderia ser guardada pelo prazo superior a 90 dias.

Em razão de tudo o que foi supramencionado A. protesta na medida em que entende que, deveriam ser assim consideradas provas inadmissíveis.

B. veio defender-se com base nas condições gerais de utilização do serviço direto onde se encontra expressamente autorizadas as gravações das chamadas telefónicas e, ainda que, o período de preservação de *call centers* é de 1 ano a contar da conclusão das comunicações. Foi mais longe e defendeu que, uma vez que se poderia tratar de um caso de burla, passariam a ser dados essenciais para a descoberta da verdade material e que, tais dados, não põe em risco direitos constitucionais.

Deste modo percebemos que estamos perante um caso de prova ilícita e que o cerne da questão é saber se esta deverá ser admissível ou não neste caso. Se estivermos perante um caso de prova ilícita a junção desta aos autos poderá não ser possível.

Posto isto, o Tribunal da Relação teve de decidir se seriam admitidas como meio de prova as gravações telefónicas, de modo a serem utilizadas para fundamentar a convicção do julgador. Antes de avançar com esta análise é preciso fazer a ressalva de que estávamos perante um recurso de apelação e que, o tribunal a quo, se baseou, para formar a sua convicção, nos seguintes meios de prova: prova documental de extratos bancários, transcrições de gravações telefónicas, depoimentos de testemunhas. E, por efeito a versão dos factos apresentada por A. não foi provada de aí estarmos perante um recurso de apelação.

O Tribunal da Relação concluiu que não foram apenas as gravações que formaram a convicção do tribunal a quo, mas sim a ponderação global de todos os elementos probatórios.

O A. fundou todo o recurso de apelação em 2 fases: na primeira requeria para se desconsiderar as transferências bancárias porque foram introduzidos no sistema dados pessoais, e a segunda requeria para se desconsiderar que cedeu os seus dados pessoais a terceiros fosse voluntária ou involuntariamente.

Fez isto fundamentando as suas alegações no facto de considerar as transcrições telefónicas como admissibilidade de uma prova que considera ilícita. No entanto, o tribunal de recurso esclareceu que, para se considerar a gravação como prova ilícita e conseqüentemente não se admitir a sua valoração, era necessário olhar com mais atenção para o caso. E, aqui, tínhamos uma prova relativamente inadmissível, isto porque o A. deixou transitar o despacho que admitia a junção aos autos dessa prova, e deveria ter recorrido à impugnação da matéria de facto, coisa que não fez. Desta forma, o tribunal não pode proceder à sua respetiva valoração como prova ilegal ou ilícita. O acórdão esclarece que no caso de provas relativamente inadmissíveis, *‘a proibição absoluta da admissibilidade da prova não decorre da lei processual, mas pode a mesma ser ou não valorizada pelo tribunal tendo em conta as circunstâncias de como foi obtida.’*

Para que as transcrições telefónicas fossem consideradas prova absolutamente inadmissíveis teriam de ter sido obtidas mediante tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral, violando desta forma princípios constitucionais, artigos 32.º/8 da CRP e 126.º/2 do CPP, assim sendo estamos perante provas relativamente inadmissíveis, que são aquelas que põe em causa direitos referidos nos artigos 519.º n.º 3 do CPC e 32.º n.º 8 da CRP.

O tribunal vai mais longe e explica que algumas dificuldades que se prendem com a prova advém das diversas aceções que esta pode tomar: prova como atividade probatória, como resultado ou como meio para a verificação de factos controvertidos. No caso em análise é possível perceber que estamos perante uma prova pré constituída que é a situação em que o meio de prova já existe e está pronto para ser exibido em tribunal. Como o A. não impugnou os factos fez-se prova plena destes com base no artigo 368.º do Código Civil, que reitera que o registo das chamadas releva como prova nas suas duas últimas aceções: como meio de prova e por fim, como resultado. Como já analisamos anteriormente para que uma prova possa ser no sentido de resultado tem de haver um momento anterior em que já tenha havido junção aos autos e conseqüentemente será valorada.

Concluimos assim que a decisão do tribunal da relação foi julgar improcedente o recurso proferido por A e confirma a sentença por parte do tribunal a quo.

Capítulo II- As Provas Ilícitas

1. As provas ilícitas

1.2. Conceito de Provas ilícitas e as várias espécies de provas

A prova ilícita traduz-se num problema multidisciplinar, para além de ser um problema de direito civil também é um problema de direito penal, como veremos mais à frente. É por isto que se torna um problema tão difícil de resolver pois é impossível encontrar uma solução que resolva este problema em todas as áreas do direito.

Para JOSÉ ABRANTES a prova ilícita é aquela ‘*que se encontra afetada por ilicitude no que respeita ao modo da sua obtenção*’²⁴ quer isto dizer que se trata de uma prova que viola a ordem jurídica e por isso, não se pode considerar como apta a contribuir para o julgador formar uma livre convicção.

Já TORQUATO AVOLIO entende a prova ilícita como aquela que ‘*é colhida com infração a normas ou princípios de direito material- sobretudo de direito constitucional, porque a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e às garantias a intimidade, a liberdade, e à dignidade humana.*’²⁵

A prova ilícita merece uma atenção redobrada no processo civil devido às discussões que gera a nível doutrinal. Torna-se assim essencial que definamos um conceito de prova ilícita.

A legislação portuguesa não apresenta um conceito de prova ilícita, o que leva ao surgimento de uma controvérsia que a doutrina tem de resolver, artigo 417.º n. 3º Código de Processo Civil. Atualmente, a doutrina defende que o conceito de ilicitude deve ser o mesmo quer estejamos a abordar o conceito num campo de direito material quer seja num campo de direito processual.

²⁴ Cfr. ABRANTES, José João, *Prova Ilícita*, Revista Jurídica, nº7, Julho/Setembro, 1986, pp. 12.

²⁵ 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.

A ilicitude da prova pode dar-se em qualquer uma das aceções desta mesma, aceções que já vimos anteriormente: prova constituída e prova pré-constituída e até em relação a ambas cumulativamente.

Neste sentido G.F. RICCI²⁶ agrupa as provas, nas provas constituídas por estas serem concertadas durante o processo somente estariam em causa violações de direito processual, e nas provas pré-constituídas que estavam associadas a transgressões de normal material.

Apesar desta organização apresentada por G.F. RICCI, a autora ISABEL ALEXANDRE concebe que não podemos considerar esta como a mais correta forma agrupar os diferentes tipos de ilicitude. A autora concorda com a posição do processualista quanto ao facto de que a ilicitude das provas surge maioritariamente no facto de termos violações de normas processuais que eventualmente implicam o regime das nulidades processuais e que, se reflete também na violação de direito material.

ISABEL ALEXANDRE não concorda com RICCI na medida, em que entende não estarmos perante casos estanques dado que, a violação de normas processuais tanto pode dar-se nas provas pré constituídas como nas provas constituídas. Assim, como no caso da ilicitude na formação dos meios de prova acreditando que esta ilicitude vai afetar todo o conteúdo do meio de prova ao invés de um desvio ao iter processual.²⁷

Facilmente encontramos situações de violação de direito material, tomemos como exemplo o caso da testemunha que foi constrangida a depor. E, no caso das provas pré-constituídas temos casos de violação de normas processuais como ocorrerá numa situação em que se juntam documentos sem se respeitar o princípio do contraditório.

ISABEL ALEXANDRE opta por uma definição de prova ilícita num sentido mais restrito que RICCI, para esta as provas ilícitas são aquelas cujo modo de obtenção é reprovado pelo direito material, quer essa ilicitude seja verificada dentro ou fora da órbita processual.

A autora recorre a um conceito dado por W. ZEISS ‘*ilícito é todo o comportamento humano que contraria proibições ou mandamentos do ordenamento jurídico*’²⁸

Para MIGUEL MESQUITA, *a prova ilícita é aquela que ofende direitos regulados pelo direito material, em geral, os direitos de personalidade, constitucionalmente consagrados, mas também a que viola outros direitos, entre eles direitos humanos.* Defende

²⁶ G.F.Ricci: ‘*Le prove illecite nel processo civile*’.

²⁷ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, Coimbra., pp. 18

²⁸ W. Zeiss in ‘*Schadenersatzpflichten aus prozessuaelem Verhalten*’, NJW 1967.

que não se pode colocar em causa violando direitos e garantias fundamentais em busca de uma verdade material.²⁹

Nesta linha, o autor SALAZAR CASANOVA considera como provas ilícitas “aquela que é obtida ou produzida com ofensa de direitos fundamentais; distingue-se da “prova ilegal” porque esta ocorre quando se desrespeitam normas de outra natureza”.³⁰

Na jurisprudência nacional também encontramos a definição de prova ilícita, o acórdão de 15 de Abril de 2021 do Tribunal da Relação de Lisboa considera como provas ilícitas: “prova ilícita toda aquela que seja obtida ou produzida, mediante a violação de normas de direito material, que tutelam direitos fundamentais dos cidadãos, ou aquela cuja formação ou produção em si mesma consubstancie um ilícito.”³¹

2. A provas ilícitas em Processo Civil

Vamos agora distinguir alguns conceitos da prova ilícita que merecem alguma atenção.

2.1. Prova ilícita e prova inadmissível

Primeiramente devemos fazer uma alusão ao conceito de “inadmissibilidade”, e ISABEL ALEXANDRE recorre ao autor ALTAVILLA para explicar que a inadmissibilidade corresponde à criação de um impedimento ao ingresso de um ato processual no processo.³² Assim sendo, um ato inadmissível é aquele que não pode ser praticado no processo, porque a lei não o permite, seja por causa do sujeito que esteja em causa, seja por causa da sua forma ou conteúdo. Esta inadmissibilidade que se pode verificar na prova pode ser encontrada nas provas pré-constituídas e provas *constituendas*.

Para CARNELUTTI, a prova inadmissível é um subtipo da prova legal pois ao entender que se trata “um vínculo negativo à livre apreciação do juiz em contraposição com a prova privilegiada (é o caso por exemplo, da confissão judicial)”.³³ Para este autor a prova pode ser inadmissível por conter erros que possam prejudicar a boa decisão do julgador,

²⁹ Dr. ° Miguel Mesquita, aulas do 1.º ciclo de Processo Civil à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

³⁰ “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, 2004, p. 101

³¹ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa datado de 15-04-2021 relator Maria do Rosário da Silva Martins, disponível em www.dgsi.pt

³² Cfr. ALTAVILLA, E., *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*, 1946, P. 157 apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 28.

³³ Cfr. CARNELUTTI, - *Instituzioni...op, cit.*, p. 159 apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, 1998, p. 29

porque o requerimento de prova foi apresentado fora de prazo ou porque é exigido certas formalidades ou porque ofende direitos fundamentais.

CORDERO admite quanto às provas *constituendas* que estas podem ser inadmissíveis por três motivos: quando a lei proíbe um certo facto, quando a lei proíba que certas pessoas intervenham no processo como fontes de prova e quando haja uma restrição quanto ao modo de realização da produção de prova ³⁴.

A distinção entre prova ilícita e prova inadmissível incide, especialmente, quanto momento da incidência. A admissibilidade da prova como vimos, trata-se, no fundo, da possibilidade de um meio de prova ser admitido ao processo ou não, enquanto a prova ilícita pode ser gerada por um ato ilícito que pode ser ou não processual.

2.2.Prova ilícita e prova invalidamente constituída

A prova é invalidamente constituída quando resulta da violação de atos processuais de admissão ou produção de prova, a prova em si não se encontra afetada, exemplo disso serão os casos da violação do princípio da audiência contraditória das provas e a violação do princípio da imediação, artigos 517.º e 652.º número 3 do CPC.³⁵

Esta questão tem maior incidência nas provas *constituendas*, isto porque a prova pré-constituída foi anteriormente produzida antes de ser admitida e neste caso estamos perante uma prova ilícita.

2.3.Prova ilícita e prova imoral

Este tipo de prova apenas surte relevância em prol de uma de distinção doutrinal. O autor ZEISS explica através do caso «*da esposa comprada*» a explicação de prova imoral. Trata-se do caso de uma mulher que a troco de uma quantia pecuniária recusa prestar depoimento, renunciando a esse seu direito, artigo 497.º número 1 al. C)). A parte contrária pode pôr em causa a valoração desta recusa apresentada pela mulher alegando que se trata de uma prova ilicitamente obtida. Para o autor, o julgador terá de apreciar as circunstâncias do caso de acordo com a livre apreciação das provas. ³⁶

³⁴ Cfr. CORDERO, F., —*Il Procedimento...op.cit.*, p. 61 e 62 apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, 1998, p. 30.

³⁵ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, pp. 32

³⁶ Cfr. ZEISS, W., — *Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel* I, ZZP 9176, 89. Band, Heft 4, p. 378 apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.* p. 32 e 33.

2.4. Prova ilícita e prova viciada

Este é mais um tipo de prova que não deve ser confundido com a prova ilícita, é o caso das provas viciadas. Neste tipo de prova não temos uma correspondência com a verdade objetiva, deste modo não teremos uma prova idónea, e nestas situações o legislador criou mecanismos de proteção.

2.5. Prova ilícita e prova atípica

A prova atípica ou inominada está também relacionada com o problema da prova ilícita e merece uma análise mais cuidada do tema.

A prova atípica é aquela que não está prevista na lei e, como nos é possível depreender, como meios típicos temos aqueles que se encontram previstos na lei, como a prova testemunhal, documental ou pericial. A prova considerada atípica traz um problema quanto à sua admissibilidade, poderá uma prova que não se encontra no leque de provas do ordenamento jurídico ser admissível?

ISABEL ALEXANDRE refere que há três correntes que analisam este problema da admissibilidade da prova atípica: a legalista, a analógica e a discricionária.³⁷

A corrente legalista defende o carácter taxativo da enumeração legal dos meios de prova. A corrente analógica, por seu turno, aceita a existência de novos meios de prova desde que, possa ser realizada uma analogia ao meio de prova enunciado pela lei. E por fim, a corrente discricionária entende que os meios de prova devem ser livres, competindo ao juiz decidir pela sua admissibilidade ou não.

A doutrina italiana propõe uma compreensão unitária³⁸, a essa ideia subjaz ideia o facto de se permitir a livre admissibilidade dos meios de prova, deixando ao julgador a decisão de aceitar ou não aceitar a sua admissibilidade. Esta posição tomada pela doutrina

³⁷Cfr. REDONDO, A. *Monton, Los Nuevos Medios de Prueba y la Posibilidad de su Uso el Proceso*, 1977, p. 25-28 apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 34

³⁸Cfr. CAVALLONE, B., —*Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. di dir. proc.*, 1978, p.679 e 680 apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 34.

italiana assenta em três razões: no princípio da livre apreciação das provas³⁹, na existência de uma disciplina de presunções simples⁴⁰ e na licitude das provas atípicas.⁴¹

Temos ainda de aferir se estamos perante um elenco exemplificativo ou não, segundo entendimento de CAVALLONE não faz sentido dizer-se que estamos perante um elenco de provas taxativo porque só poderíamos falar em taxatividade se estivéssemos perante uma homogeneidade lógica dos elementos e não é isso que se verifica nos ordenamentos modernos.

É concebível transpor este entendimento de CAVALLONE para o direito português, pois apesar do nosso Código Civil não estabelecer (artigos 349.º e seguintes do CC), encontramos aqui realidades distintas⁴². Assim sendo, não podemos falar em tipologia e por isso, não terá sentido falar-se em taxatividade.

Autores portugueses como ANTUNES VARELA e CASTRO MENDES são a favor da admissibilidade dos meios de prova atípicos, desde que seja feito ao abrigo do princípio do inquisitório.⁴³ Já ISABEL ALEXANDRE destoa desta posição na medida em que o artigo 345.º número 2 do CC apenas refere as convenções sobre provas, não dispendo sobre o modo de apresentação das mesmas.

Olhando ao mesmo artigo, este sugere uma remissão para o número 1 que, segundo ISABEL ALEXANDRE, apenas faz referência às convenções relativas a direitos indisponíveis e, em bom rigor, proibir a utilização de provas atípicas seria ir contra o direito fundamental consagrado no artigo 20.º da CRP, e como tal, estaria em violação do art.18.º número 2 e por fim, o princípio da indisponibilidade não é absoluto pois resulta *a contrario sensu* do artigo 345.º CC.

³⁹ Cfr. CARNELUTTI, F., *Sistema di Diritto Processuale Civile*, I, 1936, p. 746 apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 35.

⁴⁰ Cfr. TARUFFO, M., —*Prove atipiche e convincimento del giudice* in Riv. di dir. proc., 1973, p. 389-434 apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 35

⁴¹ Cfr. CARNELUTTI, F., “*Diritto dell'imputato agli esperimenti sul suo corpo*” in Riv. di dir. proc., 1956, p. 276 e ss. apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 35

⁴² 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.

⁴³ 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

3. Proibições de Prova

3.1. Proibições de prova

O estudo da proibição de prova começou na área do direito penal com BELING e, mais tarde, ganhou relevância no direito civil na sequência de regime totalitários.

As proibições de prova referem-se a um momento anterior à apreciação da prova uma vez que representam um limite à busca da verdade, fundamentando-se em situações como o bem-estar do Estado, a proteção da esfera de personalidade dos particulares, a proteção das relações de parentesco, o dever de segredo profissional ou religioso e a proteção de direito de propriedade.⁴⁴

Surgiu um problema terminológico que provocou uma questão de classificação das proibições de prova entre os autores, mas segundo COSTA ANDRADE devemos seguir a denominação de ‘*prova proibida*’ que abarca as restantes.⁴⁵

GÖSSEL apresenta uma definição que parece ser a mais adequada a ser usada tendo em conta que o nosso legislador adotou a aceção de meio de prova, tornando-a como instrumento para averiguar os factos alegados. Este autor entende que proibições de prova são ‘*barreiras colocadas à determinação dos factos que constituem objeto do processo*’.⁴⁶

As proibições de prova dividem-se em proibições de produção de prova e proibições de valoração de prova.

3.2. Proibições de Produção de prova

Esta limitação está diretamente relacionada com o objeto de prova, e divide-se em tema, meio ou método. As proibições de produção de prova não estabelecem apenas a sua impossibilidade de valoração, mas também a sua inadmissibilidade de valoração.

A proibição de temas de prova surge por ocasião da proibição da recriação de um facto seja através de que meio de prova se utilize, temos como o exemplo o caso do artigo 554.º número 2 do CPC.

⁴⁴ Cfr. ALEXANDRE Isabel, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, 1998, pp.57

⁴⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013

⁴⁶ GÖSSEL, Karl-Heinz, *As Proibições de Prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, trad. de Manuel da Costa Andrade p.83

Quanto à proibição de meios de prova, estas proibições visam salvaguardar interesses dignos de proteção como o princípio da dignidade da pessoa humana, tomemos como exemplo o caso de diários íntimos ou as gravações secretas.

No que concerne à proibição de métodos, esta será considerada sob a condição de ser caracterizada a relevância processual da ilicitude acometida na formação da prova, temos como exemplo o caso do artigo 612.º número 1 do CPC.

4. Valoração das Provas Ilícitas

4.1. Valoração das Provas ilícitas

O valor dos meios de prova não é idêntico, difere dependendo do meio de prova que está em causa.

A valoração da prova não tem um momento específico no processo para atuar. Pode dizer-se que é algo que está intrinsecamente ligado à prova e surge no momento em que o julgador tem o primeiro contacto com a mesma.

O autor espanhol JORDI FENOLL⁴⁷ explica-nos que a atividade probatória se foca essencialmente na averiguação da verdade, mas na realidade trata-se de convencer o juiz e deste formar uma livre convicção após ter sido confrontado com diversos factos e realidades. E, neste sentido, tornou-se necessário fazer a distinção entre certeza, verdade, verossimilhança, probabilidade, credibilidade, íntima convicção e dúvida razoável, mas apesar de todas as diferenças que surgiram entre estas categorias despontou um aspeto que era idêntico a todas: valorar a prova para a julgar de forma definitiva.

Há autores que defendem que a busca por uma verdade absoluta se trata apenas de uma teoria objetiva e tratar-se-ia de uma teoria autoritária porque o seu único objetivo seria assegurar o respeito pelo direito. Na outra ponta temos uma teoria mais subjetiva em que a busca pela verdade é relativa em relação à busca pela verdade, algo que é característico em sistemas dispositivos.

Como explica o autor supramencionado, ao partirmos de um sistema não autoritário, o processo apenas podia chegar a uma verdade moral e que não passou pela convicção judicial, o que é contrário ao que se defende no processo civil, não se pretende alcançar uma verdade

⁴⁷ Autor e professor catedrático espanhol de Direito Processual na Universidade de Barcelona. Colaborou em vários artigos sobre o conflito jurídico e político entre a Catalunha e o Estado Espanhol.

absoluta pois esta seria impossível de alcançar. Vemos assim que o objetivo do processo civil não passa da simples averiguação da veracidade da prova.

As provas no processo civil são livremente apreciadas, artigo 655.º n.º 1 CPP, não havendo qualquer grau e hierarquização entre elas,. No entanto, há provas que são conhecidas pelo seu alto grau de veracidade, como é o caso da prova documental. O julgador deve decidir a matéria de facto da causa segundo a íntima convicção confrontando os vários meios de prova ao seu dispor.

É necessário ressaltar, antes de avançarmos, que não se deve confundir admissibilidade da prova com a valoração da prova. Em boa verdade quando falamos na valoração da prova já partimos do pressuposto que esta foi admitida ao processo.

E, neste sentido, podemos falar em proibição de valoração dependente que acontece nos casos em que a prova não será utilizada caso tenha sido proibida na sua produção, o resultado obtido através dela seria ilegal não podendo ser apreciado. Já nos casos de valoração independente temos uma certa desvinculação da proibição da prova e da produção da prova, só não haverá lugar à valoração nos casos de violação de direitos fundamentais ou violações de normas constitucionais.

4.2.As múltiplas manifestações do objetivo geral

A valoração da prova é um dos temas mais dissonantes no direito processual civil, os juristas e legisladores diferenciavam-se pelo caminho que deveria ser percorrido levantando inúmeras questões, mas todos pretendiam obter o mesmo objetivo: que o resultado fosse o mais próximo da verdade possível. O que diferenciava as perspectivas entre si era o caminho percorrido para alcançar a verdade. ⁴⁸

4.2.1. A íntima convicção

A primeira referência moderna feita à íntima convicção foi no ordenamento jurídico francês, sendo então a primeira referência à livre apreciação da prova.

A ideia surgiu depois por intermédio de alguns juristas que partilhavam o descontentamento pelo funcionamento dos tribunais no que toca à valoração e apreciação das provas. Em razão disto surgiram movimentos de contestação, apoiados por países como

⁴⁸Cfr. ALEXANDRE Isabel, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, 1998, pp.61-62

Inglaterra e Itália, contra o método utilização na valoração da prova e que culminou na sua total modificação. Destacam-se assim os contributos de autores como LOCKE, BECCARIA, WILLIAM BLACKSTONE e JEREMY BENTHAM, cujas obras corroboram as bases para a formação deste sistema. Defendem que apesar de termos dois factos controvertidos no mesmo caso, cada um alegado por cada uma das partes, o julgador deve gozar de poderes amplos para valorar a prova tendo em conta todas as circunstâncias que rodeiam o caso, desde que dentro dos limites da consciência.

4.2.2. A verdade formal e a verdade material

A ideia de valoração da prova tardou a chegar a países alemães, mas depois de chegar propagou-se de forma muito rápida criando pelo caminho muitas dúvidas em juristas. Muitos destes acabaram por confundir as questões que se levantavam no seu ordenamento jurídico.

Não tardaram a surgir autores que recordaram que a convicção é um exercício de reflexão ao qual se aplicam regras de lógica e é aqui que, ulteriormente SAVIGNY se vai basear para defender os ideais da livre apreciação da prova e que, a íntima convicção não significa irreflexão ou arbitrariedade, e o juiz deve seguir as regras da livre apreciação e do próprio conhecimento. Ideias estas que já eram aplicadas no processo penal e é com ENDEMANN⁴⁹ que surge o conceito de ‘‘verdade material’’.

Este autor escreveu que o processo civil da altura era orientado pelo princípio ‘*de aportación de parte*’⁵⁰ que não permitia que se alcançasse a verdade material dos factos apresentados pelas partes, atribuindo a este fenómeno o conceito de verdade formal, verdade esta que era obtida através do uso do princípio supra referenciado. ENDEMANN, nas suas obras, questionava-se se o julgador não poderia julgar a prova com base na razão, lógica e experiência, desta forma não bastaria a plausibilidade das provas apresentadas para estas serem consideradas como verdade. E, neste sentido, surgem as três provas por excelência: a documental, testemunhal e a declaração das partes, falamos assim no seu valor probatório.

Muitas foram as vozes que se levantaram contra esta reforma no sistema judicial e que insistiam que no processo civil, ao contrário do que acontecia no processo penal, deveria

⁴⁹ Wilhelm Endemann, jurista e autor alemão.

⁵⁰ Este princípio diz-nos que o julgador deve formar a livre convicção com base nos meios de prova apresentados pela parte e não deve assumir qualquer atividade de investigação, assumindo um papel passivo.

sempre existir verdade formal, reiterando que esta tese não deveria ser abandonada por completo, criando-se assim um sistema misto.

Assim sendo, o juiz deveria valorar a prova de forma livre de acordo com as experiências, mas com a proibição da livre arbitrariedade.

4.2.3. O conceito de «beyond any reasonable doubt»⁵¹

Os autores BETHAM e, mais tarde, ROSENBERG, questionavam-se sobre até que ponto se deve estar seguro de um direito para este se dar como provado.⁵²

Este conceito determina que as provas apresentadas devem demonstrar um grau de certeza que ficam além da dúvida razoável e da possível responsabilidade do acusado. O grau de certeza da decisão depende, na generalidade, dos meios de prova à disposição assim como a produção de prova. Este conceito está intrinsecamente ligado ao princípio da presunção de inocência, isto porque se as provas utilizadas não conferirem um grau de convicção do juiz no sentido de afirmar a culpa do réu, este deve ser absolvido. Este critério, no fundo, vai servir como uns critérios materiais de aplicação do princípio da presunção de inocência.

5. A prova ilícita em processo penal: análise do problema

Podemos estabelecer um paralelo entre o problema da prova ilícita em processo civil e em processo penal.

Em processo penal, adquirida a notícia de crime é aberto o inquérito onde haverá diligências que visam averiguar a existência de crime, determinar os agentes responsáveis, recolher provas de maneira a chegar a uma decisão, decisão essa de arquivar ou acusar.⁵³

Mais tarde, a causa seguirá para julgamento caso não tenha sido arquivado o processo. E, nesta fase, valem as provas que tiverem sido recolhidas e examinadas em audiência, para o efeito de formação da livre convicção do tribunal quanto à existência de um crime.

⁵¹ Para além de toda a dúvida razoável

⁵² Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora datado de 21-06-2011 relator João Gomes de Sousa, disponível em www.dgsi.pt

⁵³ Cfr. ANTUNES, Maria João, Direito Processual Penal, Coimbra, Almedina, 2021, pp.127.

É aqui que ganham relevo os meios processuais: os meios de obtenção de prova e os meios de prova. Os meios de obtenção de prova são aqueles através dos quais se vão obter os meios de prova, meios estes que vão formar a livre convicção do juiz.

O objeto de prova é constituído por todos os factos juridicamente relevantes para averiguar a existência ou inexistência de um crime.

O Código de Processo Penal prevê como meios de obtenção de prova os exames, as revistas, as buscas, as apreensões e as escutas telefónicas. Já os meios de prova apresentados pelo mesmo código são: a prova testemunhal, as declarações do arguido, as declarações do assistente e/ou das partes civis, a prova por acareação, a prova por reconhecimento, a reconstituição do facto, a prova pericial e a prova documental (artigos 128.º a 170.º do Código de Processo Penal).

Em processo penal, relativamente à prova ilícita temos de analisar o princípio da legalidade presente no artigo 125.º do supramencionado código. Este artigo estabelece que *são admissíveis as provas que não forem proibidas da lei*, quer isto dizer que o legislador quis definir o núcleo de provas proibidas e impedir a sua utilização. O princípio da legalidade veio impor-se como um limite ao princípio da investigação, pois apesar de se querer investigar não se pode recorrer a provas que sejam proibidas. Quando nesta norma se afirma que são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei, a ideia que orientou o legislador foi a de favorecer a descoberta da verdade material, admitindo todos os meios de prova e todos os meios de obtenção de prova ainda que eles não estejam previstos na lei, desde que não estejamos perante os tais meios proibidos.

De seguida, no disposto do artigo seguinte o legislador vem apresentar, de forma não taxativa, um conjunto de provas proibidas.⁵⁴ O artigo 32.º n.º 8 da Constituição da República Portuguesa, em harmonia com o artigo 126.º CPP, admite que são proibidas por lei todas as provas que sejam obtidas mediante o recurso a tortura, coação, ofensas à integridade física e moral das pessoas, intromissão abusiva na vida privada, no domicílio ou correspondência (artigos 25.º, 26.º e 34.º).

Já no que tange aos métodos proibidos de prova, são abrangidos aqueles que forem obtidos através de tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral das pessoas,

⁵⁴ São consideradas provas proibidas porque os métodos utilizados para a sua obtenção são, também eles, proibidos

intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou telecomunicações sem o consentimento do respetivo titular.

Percebemos por este elenco de provas proibidas⁵⁵ apresentado pelo legislador que, ao contrário do que acontece em processo civil, temos um catálogo de situações objetivas em que temos uma prova ilícita ou proibida, isto porque violam regras que proíbem um meio ou um método de prova, artigo 126.º CPP. Por exemplo, a violação do princípio da legalidade tem como consequência a nulidade da prova que foi obtida através do método proibido não podendo assim ser utilizada e, conseqüentemente, acresce a esta nulidade uma proibição da valoração da prova, artigo 118.º número 3 do CPP. Para além desta especificidade, o código de processo penal integra o Livro III dedicado ao problema da prova, apresentando assim uma organização mais sistemática. Por outro lado, é possível encontrar em alguma legislação extravagante regulações acerca do tema da prova em audiência de julgamento.

Além disso, nestas matérias das proibições de prova há uma questão de grande relevo que tem sido discutida que é a questão de saber se as proibições de prova têm ou não carácter absoluto. Isto é a questão de saber se, quando há uma proibição de produção de prova, se isto tem de corresponder necessariamente a uma proibição de valoração da prova, ou se subsistirá espaço para uma ponderação de valores conflitantes. Ou seja, quando se produz uma prova proibida isto tem de significar necessariamente uma proibição de valoração ou sobra espaço para também neste âmbito fazer a tal concordância prática de interesses em conflito, sobrar espaço para uma ponderação das valorações conflitantes. A questão é esta a de saber se as proibições de prova têm ou não carácter absoluto. A doutrina maioritária portuguesa tende a dizer que sim, FIGUEIREDO DIAS defendeu e colocou o problema da possibilidade de ponderação de valorações conflitantes.

Entendemos assim a diferença entre o regime apresentado no processo civil e o regime do processo penal. Neste último, como temos a intervenção de autoridade públicas, é necessário que sejam criadas normas para a proteção dos indivíduos de maneira a evitar-se eventuais abusos. Já no processo civil, temos uma situação de igualdade de tratamento entre as partes. Apesar disto facilmente se entende que no processo penal é necessária uma maior proteção das partes.

⁵⁵Cfr. Acórdão Supremo Tribunal de Justiça datado de 28-04-2022, relator Orlando Gonçalves disponível em www.dgsi.pt

MARINONI afirma assim que esta diferença entre o processo penal e o processo civil se sustenta no facto de que *‘no processo penal o réu deve ser informado do seu direito de permanecer calado, enquanto no processo civil a parte tem o dever de dizer a verdade. (...) as diferentes realidades situadas em cada uns dos processos não podem deixar de ser levadas em consideração quando se pensa na prova obtida de modo ilícito. ‘*⁵⁶

Defendemos esta posição assumida por MARINONI uma vez que consubstancia uma posição considerada unitária para ambos os processos, assim como para os valores que ambos pretendem proteger.

⁵⁶ Cfr. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz, *Prova...op.cit.*, p. 248.

Capítulo III- A Admissibilidade da Prova e a solução adotada no Processo Civil Português

1. Contextualização do problema da admissibilidade da prova ilícita

Como já foi analisado anteriormente, a prova ilícita padece de um problema de admissibilidade que é muito discutido na doutrina e na jurisprudência portuguesa.

Com a Revolução Francesa de 1789 surge um grande destaque para os direitos fundamentais do ser humano na sociedade, no entanto, é preciso esperar até ao século XX para que esta importância ganhe relevância no contexto da justiça e da prova ilícita. Foram precisos vários anos para que esta assumisse verdadeiramente importância pois a única coisa que interessava era a busca pela verdade material.

Este problema é mais abordado e estudado no âmbito do Processo Penal pois aqui, estão em causa direitos pessoalíssimos que carecem de disposições concretas para não correrem o risco de violação de direitos fundamentais.

Para ISABEL ALEXANDRE, a questão da admissibilidade da prova ilícita é também um problema político⁵⁷ no sentido em que as soluções que foram encontradas para a admissibilidade ou não são variáveis tendo em conta a valorização, ou não têm o ser humano como prioridade dentro do processo. Nos ordenamentos jurídicos mais humanistas, como se percebe, o direito fundamental violado é mais importante do que a descoberta da verdade material, ao contrário do que acontece nos ordenamentos jurídicos menos humanistas. Assim, falamos em inadmissibilidade da prova ilícita nos primeiros e admissibilidade da prova ilícita no segundo.

Desta forma, vamos agora abordar as 3 doutrinas que versam sobre o tema da admissibilidade da prova ilícita em Processo Civil: admissibilidade, inadmissibilidade e admissibilidade em certas condições ou mista.

⁵⁷ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...* op. cit., pp. 15

2. Teses da inadmissibilidade das provas ilícitas em Processo Civil

Tais teses colhem seguidores em França, Espanha, Brasil e alguns estados do Estados Unidos.

Estas defendem que, uma vez que se tenha conhecimento de uma prova ilícita esta deve ser excluída do processo, não devendo assim ser valorada ou admitida. A corrente da inadmissibilidade da prova valoriza essencialmente os direitos fundamentais, não havendo espaço para ponderação de valores. REDONDO defende que o processo não pode ser visto como ‘*um campo de batalha onde os fins justificam os meios*’⁵⁸

Em Portugal temos vários autores que perfilham a tese da inadmissibilidade da prova ilícita, entre eles MARCELLO CAETANO no âmbito do processo disciplinar, FIGUEIREDO DIAS⁵⁹ no âmbito do processo criminal, e ISABEL ALEXANDRE no processo civil por aplicação analógica do art.32.º n.º8 da CRP.

2.1.A unidade do sistema jurídico

Os defensores da tese da inadmissibilidade da prova baseiam a sua opção numa ideia de unidade de sistema, quer isto dizer que defendem que o sistema jurídico não se encontra dividido e se trata de um ordenamento jurídico unitário. Assim, para esta teoria, admitir que uma prova ilícita seja aceite no processo trata-se de uma afronta para os princípios e direitos regulados na Constituição.

Já para a tese da irrelevância processual da ilicitude material, o direito material e o direito processual têm de ser separados.

Esta posição defende a prova ilícita inadmissível no processo com fundamento na ideia de que o ordenamento jurídico não corresponde a um aglomerado de compartimentos estanques de cada ramo do direito. Entendem assim que o direito processual é influenciado por outros ramos substantivos e, como a ilicitude é um conceito geral aplicado a todos os ramos do direito, a nulidade segue a mesma lógica.

⁵⁸ Cfr. REDONDO, Monton, *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso el processol*, Salamanca, Departamento de Derecho procesal de la Universidad de Salamanca, 1977, p. 173-182 apud ABRANTES, José João, *Prova ilícita...op.cit.*, p. 11-12

⁵⁹Cfr. 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.

Esta corrente é perfilhada por ALLORIO e NUVOLONE⁶⁰, que invocam a autonomia processual, estabelecendo uma unidade entre os sistemas jurídicos de modo a que os conceitos sejam aplicáveis aos diferentes ramos do direito.

Já para o autor ZEISS, a ilicitude material tem na sua origem uma conduta proibida pelo direito, com a ideia de preservar os bens jurídicos, sendo impossível extrair do próprio direito material consequências processuais. Também COMOGLIO⁶¹ entende que tal conceito não é justificação para acolher uma noção tão genérica de contrariedade do direito pois, face aos limites de admissibilidade de uma prova, a norma processual é sempre especial. Desta forma, a violação do direito material não se pode basear na violação de normas processuais de maneira que se exclua a valoração da prova em causa.

ISABEL ALEXANDRE defende que apenas se põe em causa a unidade de sistema jurídico quando se ‘*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*’⁶².

2.2.O dolo não deve aproveitar o seu autor

A tese agora analisada tem origem na anotação feita por CARNELUTTI no acórdão Corte d’ Appello de Milão, de 5 de Abril de 1934, onde se defendia não ser possível a admissibilidade da prova ilícita em Processo Civil. Nesta anotação, feita a um processo sobre a exibição de documentos, CARNELUTTI defende que não é possível a admissibilidade do meio de prova quando este for vantajoso para a parte que o pretende utilizar.

No ordenamento jurídico italiano defendia-se que a parte que tenha obtido um documento de forma ilícita não possuía qualquer direito de o exhibir- esta é a regra, no entanto, existem exceções: se for obtido mediante a via executiva, se ao recusar apresentar o documento a situação se tornasse igual a apresentá-lo e se a parte que obteve o documento de outrem fosse sua proprietária.

⁶⁰ Cfr. NUVOLONE, *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*”, in Riv. dir. proc., 1966, p.442 e ss. apud GRINOVER, Ada Pellegrini, — *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 149.

⁶¹ Cfr. COMOGLIO, *Il Problema Delle Prove Illecite Nell’azione Esperienza Angloamericana e Germanica*, 1996, p. 352 apud GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 177

⁶² Cfr. ALEXANDRE, *Isabel, Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 190

Nestes casos CARNELUTTI considera que, apesar de ser uma prova obtida através de métodos ilícitos, como a parte que a apresenta não fica beneficiada, a prova deve ser valorada. Desta forma, no ordenamento jurídico italiano, o legislador consagrou uma presunção judicial contra a parte que tenha apresentando o documento que deverá ser considerado como ineficaz, pois caso contrário este obteria uma vantagem em relação à parte que atou licitamente durante todo o processo.

Esta posição sofreu algumas críticas, desde logo, de autores como TROCKER, CAPPELETTI e VIGORITI que justificaram a tese do autor com base no momento histórico em que este a formou.

Para ISABEL ALEXANDRE não devemos excluir a possibilidade de recorrermos ao princípio geral de que *o dolo não deve aproveitar ao seu autor*, a analogia está assimilada no artigo 10.º número 2 do CC. No entanto, temos duas situações caricatas que devemos ter em conta, na primeira, os meios de prova em poder da parte contrária, sobre a qual recai um dever de os exibir e os meios de prova ilícitos sobre os quais não recai um qualquer dever de os exibir. Na primeira situação, a conduta adotada por quem tem em sua posse o meio de prova determina que haja uma inversão do ónus da prova que tiver impossibilitado a prova à contraparte e na segunda situação, implica a obtenção de uma vantagem para aquele que obteve a prova, se tivesse atuado de forma lícita não teria obtido o mesmo resultado.

ISABEL ALEXANDRE menciona não ter qualquer fundamento para 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.⁶³

Os defensores dessa posição entendem que o autor não pode beneficiar do ato ilícito, ou seja, o que pretendem significar é que o dolo não pode aproveitar ao seu autor.

2.3.A discussão de comportamentos ilícitos

Temos ainda defensores de que a inadmissibilidade da prova ilícita constitui um incentivo à prática de atos ilícitos pelas partes.

⁶³ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...* op. cit., pp. 202

No entanto, esta é uma função já desempenhada pelo direito material quando estatui a aplicação de sanções acessórias. Esta sanção não pode ser medida, portanto as opções são a admissibilidade ou inadmissibilidade de uma prova ilícita.⁶⁴

3. Teses de admissibilidade da prova ilícita em Processo Civil

Contrariamente à tese acima estudada temos a tese da admissibilidade das provas ilícitas. Esta conceção pode ser considerada liberal, isto porque defende que a prova apenas deve ser considerada como inadmissível no processo quando houver um impedimento na própria lei processual. Por outro lado, levanta a questão da irrelevância dos meios utilizados para a obtenção da prova. Quer isto dizer que o meio de prova utilizado não pode ser rejeitado, mas a parte ou sujeito que obteve a prova poderá ser alvo de sanções civis ou criminais. O ato da obtenção da prova ilícita pode estar sujeito a consequências criminais e civis.

3.1.A irrelevância processual da ilicitude material

Como se pode perceber, esta tese defende que para se alcançar a verdade todos os meios utilizados na investigação devem ser valorados, mesmo que isso implique a aceitação de produção de provas ilícitas.

Para CORDERO devemos seguir as regras processuais, não fazendo sentido invocar princípios constitucionais para sustentar a existência de proibições de prova.⁶⁵ O autor RICCI defende que se o momento em que se verificou a ilicitude for anterior ao desenvolvimento do processo a ilicitude verificada deve ser considerada irrelevante, assim a prova mantém o seu valor probatório e pode ser usada no processo, evitando sanções criminais, civis ou ambas.⁶⁶

Facilmente percebemos que aqui ganha relevância a destrição de conceitos de prova ilícita já anteriormente analisados. Desta forma, estes autores consideram como admissíveis as provas ilícitas, as que foram obtidas mediante a violação de direito material e como

⁶⁴ 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.

⁶⁵ F. CORDERO, ‘*Prove illecite*’ in *Tre Studi...*, op.cit., pég. 156

⁶⁶ Cfr. G.F.RICCI, ‘*Le prove illecite*...op.cit., pág. 70 apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 172-173.

inadmissíveis as provas ilegítimas, aquelas que foram obtidas mediante a violação de normas processuais.

No direito alemão temos GOLDSCHMIDT e NIESE, que defendem que a ‘*inadmissibilidade de um acto processual não pode ser deduzida da ilicitude material de certa conduta*’⁶⁷, isto porque entende-se que o direito processual apresenta a característica da autonomia face ao direito material.

Já E. PETERS defende que possa ser admissível um meio de prova que se venha a considerar ilícito porque a lei não o proíbe expressamente. Tomemos como exemplo, um documento obtido mediante ato punível, o tribunal pode vir a considerar admissível esse documento uma vez que não existe uma norma processual que expressamente proíba a valoração desse documento.⁶⁸

Para ISABEL ALEXANDRE a tese da irrelevância processual da ilicitude material não traz soluções para o problema da admissibilidade da prova ilícita por dois motivos: em primeiro lugar entende que a interpretação da lei em processo civil ou até mesmo o recurso à analogia podem declarar proibições de prova para além daquelas já legalmente previstas, em segundo lugar separar a parte material da parte processual não soluciona a questão da admissibilidade da prova cuja a ilicitude apenas decorre da produção em juízo.⁶⁹

Defende ainda que esta tese pode ser favorável por exemplo, no caso do depoimento testemunhal de uma pessoa vinculada a segredo pode ser valorado pelo julgador, este argumento é sustentado por PLEYER⁷⁰ e permite defender que a ilicitude material não é necessariamente atendida em sede processual.⁷¹

3.2.O dever de dizer a verdade e o interesse na descoberta da verdade material

Uma das fundamentações para admissibilidade processual das provas ilicitamente obtidas é o dever de dizer a verdade que cabe às partes.

⁶⁷ Cfr. NIESE, W., *Narkoanalyse als doppelfunktionelle Prozesshandlung*, *ZStW*, 1951, p. 216-2017 apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 172

⁶⁸ 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

⁶⁹ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 175.

⁷⁰ Cfr. PLEYER, K., *Schallaufnahme als...op. cit.*, *ZZP* 1956, pp. 330 apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 172 a 174.

⁷¹ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 172 a 174.

Esta tese resultaria quase como uma justificação para a admissibilidade das provas ilícitas isto porque, o comportamento ilícito para obter o meio de prova justifica-se pelo facto de a parte contrária se recusar a cumprir o dever de veracidade que sobre ela recai.⁷²

O dever de dizer a verdade não abrange factos criminosos⁷³, artigo 454.º, n.º2, o que desde já significa que quando um meio de prova que foi obtido ilicitamente diga respeito a um destes factos a sua admissibilidade não pode ser fundamentada com base na violação de tal dever.

Para ISABEL ALEXANDRE, é possível reforçar esta justificação com recurso ao artigo 359.º do CC e 464.º, nas confissões extrajudiciais de dívida obtidas mediante coação, que foram obtidas através de um meio processual ilícito e assim não pode ser admitido com base na violação do dever de veracidade da parte contrária.⁷⁴

A autora reforça ainda a ideia de que, a prova considerada ilícita torna-se nula a partir do momento em que fique provado que esta foi obtida de forma ilícita, devendo tal nulidade ser declarada pelo juiz.

A descoberta da verdade material pode ser invocada para defender a admissibilidade e consequentemente, a valoração da prova ilícita caso tenha sido admitida ilicitamente ou invalidamente constituída.⁷⁵

ISABEL ALEXANDRE define que ‘*em defesa da admissibilidade implica o dever do juiz de admitir o meio de prova, mas por outro lado, —a defesa de sua valoração pode significar que existe um dever do juiz em não admitir a prova ilícita, aceitando-se embora, em caso de admissão, a ponderação do resultado obtido, quando seja útil para a descoberta da verdade*’.⁷⁶

A favor do argumento apresentado por ISABEL ALEXANDRE está o autor SCHÖNKE que afirma que o princípio da investigação da verdade é o princípio que vai dar resposta à admissibilidade da prova ilícita, pois é neste princípio que se espera que os factos fiquem esclarecidos no processo. Quando uma das partes apresenta uma prova ilícita estão

⁷² Cfr. ROTH, Alfons, *Die Prozessuale Verwendbarkeit Rechtswidrig Erlangter Beweisurkunden (Eine Entgegnung)*, pp. 715 apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 176

⁷³ Cfr. ROTH, Alfons, *Die Prozessuale Verwendbarkeit Rechtswidrig Erlangter Beweisurkunden (Eine Entgegnung)*, pp. 715 apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 176

⁷⁴ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...op. cit.*, pp. 176 e 177.

⁷⁵ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 180

⁷⁶ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 180

em conflito dois interesses: por um lado, o interesse público na descoberta da verdade e por outro lado, o interesse público na proteção contra a obtenção ilegal da prova.

Para SCHÖNKE este conflito deve ser solucionado com a prevalência da descoberta da verdade pois o interesse contra a ilicitude pode ser satisfeito mediante sanções civis ou penais. Olhando ao artigo 418.º percebemos que aplica-se aqui esta situação, a descoberta da verdade material sobrepõe-se ao direito de privacidade das partes, por outro lado encontramos vários artigos que defendem o contrário artigos 417.º, 434.º e 490.º No primeiro exemplo, artigo 417.º, é estabelecido o limite ao dever de cooperação das partes para a descoberta da verdade material, no segundo exemplo temos a recusa de entrega de documentos justificada e no último caso temos a inspeção judicial, fica protegida a intimidade da vida privada e familiar assim como a dignidade humana.

Já para o autor ALMAGRO NOSETTE, posição que defendemos, o processo deve funcionar de acordo com o núcleo de direitos humanos, considerando que a tese acima descrita se trata de uma tese ultrapassada e errada, ‘ *‘não deve o princípio da investigação da verdade ser concebido em termos absolutos, pois «não é 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 logo, em conjugação com a essência mais nobre do mesmo ordenamento, a saber, o núcleo básico dos direitos humanos.»*.⁷⁷

O nosso Código de Processo Civil faz várias referências ao facto de que a descoberta material não pode pôr em causa os demais valores da ordem jurídica, encontramos no artigo 417.º n.º 3 que concebe o direito de recusa dentro do dever de cooperação para a descoberta da verdade protegendo direitos fundamentais, protegendo assim direitos fundamentais de modo que estes estejam acima da busca da verdade material.

3.3.A celeridade processual

A celeridade pode ser um fundamento para admissão de prova ilícita no processo. No entanto não apresenta sustentabilidade suficiente para ser admitida, ROTH justifica a admissão com base no facto de que se as partes pudessem discutir a admissibilidade de uma das provas o processo poderia ser demasiado longo.

⁷⁷Cfr. NOSETTE, J. ALMAGRO., *Garantias constitucionais del processo civil*, Justicia, 1981, p. 11-12 apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 186

Sendo assim, não seria possível um processo extraordinário dentro do Processo Civil porque primeiro teriam de reunir os argumentos favoráveis e desfavoráveis à admissibilidade do meio de prova ilícito em causa, isto despenderia de imenso tempo perdido e tornaria o processo demasiado moroso.

A celeridade processual é uma das exigências no acesso ao direito, artigo 20.º CRP, mas não deve ser obtida a todo e qualquer custo devendo respeitar o princípio do contraditório presente no artigo 3.º número 3.

A posição que defendemos é a do autor ZEISS que defende que a celeridade processual não pode ser conseguida a qualquer custo e não se pode sacrificar direitos fundamentais e institutos processuais em nome da mesma.⁷⁸

4. Teses da admissibilidade da prova ilícita em certas condições em Processo Civil- Tese Intermédia

Trata-se da posição intermédia, em que a questão da admissibilidade ou inadmissibilidade da prova faz-se processo a processo e sempre de acordo com a ponderação dos interesses envolvidos no conflito processual. Assim sendo, podemos ter a sobrevalorização do interesse individual para proteção de um direito fundamental em primeiro lugar face à descoberta da verdade material.⁷⁹

Esta tese tinha defensores como HABSCHIEDL que a defendia com base no facto de que, obter um meio de prova através de uma violação de direitos fundamentais é inadmissível, mas já não o será no caso deste meio de prova ilícito não afetar direitos fundamentais.⁸⁰

Esta teoria visa alcançar a verdade material da forma mais justa possível, mas não a qualquer custo, não nos podemos esquecer que o direito à prova é um direito fundamental e aqui já se exige uma ponderação de interesses, por um lado os direitos fundamentais que se encontram consagrados na Constituição que os preceitos processuais visam proteger e por outro lado, o direito à prova e o direito a uma decisão justa.

⁷⁸ ZEIS, W., *Die Verwertung...* op.cit., p. 384-385 apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...* op.cit., p. 176-177.

⁷⁹ Cfr. ABRANTES, José João, *Provas Ilícitas...* op. cit., pp. 16.

⁸⁰ Cfr. REDONDO, Alberto Montón, *El Valor Probatorio...* op. cit., pp. 196 apud ABRANTES, José João, *Prova Ilícita...* op. cit., pp. 14 a 16

Para a descoberta da verdade material tem de ser analisado o meio de prova e averiguar se é ou não essencial e por fim, tem de ser respeitado o princípio da proporcionalidade.

Por um lado, o nosso ordenamento jurídico visa atingir a justa composição do litígio permitindo a admissibilidade de todas as provas no entanto temos no outro lado da balança temos a proteção dos direitos fundamentais que limitam a prova. Para MIGUEL MESQUITA a prova ilícita deverá ser admissível no processo, mas apenas em situações de ser a única prova que permita a resolução da situação concreta e a descoberta da verdade.

4.1.O critério da proporcionalidade

De acordo com o que foi dito anteriormente, o princípio da proporcionalidade visa equilibrar os valores envolvidos e a questão da ilicitude material.

ADA PELLEGRINI refere que a jurisprudência inicialmente tendia a corrigir possíveis distorções que poderiam ser geradas por entendimentos rígidos aplicados a casos considerados graves⁸¹.

O critério da proporcionalidade pode entrar em conflito com a ponderação de outros bens jurídicos causando aqui um conflito. Uma vez que no contexto da admissibilidade da prova ilícita encontramos falta legislação que regule o tema da prova ilícita, a ponderação de interesses terá de ser realizada pelo julgador, colocando em causa do conflito e os direitos em causa no momento da avaliação, *“acentuando a capacidade de o juiz interpretar e aplicar a norma da forma que considerar mais adequada.”*⁸²

Para VIEIRA DE ANDRADE a melhor solução encontrada é a seguinte, quando estamos perante direitos iguais ou da mesma espécie, os titulares dos direitos devem ceder no que for necessário, já no caso de estarmos perante direitos diferentes prevalecerá o direito que se considerar superior, artigo 335.º números 1 e 2 do CC.⁸³

No caso de colisão entre direitos dever-se-á recorrer à hierarquia de direitos, no caso de se tratar de prova ilícita cabe ao julgador efetuar a ponderação de interesses dos direitos em conflito devendo sempre respeitar os direitos e valores constitucionalmente protegidos e deve existir uma compatibilidade com a Constituição.

⁸¹ Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit.*, p. 151.

⁸² Cfr. CAMPOS, Sara Raquel Rodrigues, *—(In)admissibilidade de provas ilícitas - dissemelhança na produção de prova no direito processual?*”, Dissertação de Mestrado em Direito, na Área de Especialização de Ciências Jurídico-Forenses, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 59.

⁸³ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 322.

A questão agora coloca-se em saber como se deve atuar sempre que ocorram colisões de direitos fundamentais.

GILMAR MENDES refere que, os ‘os princípios são determinações para que um determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem’⁸⁴ desta forma, o autor pretende esclarecer que o conflito de direitos fundamentais resulta de um conflito de princípios e que tal conflito não pode simplesmente ser excluído do ordenamento jurídico, deve procurar-se um entendimento entre eles. Esta característica dos princípios, segundo o autor é um elemento fundamental para a resolução dos conflitos.

ROBERT ALEXY faz referência à teoria dos princípios ligada à ponderação de valores que passa pelo princípio da proporcionalidade, neste sentido o princípio da proporcionalidade deveria passar pela adequação do meio utilizado, pela necessidade desse meio de forma a que seja o único possível e razoável.⁸⁵ Segundo este autor o princípio da proporcionalidade pode ser entendido num sentido estrito, como uma ponderação de interesses: em primeiro lugar definir-se-á a intensidade da intervenção, depois a necessidade de se verificar a importância dos fundamentos justificadores da intervenção e de seguida, a ponderação em sentido específico e estrito.

GOMES CANOTILHO, não segue a mesma teoria acima apresentada pelo autor e filósofo, defende que se deve ter cuidado quando se fala de direitos como princípios e que, se deve falar de direitos, liberdades e garantias no plano das regras e princípios, devendo prevalecer as regras sobre os princípios.⁸⁶

⁸⁴ Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica Constitucional...*op.cit., p. 181 e 182

⁸⁵ Cfr. ALEXY, Robert, *Kollision und Abwägung als Grundproblem der Grundrechtsdogmatik*’, Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 12.12.1998. tradução livre do autor deste estudo apud MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica Constitucional...*op.cit., p. 227.

⁸⁶ Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes, *Métodos de proteção de direitos, liberdades e garantias*], in BFD, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, 2003, p.814; Com efeito, GOMES CANOTILHO faz referência à conceção proposta de relevante impacto nos direitos fundamentais realizada por R. DWORKIN, a propósito da distinção entre as regras e princípios, Cfr. *Ibid.*, p. 813.

4.2. Distinção entre violação de direitos fundamentais e violação de outros direitos

É necessário fazer uma distinção entre violar direitos fundamentais e direitos não fundamentais para percebermos se uma prova é considerada ilícita e se conseqüentemente pode ser valorada ou não.

Uma vez que toda a prova obtida através de meios ilícitos é uma prova inadmissível facilmente compreendemos a importância probatória que a constituição assume no nosso ordenamento jurídico. Mas apesar de a constituição estar no topo das mais importantes leis não significa que todas as violações destes preceitos constituam provas inadmissíveis pois o momento de produção da prova pode muito bem determinar que sejam admitidas, e neste caso já teremos de adotar a tese de KODEK.⁸⁷

4.3. A distinção entre os momentos da obtenção, da produção e da valoração a prova

Segundo esta tese, apenas devem ser consideradas inadmissíveis as provas que aquando da sua produção violem direitos constitucionais.

KODEK defende que os particulares não podem violar normas constitucionais e que devemos distinguir o momento da obtenção da prova do momento da produção e do momento da valoração, pois as proibições de prova não devem ser fundamentadas com a obtenção através de particulares. Para 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 assim estas podem estabelecer restrições aos seus poderes de produção das provas.⁸⁸

KODEK defende que a proibição da produção não prova não provoca necessariamente uma proibição na sua valoração vai depender dos valores que estão em causa. Todavia, com recurso ao artigo 195.º, 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.

⁸⁷ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...* op. cit., pp. 218 a 229.

⁸⁸ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...* op. cit., pp. 218 a 229

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.⁸⁹

5. Solução Adotada no Processo Civil Português

5.1.O problema em causa

Chegada a esta fase pretende-se averiguar como é tratada a prova ilícita no Processo Civil Português, se são admitidos ou não estes meios cuja sua obtenção ou utilização impliquem que sejam violadas normas constitucionais ou direito material.

Ao contrário do Código de Processo Penal o nosso Código de Processo Civil não prevê nenhuma norma que dê uma solução ao problema da admissibilidade ou não admissibilidade de provas ilícitas.

O ordenamento jurídico português reconhece o direito à prova previsto no artigo 20.º da CRP e 413.º e só pode ser limitado por normas proporcionais que apresentem uma justificação viável para garantir o equilíbrio dos direitos. Apesar de no artigo 126.º termos a determinação da proibição de valoração de normas obtidas mediante tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral das pessoas, abusiva informação na vida privada, na correspondência ou nas telecomunicações este preceito não é o suficiente para que o problema da admissibilidade das provas seja resolvido.

Importante neste âmbito é o preceito do número 8 do artigo 32.º da CRP que se aplica ao direito criminal no entanto, debate-se se pode ser feita uma analogia deste preceito para o Processo Civil.

5.2.Analogia entre o artigo 32.º n, 8º da CRP e o Código de Processo Civil

Chegados a esta fase, cabe-nos colocar uma questão essencial, será que podemos aplicar analogicamente o artigo 32.º número 8 da CRP ao Processo Civil como fazemos em Processo Penal? Será que podemos recorrer a essa solução?

⁸⁹ 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 de Universidade de Coimbra.

ISABEL ALEXANDRE considera que as provas ilícitas são automaticamente inadmissíveis e conseqüentemente não são suscetíveis de valoração pelo tribunal, concorda com a aplicação analógica do preceito uma vez que não se trata de uma norma excepcional.⁹⁰

A autora recorre ao artigo 34.º n.º 4 da CRP para explicar a sua posição, neste preceito sobre a inviolabilidade do domicílio e da correspondência pelas entidades públicas, colocando assim a possibilidade de excluir a aplicação do preceito em causa aos particulares. Desta forma ISABEL ALEXANDRE sugere que se faça uma interpretação restritiva da norma ‘‘(...)abusiva intromissão [...] na correspondência ou nas telecomunicações.’’ Refere-se assim a atos praticados por entidades públicas e que conseqüentemente, são assim excluídas as provas ilicitamente obtidas por particulares. ISABEL ALEXANDRE acredita que não se deve fazer a conjugação dos preceitos constitucionais pois de acordo com o artigo 18.º é imposto a sua aplicação às entidades públicas e privadas estando assim no âmbito de aplicação do artigo 32.º n.º 8.⁹¹

Outro argumento a favor da aplicação do art. 32.º n.º 8 da CRP é o facto deste se inserir no Capítulo direitos, liberdades e garantias pessoais, ISABEL ALEXANDRE explica que devemos recorrer ao elemento sistemático para uma interpretação mais correta. No entanto, fica a ressalva de que este elemento não é suficiente e só impede a valoração de provas ilícitas obtidas por entidade públicas. Devemos recorrer ao artigo 9.º n.º 3 do CC que determina que existe uma presunção favorável à letra da lei e por isso deve considerar-se a interpretação mais abrangente.⁹²

FIGUEIREDO DIAS⁹³ entende que se aplica o preceito enunciado aos particulares, na mesma senda temos JORGE MIRANDA⁹⁴ que defende que não se deve retirar aos preceitos constitucionais a sua eficácia e devem ser aplicados sempre que possível. Este entendimento é corroborado pelo princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais (artigo 18.º n.º 1 CRP) com aplicação imediata.

ISABEL ALEXANDRE recorre a OLIVEIRA ASCENSÃO para explicar que uma vez que a Constituição insere o preceito nas garantias de processo criminal esta não se deve

⁹⁰ Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas...* op. cit., pp. 233 a 235.

⁹¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães datado de 16/02/2012, relator José Rainho, disponível em www.dgsi.pt.

⁹² Cfr. ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...* op.cit., p. 238

⁹³ Cfr. DIAS, Figueiredo, *La protection des droits...* op.cit., p. 182 e 183 apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...* op.cit., p. 238.

⁹⁴ Cfr. MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional (Direitos fundamentais)*, Tomo IV, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 319 e ss.

considerar como uma exceção devendo ser aplicado ao Processo Civil. Já o art.11.º CC elucida para o problema da violação do direito material, e como não vai contra nenhum princípio geral do processo civil, de forma a que não se levanta aqui nenhum problema material.

Apesar da posição adotada por ISABEL ALEXANDRE esta não nos parece a melhor no sentido em que, aplicando o artigo 32.º n.º8 de forma muito rígida pode levar à nulidade da prova não abrindo lugar a exceções, pondo em causa todo o processo.

JOÃO ABRANTES defende uma posição mais ponderada em que, o preceito constitucional é aplicado ao Processo Civil, assim como defende ISABEL ALEXANDRE, no entanto, defende que as provas são inadmissíveis, mas quando ‘ *se mostrar serem a única via possível e razoável de proteger outros valores que, no caso concreto, devam ser tidos como prioritários* ’⁹⁵, deve assim ceder de acordo com o princípio da proporcionalidade de forma a obter uma ponderação correta dos bens jurídicos em conflito com os direitos ou valores em causa.

MIGUEL MESQUITA defende que, esta é a posição capaz de proteger os bens jurídicos caso a caso, tendo em consideração os interesses envolvidos, permitindo ao juiz decidir de forma mais correta com o caso em causa.⁹⁶

5.3.A ponderação dos interesses em jogo

De facto, o direito à prova é um direito fundamental e a prova ilícita obtida pode ser feita à custa de um direito fundamental violado e podemos estar em confronto de dois direitos fundamentais.

E é por isso que devemos recorrer ao princípio da proporcionalidade devemos assim realizar uma ponderação de interesses de modo a perceber quais são os direitos que merecem maior proteção e desta forma, se a prova pode ser admissível ou não.

Para isso, diz-nos o princípio da proporcionalidade que deve ficar provado que temos um facto que necessita da admissibilidade da prova ilícita para que consiga ser provado ou não que de outra forma não seria possível e, tem de se ponderar se obtenção ou produção do meio de prova justifica a violação do direito fundamental que vai ser posto em causa.

⁹⁵ Cfr. ABRANTES, José João, *Prova ilícita...op.cit.,p.35* e ss. ; ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...op.cit., p. 238 e 239*; No mesmo sentido, vide GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...op.cit., p. 190*;

⁹⁶ Dr.º Miguel Mesquita, aulas do 2.º ciclo à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

GOMES CANOTILHO defende que através do princípio da proporcionalidade se pretende obter uma resposta à admissibilidade de um meio de prova obtendo uma solução proporcional, razoável e adequada. Desta forma, estando em causa direitos fundamentais permite-se que a prova ilícita seja admissível quando seja a única e razoável opção e que salvguarde interesses superiores. Para JOSÉ ABRANTES não se pode aceitar qualquer justificação que valere a prova que viole direitos fundamentais.⁹⁷⁻⁹⁸

Já VITAL MOREIRA e GOMES CANOTILHO, defendem a sua posição argumentando que a restrição de direito fundamentais deve ser justificada de forma adequada e necessária desde que haja um interesse público a alcançar e que, o limite intangível e absoluto consiste no respeito pelo conteúdo essencial das disposições normativas.⁹⁹

GILMAR MENDES, defende que o direito fundamental em causa ao ter de ser comprimido deve ser no menor grau possível, preservando o máximo do direito em causa.¹⁰⁰

5.4. Conclusão

Depois desta análise pelas diferentes teses a respeito da problemática da prova ilicitamente obtida e os efeitos processuais que podem advir desta, chegamos à conclusão de que podemos estar perante teses mais liberais que permitem a admissibilidade da prova ilícita, teses mais restritivas que impedem a admissibilidade da prova ilícita e ainda uma tese mitigada que permite a admissibilidade da prova de forma limitada.

Esta última corrente é aquela que oferece mais concordância a nível da doutrina e da jurisprudência tanto pelo facto de tornar o processo mais célere e diligente, mas também para um processo mais justo e que salvguarde os direitos e garantias. É por estas razões que preferimos esta tese em relação às anteriores.

Nesta corrente mitigada são ponderados os valores individuais num caso concreto onde são observados todos os elementos do processo e é o juiz que vai decidir se valora a prova naquele caso concreto ou não tendo em atenção os direitos fundamentais presentes que poderão entrar em conflito. Terá de ter atenção a todos estes elementos em causa e

⁹⁷ Cfr. ABRANTES, José João, *Provas Ilícitas...* op. cit., pp. 36.

⁹⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 25/09/2002, relatora Isabel Pais Martins, disponível em www.dgsi.pt

⁹⁹ Cfr. Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 06/03/044- relator Fátima Galante, disponível in www.dgsi.pt.

¹⁰⁰ Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica Constitucional...* op. cit., pp. 183

decidir qual o bem jurídico que está hierarquicamente protegido, qual deverá ser aquele que será comprimido em detrimento do outro.

No Novo Código de Processo Civil o legislador não faz qualquer referência a como deverão ser solucionados os casos de prova ilícita no processo, uma vez que se trata de um assunto tão sensível que gera conflito entre direitos fundamentais era necessário que o legislador tivesse tomado uma posição e tivesse sido claro na solução que deveria ser adotada para a resolução desta problemática.

Considerações Finais

Com a conclusão deste trabalho torna-se necessário fazer uma síntese dos pontos mais importantes sobre a admissibilidade da prova ilícita em Processo Civil.

Estamos de acordo que a prova visa demonstrar a realidade dos factos alegados e que a finalidade do processo civil é obtida através da descoberta da verdade material. E para obtermos esta verdade material é necessário recorrermos à prova. Desta forma, a prova apresenta uma função essencial no processo civil no entanto, não mereceu a devida atenção por parte do legislador no que toca a regular a prova ilícita no nosso ordenamento jurídico.

Como podemos perceber pelo estudo realizado, o legislador focou-se em resolver a questão da prova ilícita no processo penal não deixando margem para dúvidas na interpretação da utilização de qualquer meio de prova ou meio de obtenção de prova. E facilmente percebemos o porquê de o legislador ter sentido a necessidade de regular de forma mais afincada o problema da prova ilícita em processo penal, em processo penal estamos perante situações que envolvem direitos fundamentais e que não podem ser violados de qualquer forma.

O legislador resolveu o problema da prova ilícita em processo penal com recurso ao artigo 32.º n.º8 da CRP e a questão que surgiu foi saber se se podia proceder a uma aplicação analógica deste artigo e resolver a questão em processo civil.

A corrente defendida na nossa doutrina opta por aceitar a admissibilidade da prova ilícita em certas condições, a justiça deve optar por uma ponderação de interesses e recorrer ao princípio da proporcionalidade e aos interesses envolvidos e no fim, deve prevalecer aquele que revestir uma maior importância sobre o outro. Mas para além disto, a prova ilícita só poderá ser aceite nas situações em que seja o único meio possível e razoável para alcançar a verdade material, devendo sempre salvaguardar os direitos fundamentais.

No caso de estarmos perante uma situação em que a prova ilícita não é o único meio razoável e possível não devemos aceitar a admissibilidade desta e deverá ser decretada como nula.

Nestas situações de ilicitude material não se aplica o Regime Geral sobre a Nulidade dos Atos presentes no artigo 196.º e seguintes, o legislador entendeu que se tratava de meras nulidades processuais.

Bibliografia

ABRANTES, José João, Prova Ilícita (Da sua Relevância no Processo Civil), Revista Jurídica, nº7, nova série, AAFDL, Lisboa, Julho/Setembro, 1986

ALBERGARIA, Pedro Soares de «Anotação ao artigo 125º do CPP – Legalidade da prova», in: Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, Tomo II, Coimbra: Almedina, 2ª ed., 2020;

ALEXANDRE, Isabel, Provas Ilícitas em Processo Civil, Coimbra, 1998

ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, Direito Processual Civil, vol. I, Almedina, Coimbra, 2018;

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

ANDRADE, Manuel A. Domingues de, Noções elementares de Processo Civil, Coimbra Editora, Coimbra, 1993;

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

ANTUNES, Maria João, Direito Processual Penal, Coimbra, Almedina, 2021

CANOTILHO, J. J. Gomes e **MOREIRA**, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I (art. 1.º a 107.º), 4.ª ed. Revista Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2014;

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;

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

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;

COSTA, Susana Henriques da, Os Poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas, revista de processo;

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;

FENOLL, Jordi Nieva, La Valoración de la Prueba,

FREITAS, José Lebre de, Introdução ao processo Civil, Conceito e princípios gerais à luz do código revisto, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013;

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

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

GRINOVER, Ada Pellegrini, Provas ilícitas, interceptações e escutas, 1.ª ed., Gazeta Jurídica Editora, Brasília, 2013

LIMA, PIRES e ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, Tomo I, 1987;

MARINONI, Luiz Guilherme e **ARENHART**, Sérgio Cruz, Prova, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010;

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;

MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional (Direitos Fundamentais), TOMO IV, 5.^a ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014

POSSANTE, João, DOMINGOS Maria Adelaide, LAMEIRAS Luís, Direito Civil e Processo Civil, Tomo I, in Projeto Apoio ao Desenvolvimento dos sistemas judiciários, formação contínua para magistrados;

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

RANGEL, Rui Manuel de Freitas, A prova e a gravação da audiência no Direito Processual Civil, 1.^a edição;

REIS, José Alberto dos, Código de Processo Civil Anotado, vol. III, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012;

REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do, Comentários ao Código de processo Civil, Vol II, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2004;

SANTOS, Manuel Tomé Soares Gomes dos, Um Olhar Sobre a Prova em Demanda da Verdade no Processo Civil, Revista do CEJ, n^o3, 2^o semestre, 2005;

SOUSA, Miguel Teixeira de, As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa, LEX, Lisboa, 1995;

VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel e NORA, Sampaio E., Manual de processo Civil, 2.^a Ed. (Reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2004

VARELA, Antunes, Manual de Processo Civil, 2004

Jurisprudência

Tribunal da Relação de Lisboa

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

Acórdão de 02-02-2021, Processo n.º 4348/19.2T8ALM-A. L1-7

Acórdão de 02-06-2022, Processo n.º 2205/18.9T9ALM.L1-9

Acórdão de 06-03-2004, Processo n.º 1107/2004-6

Tribunal da Relação do Porto

Acórdão de 12-05-2015, Processo n.º 7724/10.2TBMTS-B.PI

Acórdão de 15-04-2021, Processo n.º 705/18.0T8CSC-A.L1-2

Tribunal da Relação de Évora

Acórdão de 21-06-2011, Processo n.º 1273/08.6PCSTB-A.E1

Tribunal Constitucional

Acórdão de 5-12-2003, Processo n.º 594/03

Acórdão de 15-06-2009, Processo n.º 418/07.8PSBCL-A.S1

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão de 28-04-2022, Processo n.º 105/16.6GBALD.C1-A.S1

Tribunal da Relação de Guimarães

Acórdão de 16-02-2021, Processo n.º 435234/09.8YIPRT-A. G1

